TÜRKİYE'DEKİ 2010 TARİHLİ ANAYASA DEĞİŞİKLİK PAKETİNİN HUKUK DEVLETİ VE HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN GETİRDİKLERİ

Doç. Dr. Cengiz GÜL*

I. GİRİŞ

Türkiye'de 12 Eylül 2010 tarihinde referanduma sunulan ve %42.12'lik hayır'a karşılık %57.88'lik evet oranıyla kabul edilen 17. Anayasa değişiklik paketi, önceki yapılan değişikliklere nispeten daha köklü ve daha önemli düzenlemeler getirmektedir. Özellikle hukuk devleti açısından 1982 Anayasası'nın, içinde barındırdığı birçok aykırılık unsurunun düzeltilmesi, bu değişiklik kapsamında öngörülmektedir. Bu değişiklik paketi ile Türkiye'nin kendine özgü hukuk devleti anlayış ve uygulaması, kısmen de olsa olması gereken (ideal) hukuk standartlarına yaklaştırılmak istenmektedir.

Bu son Anayasa değişikliği, öncelikle, birer idari birim olarak Yüksek Askeri Şura (YAŞ) ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) kararlarının, tümüyle olmasa da bir kısmının yargı denetimine açılmasını sağlarken, tüm disiplin cezalarına karşı da hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca bu değişiklik bünyesinde Anayasa Mahkemesi ve HSYK'nın yargı bağımsızlığını daha iyi sağlayacak biçimde geniş tabanlı temsil esasına göre yeniden oluşturulması gibi temel hükümler de değişiklik paketi kapsamında bulunmaktadır. Bu 2010 Anayasa değişikliklerinin en fazla eleştiri hücumuna uğrayan hükümleri de, zaten Anayasa Mahkemesi ve HSYK'nın oluşum biçimi ve yapısal dönüşümlerine ilişkin hükümler olmuştur. Paket kapsamında getirilen diğer anayasal düzenlemelerin ise, bu iki temel konuyu kamufle edici tali bir nitelik taşıdığına vurgular yapılsa da, bu değişikliklerle, hak arama özgürlüğünün önündeki engellerin kısmen de olsa kaldırılması ve dolayısıyla hukuk devleti olma yolunda eksik de olsa ciddi adımlar atılmış olmaktadır. Bunların yanı sıra, temel hak ve özgürlüklerin güvencesi bağlamında, pozitif ayrımcılık, anayasa şikâyeti, kamu denetçiliği ve kişisel verilere güvence sağlanması gibi önemli düzenlemelere de yer verilmektedir.

* Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

II. HUKUK DEVLETİ KAVRAM VE OLGUSU ÜZERİNE

Siyasal bir ideal olarak hukuk devleti ya da daha yerinde deyimiyle hukukun üstünlüğü ve egemenliği ilkesi, modern anayasacılığın temellerinden biridir. Bu ilke özünde siyasal iktidarın sınırlanmasına hizmet etmektedir. Hukuk devletinin öncelikli amacı, iktidarın keyfi eylem ve işlemlerinin yol açtığı tehlikeyi minimuma indirerek yok etmektir. Yani devletin hukuk çerçevesine alınması, hukukla bağlanması ve devlet yönetiminde hukukun üstünlüğünün sağlanması ancak hukuk devleti ilke ve idealinin tüm gerekleriyle hayata geçirilmesine bağlıdır.[1] Aynı zamanda hukuk devleti idealinin dış dünyada gerçeklik kazanabilmesinin öncelikli şartını ise, doğru ve kapsamlı bir insan hakları anlayışına dayanması oluşturmaktadır.[2] Zira temel hak ve özgürlüklerin korunup güvenceli bir sisteme bağlanmadığı devlet modelinde, hukuk devleti kuram ve uygulamalarının etkin sonuçlar ortaya koyamadığı açık bir olgudur. Bu anlayışın da temelinde, modern bir demokratik hukuk devletinde, birey ve toplumun amaç, devletin de araç olma düşüncesi yatmaktadır. Kabul edilen son Anayasa değişikliği ile de bu anlayış ve modele yaklaşma noktasında, eksik olmakla birlikte, önemli bir adım atılmış olmaktadır.

A. Hukuk Devletinin Tanımı

Bu kavramı kısaca tanımlamak gerekirse; hukuk devleti, bireylerin hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade etmektedir. Gerçekten de bireylerin devlete güven beslemeleri ve kendi kişiliklerini korkusuzca geliştirebilmeleri, ancak hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti sistemi içinde mümkündür.[3] Hukuk devleti kavramı, biri maddi diğeri de şekli olmak üzere iki anlamda kullanılabilmektedir. Maddi bakımdan hukuk devleti, kamu gücünün "adaleti" gerçekleştirme yükümlülüğü altında olan devleti ifade ederken, şekli anlamda hukuk devleti ise, aşağıda sıralanacak olan temel unsurları sağlayan devleti anlatmak için kullanılan bir deyimdir.[4] Anayasa Mahkemesi'ne göre de; *"insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet hukuk devletidir."*[5] Yine Anayasa Mahkemesi, devlete hukuk devleti vasfını veren en önemli esasın yargısal denetim olduğuna dikkati çekmiştir.[6]

---

1 Mustafa ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005, s. 113.

2 Hüseyin HATEMİ, Hukuk Devleti Öğretisi, İşaret Yayınları, İstanbul, 1989, s. 12.

3 Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 113.

4 HATEMİ, a.g.e., s. 19.

5 Anayasa Mahkemesi E. 1976/1, K. 1976/28, k.t. 25.05.1976, **AMKD**, Sayı: 14, s. 189.

6 Anayasa Mahkemesi E. 1976/43, K. 1977/44, Karar Tarihi. 27.01.1977, **AMKD**, Sayı 15, s. 117.

B. Hukuk Devletinin Gerçekleşme Araçları

Hukuka bağlı ve hukukun üstünlüğüne dayalı bir düzen kurmayı hedefleyen bir devletin, hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için bazı şartları sağlaması gerekmektedir. Bu şartlar da ana hatlarıyla şöyle sıralanabilir:

- Devletin ideolojik tarafsızlığı
- Temel hakların güvence altında olması
- Kuvvetler ayrılığı
- Yürütmenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi
- Yasamanın yargısal denetimi
- Yargının bağımsız ve tarafsız olması ve hâkimlik teminatı
- İdarenin mali sorumluluğu
- Hukuk önünde eşitlik
- Hak arama yollarının açık olması.[7]

Hukuk devletinin gerçekleşme araçları, görüldüğü üzere uzun bir liste oluşturmaktadır. Biz burada ancak birkaç temel unsur açısından son anayasa değişiklik paketini incelemeye çalışacağız.

C. Devletin Hukuka Bağlılığının Yargısal Denetimi Noktasında Anayasa Değişikliğinin Getirdikleri

Bireylerin hak sahibi olmasının anlamlı hale gelebilmesi, bireyin bu haklarını kamu gücüyle korunmasını isteyebilmesine ve hak koruyucu mekanizmaları harekete geçirebilmesine bağlıdır. Bu açıdan hak arama özgürlüğü de, genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların ön şartı ve usuli güvencesi olarak anlaşılır.[8] Türkiye'deki son Anayasa değişiklikleri de, 1982 Anayasası'ndaki hak arama yolları kapatılmış bazı idari işlem ve tasarrufların yargı denetimine açılmasını öngörmektedir. Şimdi bunların neler olduğu ve değişiklik paketinin ne gibi çözümler getirdiğine aşağıda yer verilecektir.

---

[7] Hubert ROTTLEUNTHNER, Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Devleti, (Çev. Füsun Uyanış), Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA), Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınları, İstanbul, 1996, s. 51.; Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Beşinci Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2008, s. 93 vd.

[8] Ali Rıza ÇOBAN, **Türk Hukukunda Hak Arama Özgürlüğü**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 1995, s. **34. Bireyler,** haklarını ararken bağımsız ve tarafsız olması gereken yargı makamlarından medet umarlar. Bu noktada **Locke** da, bireylerin tabiat halindeyken sahip oldukları haklardan devlete devrettiği tek hakkın, yargılama hakkı olduğunu ileri sürmektedir. İlhan AKIN, **Kamu Hukuku**, İstanbul, 1990, s. 286.

1. Yüksek Askeri Şura (YAŞ) Kararlarının Yargı Denetimine Açılması

1982 Anayasası'nın 125. maddesi *"idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"* demek suretiyle hukuk devletinin şartlarından birini yerine getirmekle birlikte, maalesef bu hükme bazı istisnalar da eklemiştir. Bu suretle getirilen istisnalara doktrinde *yasama kısıntısı* adı verilmektedir.[9] İşte, *hukuk devletinin pürüzleri*[10] olarak kabul edilen bu tür yasama kısıntılarından biri de YAŞ kararlarıdır. Böylesi kısıntılar ise modern bir hukuk devleti açısından asla kabul edilemez. Zira bir idari birim olarak YAŞ da hukuka aykırı uygulamalar yaptığında, işlemlerinin yargısal açıdan denetlenmesi, bu işlemlerden zarar görenler bakımından hak arama hürriyeti yönüyle büyük önem taşımaktadır.

1982 Anayasası'nın hazırlanması aşamasında Danışma Meclisi'nce kabul edilen metinde mevcut olmayan bu istisna, maddeye Milli Güvenlik Konseyi tarafından eklenmiştir. Bu hüküm, Konsey'in, terfi ve emeklilikler ile ilgili kararların yargı önünde tartışılmasının *askeri disiplini zayıflatabileceği* düşüncesinden doğmaktadır.[11] Yargı denetiminin askeri disiplini bozabileceği öngörüsü, silahlı kuvvetler personelinin mahkemeye müracaat hakkından yoksun bırakılması sonucunu doğuracak bir gerekçe olmamalıdır. Bu düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesindeki *hukuk devleti* ve 10. maddesindeki *kanun önünde eşitlik* ilkeleri ile bağdaştırılması zordur. İşte son Anayasa değişiklik paketinde, AY. m. 125/2'ye *"ancak, Yüksek Askeri Şura'nın* ***terfi işlemleri*** *ile* ***kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç,*** (Silahlı Kuvvetlerden) *her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır"* hükmü getirilerek, bu yöndeki hukuk devleti açığı kapatılmaya çalışılmıştır. Hukuk devleti olma iddiasındaki bir ülkede kamusal yetki ve güç kullanan hiçbir organ veya kurumun, hukukun uygulamasından ve de işlem ve kararlarının hukuk kurallarına uygunluğunun yargısal denetiminden muaf tutulmaması, olmazsa olmaz bir şarttır.

2. "Uyarma" ve "Kınama" Niteliğindeki Disiplin Cezalarına da Yargı Yolunun Açılması

Türkiye'de idarenin hukukla bağlılığı ilkesi bakımından var olan istisnalardan birisi de uyarma ve kınama disiplin cezalarına karşı yargı yolunun kapatılmasıdır. Değişiklik paketinin ilgili hükmüne gitmeden mevcut pozitif düzenlemeye kısaca göz atmakta fayda vardır. Anayasa'nın m. 129/3'e göre; uyarma ve

---

[9] Yargı yerlerinin getirdikleri kısıntıya ise *hükümet tasarrufu veya yargı kısıntısı* adı verilmektedir. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetsel Yargı**, Güncelleştirilmiş 20. Baskı, Ankara, 2004, s. 20.

[10] Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, 1. Cilt, Ekin Yay., Bursa, 2003, s. 101.

[11] ÖZBUDUN, s. 116.

kınama disiplin cezaları kanunla yargı denetimi dışına çıkarılabilir; çıkarılmamışsa yargı denetimine tabidir. Örneğin 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, bu tip cezaları yargı denetimi dışında tutarak memurlar bakımından hak arama yollarını kapatmıştır. Dolayısıyla memurlar bu cezalara karşı iptal davası açamazlar. Ancak YÖK Kanunu ise bu cezaları yargı denetimi dışında bırakmamıştır. Bunun doğal sonucu olarak da, öğretim üyeleri ve öğrenciler, aldıkları uyarma ve kınama cezalarına karşı iptal davası açarak haklarını arayabileceklerdir.[12]

AİHM ise içtihatlarında, memurlara ilişkin disiplin işlemlerinin sözleşme kapsamında olmadığına hükmetmiştir. AİHM, doğrudan devlet hâkimiyetinin kullanıldığı alanlar olarak idari ve askeri yargıya ilişkin davalar ile anayasa yargısı, memur ve sair kamu görevlilerinin disiplin işlemlerini adil yargılanma kapsamında değerlendirmemektedir.[13]

Anayasa değişiklik paketi ise "disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz" diyerek istisnaya hiç yer vermeden, artık bütün disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açık olduğuna dikkati çekmiştir. Bu şekilde 1982 Anayasası'nın getirdiği yargı yolu kapalı idari işlemler listesinden birisinin daha hukuk düzeninden ayıklanmaya çalışılmasıyla hukuk devleti olma yolunda bir adım daha atılmış olmaktadır.

3. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) Kararlarının Yargı Denetimine Açılması

1982 Anayasası'ndaki düzenleme biçimiyle HSYK, ayrı bir tüzel kişiliği bulunmamakla beraber, yargı ile ilgili çok güçlü ve kapsamlı yetkiler kullanan idari bir kuruldur. Yargı mensuplarına ilişkin önemli yetkilere sahip bir idari birim olmasına rağmen, HSYK'nın kararlarına karşı yargısal denetim yolu kapatılmıştır. Anayasanın değiştirilmez ilkeleri arasında yer alan hukuk devleti ilkesi, kamusal güç ve yetki kullanan bütün idari birimlerin yargı denetiminden asla muaf tutulamayacağını özünde barındırmasına rağmen, HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapatılmasını hukuken izah etmek mümkün değildir. Sadece 2461 sayılı Kanun uyarınca, bu kararlar aleyhine "İtirazları İnceleme Kurulu"na müracaat edilebilmektedir. Kaldı ki bu da, asıl üyelere yedek üyelerin eklenmesiyle oluşan bir kurul olduğundan, bu yolun da etkili bir başvuru veya hak arama yolu olduğu tartışılabilir.[14] Kurul'da yapılan işlemlerin açık değil de gizli ol-

---

[12] GÖZLER, a.g.e., s. 94.

[13] ÇOBAN, s. 52.

[14] Daha geniş açıklama için bkz. Erdinç TOKLU, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı,** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli 2001, s. 44- 50.

ması ise bir diğer sorundur. Bu durumlar da bize, hukuk devleti kavram ve olgusunun Türkiye'deki halinin, evrensel kabul ve uygulamalardan ne kadar uzak olduğunu göstermektedir.

HSYK bir idari organ olup, kararları da idari işlem niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla kararları normal olarak idari yargının denetimine tabi olmalıdır. Anayasa değişiklik paketinde, bundan böyle HSYK kararlarının da yargısal denetime açılacağına dikkat çekilmektedir. Böylece mevcut anayasal uygulamamızın bir adım daha hukuk devleti ilke ve idealine yaklaştığı söylenebilir. Ancak, Kurul'un sadece meslekten çıkarma cezasına yönelik kararlarının denetime açılıp, bunun dışındakilere yargı yolunun yine kapalı kalması, bu alandaki sorunun kısmen de olsa sürdüğünü göstermektedir.

4. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK)'nun Yapılanmasının Yargı Bağımsızlığı ve Hukuk Devleti Açısından Durumu

HSYK'nın oluşumunda Adalet Bakanı ve müsteşarının bulunması, ülkemizde yargı bağımsızlığı açısından yer yer eleştirilmekte ve bu Kurul'un sadece yargı organları tarafından seçilmiş hâkimlerden oluşması istenmektedir.[15] Böyle bir model, yargının yasama ve yürütme karşısındaki bağımsızlığını en ileriye taşımakla birlikte, hâkimlerin hâkimlerce seçilmesi anlamına gelen 'kooptasyon' sisteminin, bir tür kast zihniyetine sahip bir yargı teknokrasisinin oluşmasına ve yargı organının toplumdaki değişimlere duyarsız kalmasına yol açabilir. Ayrıca hiçbir üyesinin TBMM tarafından seçilmemek suretiyle dolaylı da olsa bir biçimde milli iradeye dayanmaması, eski HSYK'nın yapısal konumunun, milli egemenlik ve demokratik ilkelerle bağdaştırılmasını da bir hayli zorlaştırmakta idi.[16] Öyle ki, Kurul'un eski yapısında yargı kökenli üyelerin sayısı çoğunlukta olmakla birlikte, bu üyelerin yargının tümünü temsil ettiği söylenemez. Yargıtay ve Danıştay üyesi olmayan adli ve idari yargı üyeleri hâlihazırda HSYK'da temsil edilememektedir. Hâlbuki sayıca hâkim ve savcıların toplamının %10'unu bulmayan Yargıtay ve Danıştay üyeleri, kendi aralarından gönderdikleri üyelerle HSYK'da yargının tamamını temsil etmektedirler.[17]

Değişiklik öncesinde HSYK üyeliğine seçilme ile Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçilme arasında, adeta kapalı devre işleyen bir sistemi andıran yapısal bir ilişki bulunmakta idi. Şöyle ki, HSYK'nın beş üyesinin üçü Yargıtay, ikisi de Da-

---

15 GÖZLER, a.g.e., s. 541.

16 ÖZBUDUN, s. 361.

17 Yusuf Şevki HAKYEMEZ, HSYK, Stratejik Düşünce Enstitüsü (SDE), Yargı Raporu-Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları, Öncü Basımevi, Ankara, 2010, s. 61.

nıştay üyeleri arasından seçilmektedir. Yargıtay üyelerinin tümü ile Danıştay üyelerinin dörtte üçünün HSYK tarafından seçildiği de dikkate alınırsa, böylesi bir sistemin gerçek anlamda yargı bağımsızlığına hizmet edeceğini ve de hukuk devleti ile bağdaştığını söyleyebilmek mümkün değildir.[18]

Önceki ve sonraki yapılanması içinde HSYK bünyesinde, sırf Adalet Bakanı ve müsteşarının da bulunması nedeniyle Kurul'un yargı bağımsızlığını zedelediği iddiası, kanaatimizce biraz abartılı görünmektedir. HSYK'nın yeni halinde Kurul başkanı olarak Adalet Bakanı'nın, Daire çalışmalarına ve kararlarının alınmasına katılamaması da düşünüldüğünde, yargının siyasallaşması ve yargı bağımsızlığının zedelenmesi sorunlarının yaşanması ihtimalini, eskisine göre bir hayli aşağıya çekmiştir. Kurul'un oy çokluğuyla karar verdiği ve sayıca çoğunluğun da hâkimlerde olduğu düşünülürse, yürütmenin iki temsilcisinin varlığını, salt hukuk devleti ideali noktasında bir pürüz olarak görmenin ötesinde çok da hayati bir sorun biçiminde lanse edilmesini doğru bulmuyoruz. Ayrıca Kurul'da yürütmenin iki temsilcisinin bulunması, karşılaştırmalı hukuk verilerine de uygundur. Zira birçok batılı demokraside benzer kurullarda adalet bakanı bulunduğu gibi, hâkim olmayan ve yargı organlarınca atanmayan kişilere de yer verilmektedir.[19] Aşağıda bazı Avrupa ülkelerindeki HSYK benzeri kurulların oluşum biçimi görülmektedir.

Avrupa Ülkelerinde HSYK Benzeri Kurulların Oluşumu

FRANSA: Kurulun başkanlığını Cumhurbaşkanı başkan yardımcılığını ise Adalet Bakanı yapıyor. 18 üye var. 6 hakim ve 6 savcı meslektaşları tarafından seçiliyor. Danıştay Genel Kurulu gibi Cumhurbaşkanı, Senato Başkanı ve Meclis Başkanı da birer üye seçebiliyor.

İTALYA: 27 üyeli kurulun başkanı Cumhurbaşkanı olup, Yargıtay Başkanı ve Yargıtay Başsavcısı doğal üyedir. 16 hâkim ve savcı, meslektaşları arasından seçiliyor. (Yüksek yargıdan 2, ilk derece mahkemelerden ise 14 üye var) 8 üyeyi ise Parlamento seçiyor.

PORTEKİZ: 17 üye var. 2'si istinaf, 4'ü ilk derece mahkemelerden seçiliyor. 2 üyeyi Devlet Başkanı, 7 üyeyi de Parlamento belirliyor.

POLONYA: 25 üyeli kurulda Adalet Bakanı doğal üye olarak görev yapıyor. 15 hâkim ve savcı meslektaşları tarafından seçiliyor. Parlamento üyeleri arasından 4, Senato üyeleri arasından 2 üye kurulda görev yapıyor. 1 üyeyi seçme yetkisi ise Cumhurbaşkanı'na ait.

---

[18] HAKYEMEZ, s. 62.

[19] GÖZLER, a.g.e., s. 542.

HOLLANDA: 5 üyenin tamamı Adalet Bakanı'nın önerisi üzerine Kral tarafından atanıyor.

İSVEÇ: 11 üyeli kurulun tüm üyeleri Hükümet tarafından atanıyor.

DANİMARKA: Hâkimlik mesleğine mensup üyeler dahil, kurulun tüm üyelerini belirleme yetkisi Hükümet'e ait.

Bu karşılaştırma listesinde yer almayan Almanya, İngiltere ve Avusturya'da ise HSYK benzeri bir kurul bulunmamaktadır. Türkiye'deki son Anayasa değişiklik paketine bakıldığında ise, yukarıdaki ülkeler gibi ve 1961 Anayasasının da 1971'e kadar benimsediği *karma oluşum modelinin* öne çıkarıldığı görülecektir. Bu suretle geniş tabanlı ve temsil kabiliyeti daha yüksek bir idari yapılanma getirilmiş olmaktadır.

5. Anayasa'nın Geçici 15. Maddesinin İlgası ile Hukuk Devleti İlişkisi

1982 Anayasası'nı hazırlayan Kurucu Meclis'in asker kanadını oluşturan Millî Güvenlik Konseyi ile sivil kanadını oluşturan Danışma Meclisi'nin her türlü karar ve tasarruflarına karşı yargı yolunu kapatan Geçici 15. maddenin ilgası ile hukuk devleti olma yolunda gayet önemli ve ciddi bir adım daha atılmıştır. Modern özgürlükçü ve çoğulcu bir demokraside kamusal güç ve yetki kullanan devlet organlarının yargı önünde hesap vermemesi düşünülemez. Daha doğrusu, hukukun üstün olduğu çağdaş bir ülkede, devletin hiçbir işlem ve eylemi yargısal denetimden uzak tutulmamalıdır.

6. Yargısal Denetimin Sınırı

Anayasa değişiklik paketinde, yargı denetiminden istisna tutulan karar ve işlemlere karşı yargı yolunun açılmaya çalışıldığını ve bunun da hukuk devleti olma yolunda ciddi adımlar oluşturduğunu belirtmeye çalıştık. Paket aynı zamanda bu denetimleri yapacak olan yargı makamlarının denetim sınırına da vurgu yapmaktadır. Şöyle ki; *"yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz"* denilmektedir. Bu hükümle yargı makamlarının, ancak hukukun ne olduğunu söylemek durumunda olduklarına, yani denetimini yaptıkları işlemleri yapan idari birimlerin yerine geçerek hüküm veremeyeceklerine dikkat çekilmiştir.

D. Temel Hakların Güvenceye Alınması Bağlamında Anayasa Değişikliğinin Getirdikleri

Hukuk devletinin temel gereklerinden birisinin de temel hakların güvence altına alınması olduğuna yukarıda yer verilmişti. 1982 Anayasasının, bugüne

kadar yapılan birçok değişiklik sonrasında temel hakların korunup güvenceye alınması noktasında ilk haline nispeten belli bir seviye yakaladığı söylenebilir. Ancak bu alanda atılması gereken adımlar bitmemiştir. İşte son Anayasa değişiklik paketi de bu konuda atılan yeni bir adım olmuştur.

1. Pozitif Ayrımcılık Uygulaması

Pozitif ayrımcılık uygulamalarından amaçlanan şey, aslında bir eşitsizlik oluşturmak olmayıp, zaten fiilen mevcut olan bir eşitsizliği kısmen de olsa gidermeye çalışmaktır. Pek çok ülkede görülen pozitif ayrımcılık uygulamaları karşısında, yüksek mahkemeler bu durumların eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermektedirler. 1982 Anayasası açısından pozitif ayrımcılık uygulamasına 7 Mayıs 2004 tarihine kadar yer verilmemişken, bu tarihte yapılan bir anayasa değişikliği ile *"kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür"* hükmünü getirmiştir. Burada kullanılan "eşitliğin yaşama geçirilmesi" ifadesinden hareketle, gerçek hayatta böyle bir eşitlik yoksa devletin kadınlar lehine pozitif ayırımcılık yaparak bu eşitliği fiilen sağlaması gerektiği söylenebilir.[20]

Pozitif ayrımcılık konusunda son Anayasa değişikliği ise daha ileri bir yenilik getirmeye çalışmaktadır. 1982 Anayasası'nın m.10/2'nin sonuna eklenen fıkra ile; "bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz" diyerek yargı makamlarının farklı yorumlara düşmesini engellemiştir. Fıkranın devamında ise; "çocuklar, yaşlılar ve engelliler gibi özel surette korunması gerekenler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılamaz" demektedir. Bununla da toplum içinde zayıf konumda bulunan ve daha öncelikle korunması gereken çocuk, yaşlı, engelli ve benzeri konumdakiler için alınacak tedbirlerin, gerçekte eşitliğe aykırı olmayacağını ve daha ileri bir eşitliği sağlamaya hizmet edeceği vurgulanmaktadır. Toplum hayatında, bazı nedenlerle yarışa geriden başlamak zorunda kalanlar bakımından öngörülen bu yaklaşım biçimiyle, değişiklik paketinde sayılan ve benzer konumda bulunanlar lehine kamusal iktidarın kural ve kurumsal planda adımlar atması artık bir yükümlülük halini almaktadır.

2. Kişisel Verilere Güvence

Son Anayasa değişiklik paketi, çağımızın yükselen bir değeri olarak veri güvenliği noktasında Anayasa'nın 20. maddesine şu hükmü eklemektedir: *"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu bilgilere erişme,*

[20] GÖZLER, a.g.e., s. 110.

bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar…" Buna göre, kişisel veriler, ancak kişinin açık rızasına veya kanunla öngörülen bir sebebe dayalı olarak kullanılabilecek. Kişi kendi hakkındaki bilgilerin amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını da öğrenebilme hakkına kavuşmaktadır.[21]

3. Anayasa Şikâyeti-Kişisel Başvuru Yolu

Almanya, Avusturya, İspanya gibi bazı ülkelerde, soyut ve somut norm denetimi dışında, adına "anayasa şikâyeti" denilen bir denetim yolu daha vardır. Bu yolda, temel hak ve hürriyetleri ihlal edilen bireyler diğer başvuru yollarını tükettikten sonra, anayasa mahkemesine başvurabilmektedir. Anayasa Mahkemesi de, söz konusu aykırılık kanundan kaynaklanıyorsa o kanunu iptal edebilmektedir.[22] Şu ana kadar pek çok ülkede ve Türkiye'de de olmayan anayasa şikâyeti yöntemi, son Anayasa değişikliği kapsamında ülkemize de getirilmeye çalışılmaktadır. Anayasa değişiklik paketinde, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddeye *"…ve anayasa şikâyeti başvurularını karara bağlar"* denilerek bu kapı açılmıştır. Devam eden fıkrada ise, *"herkes **AİHS kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerden** birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla ve kanun yollarının tüketilmiş olması şartıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir"* denmektedir. Bu düzenlemeyle Anayasa Mahkemesi, iç hukuk bakımından bir tür AİHM fonksiyonu görmüş olacaktır. Zira, 1982 Anayasası'nda sayılan bütün hak ve özgürlükler için değil de sadece AİHS kapsamında sayılanlar bakımından AYM'ye gidilecek olması da buna işarettir. Ayrıca AİHM'deki gibi bu yola yerli yabancı herkes kanun yollarını tükettikten sonra gidebilecektir.

4. Kamu Denetçisine (Ombudsman) Başvurma Hakkı

Kamu Denetçiliği Kurumunun görevi, idarenin şikâyet konusu eylem ve işlemlerini incelemek ve önerilerde bulunmaktır. Türkiye'de kamu denetçiliği, 28 Eylül 2006 tarihinde bir *kanunla* kurulmuş ve vatandaşlara, anayasal haklarının korunması amacıyla bu Kuruma başvurabilme hakkı tanınmıştı.[23] Ancak o dönemde bu düzenlemenin anayasal temeli olmadığı düşüncesinden hareketle, dönemin Cumhurbaşkanı tarafından AYM'de iptal davası açılmış ve dava sonunda iptaline karar verildiği için işlerlik kazanması sağlanamamıştı. Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı yerinde değildir. AYM iptal gerekçesinde,

---

[21] http://yenisafak.com.tr/Politika/?i=247244, Erişim. Tarihi: 21.05.2010.

[22] GÖZLER, a.g.e., s. 562.

[23] GÖZLER, a.g.e., s. 161.

TBMM'nin anayasada hiç düzenlenmemiş bir konuda kanun çıkarma yetkisi olmadığından hareketle bu sonuca varmıştır. Ancak şu unutulmamalıdır ki, yasama yetkisi ve fonksiyonu asli ve genel bir yetkidir. Yani TBMM, bir kanun çıkarırken, yürütmenin kanun karşısındaki türev konumu gibi, anayasaya dayanmak zorunda olmayıp, sadece anayasaya aykırı olmamak zorundadır. Meclis anayasaya aykırı olmamak şartıyla dilediği her konuyu kanun konusu yapabilir. Son Anayasa değişikliği ise bu Kurumu 74. maddesine ekleyerek anayasal bir boyuta taşımıştır. Bu madde içerinde *"herkes bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. TBMM'ye bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler…"* hükmüne yer verilmiştir. 2006 yılında kanunla düzenlenip anayasada olmayan bu konu, mekanist anayasa anlayışıyla ve AYM kararına olan tepkisel bir yaklaşımla anayasal düzeyde ele alınmakla birlikte, kanuni düzenlemesine ancak Haziran 2012 tarihinde kavuşmuştur.

TBMM'ye bağlı olan, kendiliğinden harekete geçemeyen ve bağlayıcı kararlar alamayan bu Kurumun anayasal boyutta da düzenlenmesi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına verilen önemin ayrı bir göstergesidir.

5. Seyahat Hürriyeti Kapsamında Yurtdışı Yasağının Daraltılması

1982 Anayasası'nın 23. maddesi, eski haliyle, vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin, vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlanabileceğini belirtmekteydi. Değişiklik sonrasında ise, bu konuya ilişkin olarak; *"vatandaşın yurtdışına çıkma hürriyeti,* ***ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle*** *hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir"* hükmü getirilmektedir. Yani vatandaşın yurtdışına çıkmasının önündeki yasaklardan birisi maddeden çıkarılmıştır. Bundan böyle kişilere, vatandaşlık ödevi gerekçesi öne sürülerek yurtdışına seyahat edebilmesi engeli kaldırılmış olacak, özellikle de vergi cezalarında kişilere getirilen yurtdışı yasağının önüne geçilmiş olacaktır. Bu değişiklik de bireyin özgürlük alanını genişletmesi bakımından ayrı bir değer taşımaktadır.

III. SONUÇ

Hak arama özgürlüğünün tanınmadığı ve bireylerin ihlal edilen hakları ile ilgili olarak bağımsız ve tarafsız bir hâkim önüne çıkma imkânının sağlanmadığı bir sistemde hukuk devletinden bahsedilemeyeceği açıktır. Bu nedenle yargı denetiminden başka, hak arama özgürlüğü de hukuk devletinin olmazsa olmaz bir parçasıdır.