

CERMENİK HAK ANLAYIŞI VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ

*Murat Erdoğan**

ÖZET

Bu çalışmada Jellinek'in Cermenik hak anlayışı (Alm: germanische Rechtsanschauung, İng: teutonic conception of right) ismini verdiği kavram-sallaştırmanın, Türk Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlükler içti-hadı üzerindeki etkisinin incelenmesi amaçlanmaktadır. Cermenik hak anlayışına göre, tarihsel süreçte, özellikle Avrupa toplumlarında devlet ile toplum birbirlerinin karşısında konumlanmıştır; böylece hak da devletin ve toplumun birbirlerine karşı ödevleri olarak anlaşılmaktadır. Yani bu hak anlayışı, bireyin kendini gerçekleştirme ve maddi ve manevi varlığının devlet tarafından korunup geliştirilmesine dayanmaktadır. Görülen odur ki bu anlayış Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlarda etkilidir. Anayasa Mahkemesi, verdiği kararlarda Roma-Cermenik benzeri bir düzene ait paradigmayı temel almaktadır. Bu paradigma, devlet, bireyin pozitif statü hakları söz konusu olduğunda birey lehine işlemektedir. Fakat aynı durum, hak devletle birlikte tanımlandığından, devletin kaçınma yükümlülüğü söz konusu olan negatif statü haklarının zaman zaman dar yorumlanmasına sebebiyet vermektedir. Böylece Anayasa Mahkemesi, siyasi bir amaçla değil, fakat bir refleks olarak kendi tarihselliğinde Roma-Cermenik hak anlayışını benimsemektedir.

Anahtar Kelimeler: *Cermenik Hak Anlayışı, Tarihçi Hukuk Okulu, Doğal Haklar, İnsan Hakları, Temel Hak ve Özgürlükler*

TEUTONIC (GERMANIC) CONCEPTION OF RIGHTS AND TURKISH CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

This paper aims to elucidate the impact of so called teutonic conception of right (Ger: germanische Rechtsanschauung) by Jellinek upon the judgments of Turkish Constitutional Court related to constitutional rights. According to the teutonic conception of right theory, state and society, in particularly European Societies, evolve in a way that they are to be reciprocally positioned; thus both are defined by the duties owed to each other. Such a conception implies that the state is primarily responsible for the individual's self-realization and is the guardian and guarantor for the protection of the

* Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
<https://orcid.org/0000-0002-2825-7348>

one's material and spiritual existence. It seems that Turkish Constitutional Court's judgments are dramatically influenced by the conception that the Court, to a significant extent, embraces a paradigm that is mostly belong to a Roman-teutonic order in its judgments. When the positive rights considered, this paradigm operates in favour of the individual, However, the very same position, could pose a threat to constitutional rights by occasionally giving rise to a narrow interpretation of negative rights in favour of state due to fact that the construction of right in such a conception relies upon the state's duties. Thus, Turkish Constitutional Court embraces Roman-teutonic conception of right strategically in its historical position, but not as a consequence of a political preference.

Key Words: *Teutonic conception of rights, historical school of jurisprudence, natural rights, human rights, constitutional rights.*

GİRİŞ

Bu çalışmada Jellinek'in Cermenik hak anlayışı (*Alm: germanische Rechtsanschauung, İng: teutonic conception of right*) ismini verdiği kavram-sallaştırmanın, Türk Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlükler içti-hadı üzerindeki etkisinin incelenmesi amaçlanmaktadır. Cermenik hak anlayışı, tarihçi hukuk okulunun görüşlerinden türeyen bir hak anlayışıdır; kökeni de Ortaçağdaki Cermenik devlet düzenidir. Bu anlayışa göre Cermenik Ortaçağ devletlerinde devletle toplum arasında bir ikilik, başka bir deyişle karşıtlık vardır. Bu sebeple Cermenik devletlerdeki hak anlayışı, devletin ve toplumun birbirlerine karşı ödevleri olarak anlaşılmalıdır. Cermenik kökenli devletler, örneğin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki gibi güçlü bir sivil toplumun, devleti kendi hak ve özgürlükleri için sınırlandırdığı devletlerden ayrılmaktadır. Bu düzendeki hak anlayışı, bireyin kendini gerçekleştirme ve maddi ve manevi varlığının devlet tarafından korunup geliştirilmesine dayanmaktadır.

Cermenik hak anlayışı ödev temellidir. Bununla birlikte bu anlayış, devlet odaklı ve bireyi dışlayan hukuk düzenlerinden ayrılmaktadır. Yani Cermenik hak anlayışı kadir-i mutlak bir devlet öngörmez; ayrıca Kıta Avrupası ile de sınırlı değildir. Jellinek, Cermenik hak anlayışına temel örnek teşkil eden ülke olarak İngiltere'yi göstermektedir. Yazara göre İngiltere'nin Roma hukukuna karşı koyması, bu ülkeyi Kıta Avrupası kadar derinlemesine etkiden kurtarmıştır; böylece özellikle kamu hukuku Cermenik temeller üzerinde gelişmiş ve Roma'nın kadir-i mutlak devlet kavrayışı ile birlikte ilerlemiştir¹. İngiltere'deki anayasal belgeler de uyrukların devletten talep ettikleri hakların devletin bir görevi olarak kodifiye edilmesine yaramıştır².

¹ Jellinek, Georg: **İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Üzerine: Modern Anayasa Tarihine Bir Katkı**, (Çevirenler: Rezzan İtişgen Dülger, Muzaffer Dülger), Pinhan Hukuk Yayınları, 2017, s. 118.

² Bu yönde bkz. Jellinek, s. 118 vd.

Kıta Avrupası ülkelerinin durumu şüphesiz İngiltere'den farklıdır; bu ülkeler Roma hukukunun etkisi altındadır. Bu sebeple Jellinek, bu ülkelerde devlet-birey ilişkisinin kurulmasında iki kavrayıştan söz edilebileceğini ifade etmektedir³. Bunlardan birincisi Roma'dan gelen kadir-i mutlak devlet üzerine şekillenmiştir; bu düzende bireyin hakkı, devletin izin verdiği alanla sınırlıdır. İkincisi ise Cermenik haktır; bu hak kavrayışı Cermenik toplumların otorite ile inşa ettiği karşılıklılık üzerine dayanır; devlet, bireyi bir statüye sokar ve bireye karşı birtakım ödevlerini, yani bireyin hak ve özgürlüklerini tanıır. Fakat dikkat edilmesi gereken şudur ki bu hak ve özgürlükler doğal hak anlayışına değil, fakat devlet ile bireyin karşılıklı statülerinden kaynaklanan tarihsel hukuk anlayışına dayalıdır⁴.

Türkiye, Cermenik kökenli bir ülke değildir; fakat Türkiye'de temel hak ve özgürlüklerin tanınması, yani anayasallaşma süreci, doğal hakkın gelişim seyirinden ziyade Cermenik-tarihsel hakkın tekamülünün bir neticesidir. Yani Türkiye de Kıta Avrupası ülkeleri ve hatta İngiltere gibi devlet ile toplum ikiliği üzerine inşa edilmiştir. Zira Osmanlı'da mevcut güçlü yöneten – yönetilen ayrışması⁵ bunun en önemli göstergelerinden biridir. Bunun sonucu olarak Türkiye'de güçlü bir sivil toplum tarafından doğal hak anlayışına dayalı olarak kurulan ve sınırlandırılan bir devlet anlayışı değil, fakat topluma karşı görevleri olan devlet fikri hakimdir. Bu da Türkiye'deki temel hak ve özgürlük anlayışına yansır.

Bu çalışma, Türkiye'de zaman zaman eleştirilen ve hak temelli bir yaklaşım benimsemediği ifade edilen⁶ Anayasa Mahkemesi'nin Cermenik kökenli hak anlayışına temayülünü ortaya koymayı amaçlamaktadır. Zira bir ülkenin yargısının da ülkenin tarihsel-hukuki koşullarından bağımsız ele alınmasına imkan yoktur. Anayasa Mahkemesi, Türkiye'de geçmişten günümüze pek çok eleştiriye hedef olmuştur. Kararlarının isabeti yanında Mahkeme'nin bürokratik iktidarın bir temsilcisi olduğu, ideolojik-devletçi bir yaklaşım benimsediği eleştirisi önceleri yapılmıştır⁷. Günümüzde ise eleştirilerin Mahkeme'nin temel hak ve özgürlükleri korumak konusunda aşırı bir kendini sınırlama eğilimine girdiği noktasında toplanmaktadır⁸.

³ Jellinek, s. 120.

⁴ Jellinek, s. 121, tarihsel hukuk okulu, Savigny'nin kurduğu hukuk okuludur; buradaki anlamı da budur ve bu hukuk okulu, günümüz Kıta Avrupası ülkelerinin mevcut hukuki düzenlerini de büyük ölçüde etkilemiştir. Bu yönde bkz. Akbaş, Kasım: "Friedrich Carl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.74, S. 1, 2016, s. 53.

⁵ Cin, Halil; Akyılmaz, S. Gül: **Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni**, Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Adana, Haziran 2000, s. 179.

⁶ Turhan'a göre Anayasa Mahkemesi'nin eski kararlarındaki genel yaklaşımı da amaç temelli yaklaşım olmuştur. Böylece Mahkeme, esasında, yararçı bir amaçla hakları korumuştur; yoksa mahkemenin önceliği haklar değildir. Turhan, Mehmet: "Hukukta Özgürlükçü Yorum ve Refah Partisi Kapatma Davaları", **Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar**, (Eds: Mehmet Turhan, Nur Uluşahin), Naturel Yayınları, Ankara, 2009, s. 126.

⁷ Örn. Hakyemez, Yusuf Şevki: **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 464.

⁸ Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 436.

Anayasa Mahkemesi kararlarının isabeti konusunda öncelikli olarak değerlendirilmesi gereken ise Mahkemeyi bu kararları vermeye sevk eden öncüllerdir. Bu çalışma, tarihçi hukuk okulunun ortaya koyduğu kuramsal çerçeve doğrultusunda, Türk hukukunun Cermenik öncüllerinin izini Anayasa Mahkemesi kararlarında sürmeyi hedeflemektedir.

I. CERMENİK HAK ANLAYIŞININ KURAMSAL VE SOSYOLOJİK TEMELLERİ

Cermenik hak anlayışı, kendisini var eden kuramsal ve sosyolojik temellerden bağımsız anlaşılabilir. İlk olarak bu anlayışın modern dönemde ortaya çıkan doğal hukuk – tarihçi hukuk kuramları arasındaki tartışma bağlamında ele alınmalıdır. İkinci olarak da kavramın anlaşılabilmesi için Batı ülkelerindeki sınıfsal çatışmaların şekillendirdiği sosyolojik temellerin açıklanmasında fayda vardır.

A. Tarihçi Hukukun Kuramsal Temeli: Doğal Hukuk Karşıtlığı

Cermenik hak anlayışı, modern dönemde ortaya çıkan doğal hukuk – tarihçi hukuk okulları arasındaki çatışmanın ürünüdür. Bu anlayış esas olarak tarihçi hukuk anlayışına mündemictir; bu yönüyle de doğal hukuk anlayışının karşısında konumlanır. Bu durumda gerek tarihçi okul, gerekse de tarihçi okulun kabullerinden kaynaklanan Cermenik hak anlayışının doğal hukuk ve ondan kaynaklanan doğal haklar karşısındaki benimsediği tutumdan bahsetmek gerekir.

1. Doğal Hukuk Okulu – Tarihçi Hukuk Okulu Çatışması

Doğal hukuk geniş bir kavramdır. Bu kavramın mahiyetini tartışmak bu çalışmanın kapsam ve sınırları dışında kalır. Bununla birlikte doğal hukuk anlayışının dayandığı birtakım temeller üzerinde uzlaşma mevcuttur. Buna göre doğal hukuk, bir yer ve zamanda yürürlükte olan hukuktan bağımsız olarak insan iradesinin ürünü olmayan evrensel mahiyette bir hukuk anlayışdır⁹. Yani klasik doğal hukuk kuramı, esas itibarıyla insanın davranışlarına ölçü olmak üzere temeli insan doğasında bulunan ve akılla keşfedilen evrensel ve objektif ahlâkî ilkeleri esas almaktadır¹⁰. Bu sebeple doğal hukuk deney ve gözleme değil, fakat rasyonel bir biçimde akılla bulunabilecek genel geçer evrensel ahlaki ilkelere dayanan bir hukuk anlayışı olarak şekillenir.

Doğal hukuka ilişkin çeşitli tasnifler bulunmaktadır¹¹; ancak en temel olarak doğal hukuku teokratik ve seküler doğal hukuk anlayışı olarak tasnif

⁹ Uygun, Oktay: **Hukuk Teorileri**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 5.

¹⁰ Uslu, Cennet “Objektif ve Subjektif Doğal Hak Arasında Meta-Normatif İlkeler”, **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C.12, S. 1, 2011, s. 88-89.

¹¹ Klasik doğal hukuk anlayışı objektif doğal hak ve tam olarak modernizmle ortaya çıkan insanın doğal hakları anlayışı ise subjektif doğal hak olarak adlandırılmaktadır. Objektif doğal hak, objektif ahlaki ilkelere başvuran ve bu objektif ahlâkın bağlamına “hakları” da yerleştiren bir anlayıştır. Subjektif doğal hak ise bireyi kendi hayatını yönetme ve kendisi için iyi ve doğru olana karar verme konusunda tek

etmek mümkündür. Zira doğal hukukun menşei olan Batıda bu hak anlayışı ilk olarak Antik Yunan'da görülmüş; bilahare Ortaçağ'da Tanrısal iradenin yorumlanması üzerine inşa edildikten sonra modern çağda seküler temel kazanmıştır¹². Böylece Orta çağda doğalcı anlayış, önce, insana ilahi kuvvetler tarafından verilen doğal haklar olduğu düşüncesine dayanmıştır¹³. Ancak seküler bir insan hakları anlayışı, Aydınlanma döneminden itibaren gelişmeye başlar; bunun kökleri de Antik Roma ve Yunan felsefesi düşüncesine kadar uzanır¹⁴.

Doğal hukuk anlayışı, insan haklarının varlığı ve temellendirilmesi konusundaki ortodoks görüştür¹⁵. Bu yaklaşım, insan haklarını, insanın insan olmasından sahip olduğu haklar olarak görür. Bu haklar, insan onurundan kaynaklanır¹⁶. Ancak insan onuruna kaynaklık eden özelliklerin de bulunması gerekir. Bu konuda doğalcı yaklaşımın öne sürdüğü en güçlü argüman¹⁷ insanın eyleme özelliği, yani özneliğidir¹⁸.

Doğalcı görüş, insanı bir fail, yani eyleyici bir özne olarak ele alır ve doğal haklarını buna dayandırır. Bu görüşün en önemli savunucularından biri, Kant'tır. Günümüzde hakların seküler temelleri, Kant'tan bağımsız düşünülmez¹⁹. Kant'a göre, insanın iyi eyleme özelliği, onu diğer canlılardan ayırır. Bu da insanın değeri olarak adlandırılır. İnsan hakları da buna dayanır. Bu haklar, insanın istencinin iyi olması, bunun sonucunda da iyi eyleme ulaşabilme kapasitesine, yani insan onuruna hizmet eder. İnsan hakları da temelini insanın değeri adı verilen bu özellikte bulur²⁰.

Doğal hukuk yaklaşımı ve bu yaklaşımdan kaynaklanan doğal hak anlayışı, haklara evrensellik iddiası verir. Fakat doğal hukuk anlayışı bunu yaparken bilindiği üzere önce bir doğal durum yaratır²¹. Bilahare yaratılan bu doğal durumda insanların birtakım haklara ahlaki olarak sahip olması söz

yetkili olarak kabul eden ve bunu mutlak ve temel bir ahlâkî talep olarak kabul eden bir anlayıştır. Uslu, s. 89.

¹² Kuru, Gonca: "Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 1, 2017, s. 218.

¹³ Freeman, Michael: *İnsan Hakları: Disiplinlerarası Bir Yaklaşım*, (Çev: A Erkan Koca – Asena Topçubaşı), Birleşik Yayınevi, Ankara, 2008. s. 22.

¹⁴ Griffin, James: *On Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 1-2, 13.

¹⁵ Bu yönde bkz. Dembour, Marie-Benedicte; *Who Believes in Human Rights: Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, New York, 2006. s. 255.

¹⁶ Bu yönde bkz. Erdoğan, Mustafa; *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara, 2011, s. 48-52.

¹⁷ İnsan haklarının temellendirilmesinde doğalcı argümanın öne sürdüğü diğer görüşler için bkz. Erdoğan, Murat, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Lykeion Yayınları, Ankara, 2019, s. 56 vd.

¹⁸ Erdoğan, s. 57.

¹⁹ Bu yönde bkz. Flikschuh, Katrin: "Human Rights in Kantian Mode: A Sketch", *The Philosophical Foundations of Human Rights*, (Eds: Rowan Cruft, Matthew, Liao, Massimo Renzo), Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 666.

²⁰ Kuçuradı, İoanna: *İnsan ve Değerleri*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, s. 40.

²¹ Modern doğal hukuk bireyci bir perspektiften "doğal durum", doğal durumda "insanların hakları" ve "sözleşme" kavramları vasıtasıyla devletin kökeni ve meşruluğuna açıklama getirmeye çalışmıştır. Uslu, Cennet: *Doğal Haklar ve Doğal Hukuk: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, Liberte Yayınları, Ankara, 2011, s. 204.

konusudur. Bu haklar etik olarak temellenir ve pozitif hukuka geçer. Bu denklem, görüldüğü üzere devleti önceleyen rasyonel bir birey tasavvuruna dayanmaktadır. Tarihçi hukuk okulunun temel eleştirisi ise bireyin hakları konusunda toplumun kolektif bilincinin reddedilmiş olmasıdır. Böylece hakların ortaya çıkmasında devlet, denklemden çıkarılmıştır. Fakat dünya Amerika kıtası değildir; keza her toplum da devleti, Fransa'da olduğu gibi devrimci bir kesintiyle yıkıp yeniden inşa etmemiştir. Bu sebeple kadim topluluklardaki hukuk anlayışları, toplumla birey arasındaki çoklu çatışma ve uzlaşma eksenlerinden bağımsız düşünülemez²². Böylece tarihçi okula göre hukuk, bir ulusun bütün bir geçmişinde mündemiç hale gelir²³.

2. Cermenik Hak Anlayışına Kaynaklık Etmesi Bakımından Tarihçi Hukuk Okulu

Jellinek'in ortaya koyduğu Cermenik hak anlayışı Savigny'nin tarihçi hukuk okulunun hukuk tasavvuruna dayanır²⁴. Bu durumda tarihçi hukuk okulunun ortaya çıkışının kuramsal çerçevesi önem kazanır. Hukukun doğal hukuk ve pozitif hukuk olarak iki felsefi kavrayışla açıklanması sıklıkla rastlanan bir dikotomidir. Tarihçi hukuk anlayışı ise doğal hukuk anlayışına bir eleştiri olarak doğmuştur; fakat bu anlayışın pozitivist hukuk anlayışına mündemiç olduğunu söylemek de mümkün değildir. Zira bu okulun kurucusu olan Savigny pozitivistlerin en önemli argümanlarından biri olan kodifikasyona karşı çıkmaktadır²⁵. Yani tarihçi hukuk anlayışının temelinde evrensel ahlaki ilkelerin akıl yoluyla bulunması yoktur; ancak bu okulun temelinde pozitivist görüşün kodifikasyon yani kanunlaştırma hevesi de yoktur. Öyleyse tarihçi hukuk anlayışının temelinde ne vardır?

Akbaş'a göre;

“Tarihsel okula göre ... aynı dil, veya görenekler gibi hukuk da, daha sonra volkgeist olarak anılan ulusal bir karakter tarafından belirlenmiştir ve aynı dil gibi, ayrı bir varlığı yoktur. Ulusun yaşamının bir fonksiyonu veya görünümüdür. Önceleri halkta mündemiç iken, uygarlaşma ile birlikte hukuk yapımı hukukçuların yerine getirdiği ayrı bir işlev haline gelir²⁶.”

²² Bu hususta tarihçi hukuk okulunun Savigny'den sonra gelen önemli temsilcisi Puchta'nın tavrı nettir. Buna göre müşterek kanaat, bütün bireylerin birbiri ile uyuşan iradeleri değil, fakat bir birlik halinde halkın toptan kanaatidir. Bu kanaat de bireysel iradeler dışında ve üstünde bir varlığa sahiptir. Şüphesiz halk ruhunun ve bu ruhun devleti kurmasında da bu fikirler yatar. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Abadan, Yavuz: “Tarihçi Mektep ve Devlet Nazariyesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1, 1951, s. 165-169, özellikle 167.

²³ Akbaş, s. 59.

²⁴ Hukuk tarihine ilişkin literatürde Romacı ve Germenci hukukçuların, tarihçi hukuk okuluna mensup olduğunun tartışması kabul edildiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Yıldırım, Serhan: **19. YY Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 63.

²⁵ Kodifikasyon (kanunlaştırma) hareketinin modern hukuk sistemleri açısından rolü ve işlevi hakkında bilgi için bkz. Kuru, s. 202-205, ayrıca Savigny'nin kodifikasyon konusundaki görüşleri hakkında bkz. s. 220 vd.

²⁶ Akbaş, s. 59.

Yani hukuk, ilkel toplumlarda topluluk içinde kendini ifade eden her bireyin sahip olduğu bir kavramsallaştırma iken, geniş alanlara yayılan devletlerle birlikte uzmanlaşma gerektirmiş, böylece ayrı bir bilim olarak hukuk meydana gelmiştir. Bir başka deyişle hukuk, organik olarak sosyal yaşamın gelişimi ile bağlantılıdır. “Böylece bir hukuk araştırması da sosyal yaşamın tarihsel bir şekilde araştırılması ile mümkün olur. Yani Savigny adeta, Durkheim’den önce mekanik ve organik dayanışmayı, toplumun evrimsel gelişimini anlatmaktadır²⁷.” Bu gelişim, zaman içerisinde toplumdaki her konuda uzmanlaşmayı gerektirir. Böylece doktorlar, eczacılar, mühendisler vb. ortaya çıktığı gibi hukuk da uzmanlık gerektiren bir alan haline gelir ve toplumun kolektif hukuk bilinci, hukuk eğitimi alanlarında yaşamaya devam eder.

Tarihçi hukuk okulunun ortaya çıktığı dönemde dünyada yaşanan gelişmelere bakmak bu okulu doğru bağlama oturtmak açısından önemlidir. Bu dönem, Amerika Birleşik Devletleri’nden başlayarak Fransa’ya uzanan ve insan haklarının evrenselliğini esas alan düşünce akımlarının baskın olduğu bir dönemdir. Tarihçi okulun kurucusu Savigny, bu görüşlerde bireyin sıklıkla doğa düzeni içerisinde referans alındığını görmüştür. Halbuki bu durum, toplumsallığın dışlanmasına ve böylece eski Cermenik toplulukların hukuki bilincinin yok sayılmasına sebep olacaktır. Bu sebeple düşünür, Batı dünyasının geri kalan bölgelerinde kadim Roma hukukunu Cermen kabilelerinin hukuk anlayışlarıyla birleştirip spesifik bir hukuk anlayışı ortaya koyan Roma-Cermenik bir hukuk anlayışı yaratmak istemiştir²⁸. Böylece Savigny, esas olarak doğal hukuktaki eksik halkayı tamamlayarak yepyeni bir hukuk okulu kurmuştur: Bu halka toplum ve toplumun genelinden kaynaklanan hukuk anlayışıdır. Bunun kaynağına da *volkgeist* (halk ruhu) adı verilir.

Cermenik hak anlayışı, devlet ile toplumun karşılıklı konumlanmasını esas alır. Çünkü Alman düşünürler açıkça söylemek istemese de *volkgeist* nihayetinde Hegel’in yeryüzü tanrısı olarak nitelendirdiği devleti şekillendirir ve böylece birey, devletin görece görünmez kılınmaya çalışıldığı Amerika ve Fransa gibi örneklerden ayrılır. Bu şekilde devlet, belirtilen ülkelerde olduğu gibi temel hak ve özgürlüklere bir tehdit olarak değil; fakat bu hak ve özgürlükleri gerçekleştiren bir aygıt olarak konumlanır. Buna karşın devletin, doğal hakka ilişkin kazanımları da dikkate alması ve bu haklara keyfi müdahaleden kaçınarak kendini sınırlandırma yoluna gitmesi gerekecektir. Nihayet Alman hukukçuları, bu kuramı, Amerikan ve Fransız anlayışları olan hukukun üstünlüğünden ayıracaklar ve buna “hukuk devleti” adını vereceklerdir²⁹.

²⁷ Akbaş, s. 59.

²⁸ Güriz, Adnan: **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003, s. 227-228.

²⁹ Bu konudaki tartışmalar ve Fransız hukukçularının bu anlayışla girdiği etkileşim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Chevalier, Jacques: **Hukuk Devleti**, (Çev: Ertuğrul Gürcan), İmaj Yayınları, Ankara, 2010.

B. Sosyolojik Temel: Hukuku Şekillendiren Sınıfsal Gelişmeler

Pasukanis'e göre tarihçi hukuk okulu, feodal aristokrasinin ve bir yönüyle de korporatist küçük burjuvazinin tepkisinin bir ifadesidir³⁰. Bu cümle, sosyolojik temelleri açıklanmadan anlaşılması oldukça zor bir ifadedir. Bu sebeple Batı dünyasında sınıfsal çatışmanın hukuku ve insan hakları temellendirmesini nasıl şekillendirdiğini açıklamakta fayda vardır.

1. Demokrasinin ve Hukukun Üstünlüğünün Devrimci Kökenleri: ABD ve Fransa

Demokrasinin oluşumunu; burjuva sınıfı, aristokratlar ve köylüler arasındaki ilişki bağlamında ele alarak en özgün düşünsel çabalardan birini ortaya koymuş yazarlardan biri, Amerikalı düşünür Barrington Moore'dur. Moore, "*Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri: Çağdaş Dünyanın Yaratılmasında Soylunun ve Köylünün Rolü*" isimli ünlü eserinde "*burjuvazi yoksa demokrasi de olmaz.*" önermesini ortaya atmıştır³¹. Buna göre feodal toplumun çözülmesinde çeşitli etkenler rol oynamıştır; fakat demokrasiyi önceleyen koşul, aristokrasiye karşı nihai olarak galip gelen burjuva sınıfının varlığıdır.

Özellikle 17, 18 ve 19. yüzyıllar, Avrupa'da burjuva sınıfı ile aristokrasi sınıfının siyasal alana da yansıyan çekişmelerine sahne olmuş, söz konusu siyasal çekişme esnasında aristokratlar, burjuva unsurlarına acımasızca saldırmışlar, bunların varlığını küçümsemişlerdir. Bunun sonucu Fransa'da kanlı bir devrim olmuş; burjuva sınıfı, siyasal alanda hakimiyeti eline geçirmekle yetinmeyerek kanlı bir biçimde aristokrasiyi tasfiye etmiştir. Bunun ardından 3 Eylül 1791 tarihinde Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi yayımlanmış, söz konusu beyannamede devrimin ardından Fransa'nın yönetiminde etkili olacak ilkeler ortaya konmuştur. Burjuva dünya görüşünün siyasal haritası niteliğinde olan Beyanname'nin 1. maddesinin ilk cümlesi ise şöyledir:

"İnsanlar, haklar yönünden özgür ve eşit doğarlar ve yaşarlar."

Demokrasinin en önemli veçhesi ve siyasal alandaki en büyük getirisi özgürlük ve eşitlik³². Dolayısıyla Fransız Devrimi'nin ardından yayımlanan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 1. maddesinde yer alan en temel iki ilkenin özgürlük ve eşitlik oluşu, bir tesadüfün değil, yüz-

³⁰ Pasukanis, Evgeny: **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (Çev: Onur Karahanoğulları), Birikim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 64.

³¹ Moore, Barrington: **Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri: Çağdaş Dünyanın Yaratılmasında Soylunun ve Köylünün Rolü**, (Çev: Şirin Tekeli – Alaattin Şenel), İmge Yayınevi, Ankara, 2012, s. 487.

³² Sartori, özgürlüğün liberalizme, eşitliğin ise demokrasiye ait olduğunu ifade etmektedir. Buna göre özgürlük kavramı liberalizmin bireyciliğine dayalı bir tahayyülü içermekteyken eşitlik kavramı, herkesin yönetime eşit şekilde katılması şeklinde idealleştirilen bir anlayıştan doğar. Sartori, Giovanni: **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (Çev. Tunçer Karamustafaoglu, Mehmet Turhan), Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.323 vd., özellikle s. 370.

yıllar süren kanlı bir mücadelenin sonucudur. Söz konusu madde, burjuva sınıfının aristokrasiye karşı kazandığı büyük bir zafer ve burjuva sınıfına mensup olanlarla soyluların eşitliğini garantileyen en önemli ilkeyi içermektedir. Burjuvazi bu ilkeyi ortaya koymakla, aslında ulvi bir prensibi getirirken aristokratlara da tarihte ilk defa kendileri ile arasında hiçbir fark olmadığını beyan etmektedir.

Yukarıda Fransa özelinde açıklanan doğal hak kavramsallaştırmasının gelişimi Ortaçağ devlet düzenlerinin yıkılmasının habercisidir. Fransız Devrimi neticesinde ortaya çıkan doğal ve evrensel hak anlayışı da Rousseau'nun toplum sözleşmesi kavramsallaştırmasına dayandırılmaktadır. Halbuki Jellinek, Rousseau'nun toplum sözleşmesi kuramının Beyanname'ye kaynaklık etmediğini iddia etmiştir³³. Böylece Jellinek, kendisi de Cermenik bir krallık olan Fransa Krallığı'nın tarihsel bilincinden doğal hak anlayışı çıkmayacağını ifade etmiş olmaktadır. Bu durumda Fransız Devrimi'nin getirdiği doğal hak anlayışının kaynağı neresidir? Jellinek'e göre bu kaynak Amerika kıtasından başka bir yer değildir³⁴.

Jellinek'e göre doğal hakkın ortaya çıktığı yer Amerika kıtası olup, bunun da temel sebebi bu kıtada Avrupa kıtasında olduğu gibi devletin tarihsel bir varlığının bulunmayışıdır. Hatta Amerika'ya İngiltere'den göçen püritenler, Amerika kıtasında İngiltere benzeri baskıcı ve inançlarına sıklıkla karışan bir devletin varlığını istememişlerdir. Böylece Amerika'da doğal hak anlayışı, önce adeta devletsiz bir toplumda inanç ve ibadet özgürlüğüyle gelişmiştir³⁵. Jellinek, bunlara örnek olarak 17. yüzyılda Amerikan kolonilerinde ortaya çıkmaya başlayan anayasal belgeleri örnek göstermiştir³⁶. Nihayet yazar, Amerikan demokrasisinin doğumundan husule gelen muhteşem dini siyasi hareket ile vatandaşa verilen değil, insanın doğuştan sahip olduğu bir hakkın varlığının ortaya çıktığını, bunun da Magna Carta ve İngiliz yasalarındaki hak ve özgürlükler gibi atalardan geçen bir şey olmadığını belirtmektedir³⁷.

Gerçekten Amerikan coğrafyası, Batı Avrupa gibi feodal düzenin hakim olduğu bir coğrafya değildir. Bu sebeple Amerika Birleşik Devletleri, ister feodal ister bürokratik biçimde olsun, karmaşık ve yerleşik bir toplumunu parçalama sorunuyla karşılaşmamıştır. Bununla birlikte kıtada ilk olarak Amerikan Bağımsızlık Savaşı, İngiliz burjuvazisi ile kolonilerde ortaya çıkan daha farklı ve daha özgürlükçü bir Amerikan burjuvazisinin savaşı olarak nitelendirilmektedir. Nihayet İngiliz burjuvazisine galebe çalan Ame-

³³ Jellinek, s. 37 vd.

³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Güngören Bulgan, Birden: **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 71-75.

³⁵ Güngören Bulgan, s. 72-73, Jellinek, s. 87 vd.

³⁶ Jellinek, s. 90-95.

³⁷ Jellinek, s. 98, bu anlayışın Avrupa'da da dinin devlet ve toplumdaki dışlanması ve feodalitenin çözülmesi ile alakalı olduğunu söylemek mümkündür. Bu yönde bkz. Salihpaşaoğlu, s. 121 vd.

rikan burjuvazisi Güney eyaletlerindeki aristokrasi benzeri köleci düzeni eşitlik lehine tasfiye ederek son kapitalist devrimi gerçekleştirmiştir³⁸.

Amerika ve Fransa'daki devrimler insan haklarına temel olacak en önemli ilke olan eşitlik ilkesini beraberinde getirmiştir. Bu nokta, Amerikan ve Fransız Devrimleriyle evrensel insan haklarının somutlaşması arasındaki bağlantının kurulduğu yerdir. Bu ülkeler, eski düzeni yıkıp yerine yenisini koyarken bu düzenin hukuki altyapısı da belirlenmiştir: Bu altyapı, her insanın ahlaken eşit olduğu kabulüyle şekillenen ve evrensel bir nitelik arz eden doğal haklar manzumesidir. Böylece eski düzenler yıkılırken insanın doğuştan gelen, dokunulmaz ve devredilmez haklara sahip olduğu bir kurumsal altyapı benimsenmiştir. Bir başka deyişle tarihte belki ilk defa hak, devletten bağımsız ve onun karşısında konumlanmıştır.

2. İngiltere ve Almanya'da Cermenik Düzenin Farklı Görünümleri

Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa'daki gelişmeler, basit bir değişimin değil, yüzyıllar süren kanlı devrimlerin sonucudur. İngiltere'de ise parlamenter demokrasinin sağlam bir biçimde yerleştiği 19. Yüzyıl, barışçı değişme çağıdır. Bu ülkede toprak sahibi soyluların tahta bağımlı olmamaları ve güçlü ekonomik temellere sahip bulunan burjuvazinin gelişmesine yanıt olarak soyluların, ticari tarım faaliyetine yönelmeleri, köylülüğün barışçıl yollarla tasfiyesini sağlayarak demokrasinin tesisini beraberinde getirmiştir³⁹. Bu sebeple İngiltere'de aristokrasinin Amerika veya Fransa'da olduğu kadar kesin bir biçimde tasfiye edilmediği, bunların değişen koşullara uyum sağlayarak günümüzde dahi varlığını sürdürdüğü bilinen bir gerçektir.

İngiltere'de aristokratik usullerin tasfiyesi, Amerika ve Fransa'daki gibi kanlı bir devrimin değil, fakat zaman zaman kanlı ve şiddetli olsa da adım adım değişmeciliğin sonucunda oluşmuştur. Bu sebeple İngiltere'de, Amerika ve Fransa'nın geliştirdiği doğal hak kuramının altyapısal olarak benimsenmediği yönünde eleştiriler mevcuttur⁴⁰. Nihayet Jellinek'e göre de İngiltere'de devlete karşı ileri sürülen ve "doğuştan gelen hak (*birthright*)" tabiri, doğal hak anlamında kullanılmamaktadır. Buna göre doğuştan gelen hak, devlet ve devletin karşısında konumlanmış toplumdaki çoklu çatışma ve uzlaşma eksenleri neticesinde şekillenerek tebaa tarafından kazanılan, bilahare miras yoluyla alt soylara geçen hakları ifade etmektedir. Yani doğuştan gelen hak, evrensel olmayıp atalar tarafından devlet düzenine karşı kazanılmış haklardır⁴¹. Tüm bunların sonucu ise örneğin İngiltere'de Amerika ve Fransa'daki doğal hak anlayışının tersine, ödev bilincinin daha ön planda olmasıdır⁴².

³⁸ Moore, s. 151 vd.

³⁹ Moore, 29 vd.

⁴⁰ Bu yönde bkz. Douglas, Benedict J: Too Attentive to Our Duty, **Legal Studies**, Vol. 38(03), 2018, s. 366.

⁴¹ Bu yönde bkz. Jellinek, s. 82.

⁴² Douglas, s. 365.

Amerikan ve Fransız Devrimlerinin ortaya koyduğu doğal hak anlayışının tersine kadim devletlerin toplu ile arasındaki ilişkiyi belirleyen ödev temelli hak anlayışı, Jellinek'in İngiltere'yi Cermenik hak anlayışına örnek olarak göstermesinin sebebidir. Böylece Cermenik hak anlayışını, Amerika ve Fransa'nın aksine devletten bağımsız hak anlayışını benimseyemeyen Almanya'ya oturtmak da mümkün hale gelmektedir.

Cermenik hak anlayışının Alman kaynaklı bir hak kuramı olduğu ve bu kuramın tarihçi okulun hukuk tasarımı dayandığı belirtilmişti. Almanya'da aristokrasi, Fransa'da olduğu gibi şiddetle tasfiye edilmemiştir; İngiltere'de olduğu gibi burjuvazi ile antlaşma yoluna da gitmemiştir; hele ki Amerika'da olduğu gibi kolonilerde ortaya çıkan ve püriten anlayışa dayanan toplumsal sözleşme ve doğal hak anlayışı hiç bulunmamıştır. O halde Almanya'yı modernleştiren lokomotif sosyal güç nedir? Bu soruya yine Moore cevap vermektedir. Yazara göre;

"Prusya soyluluğu, Töton düzeni içinde özgürlüğe yakın bir konumda olan köylülerin zararına olarak elinde tuttuğu toprakları genişletti ve köylüleri serfleştirdi.Daha sonra Hohenzollern yöneticileri (hanedanı), soylularla kentlileri birbirine karşı çıkararak, soyluluğunun bağımsızlığını yıkmayı ve zümreleri ezmeyi başardılar. Bu gidişin ...vardığı sonuç, krallık bürokrasisiyle toprak aristokrasisinin askerleşmiş birleşimi olan "Kuzeyin Sparta'sı"nın yaratılması oldu⁴³."

Moore'dan alınan bu pasajda yer alan kavramlardan Türkçeye Töton düzeni şeklinde çevrilmiş olan kavram Cermenik düzenden başka bir şey değildir. Zira Cermenik düzenin İngilizcedeki karşılığı "teutonic" sözcüğüdür. Yani Jellinek'ten çok sonra Moore da Cermenik bir devlet düzeninden bahsetmiştir. Fakat Moore, bu düzenin tepeden inmece faşist bir düzene evrildiğini, bu sebeple Alman modernleşmesinin demokratik bir biçimde gerçekleşmediğini ileri sürmektedir; bu düzen tıpkı eski Yunan site devleti Sparta gibi katı ve disiplinlidir⁴⁴.

Moore'un ortaya koyduğu eleştiriler, Almanya'da faşizme kuramsal temel sağlamakla suçlanan Hegel, Savigny vs. gibi düşünürlerin niçin bununla suçlandığını ortaya koymaktadır. Buna göre söz konusu düşünürler, militarist ve katı bir düzeni savunmaktadırlar. Bilahare yeni kaynaklardan beslenen bu anlayışlar, irksal üstünlük kavramıyla birleştirilerek faşist bir düzene giden yol açılmıştır⁴⁵. Peki Jellinek'in Cermenik hak anlayışı bu faşist düzene hizmet mi etmiştir? Bu soruya cevap verebilmek için Jellinek'in Cermenik hak anlayışını doğal hak karşısında nasıl konumlandığını tespit etmekte fayda vardır.

⁴³ Moore, s. 506.

⁴⁴ Moore, s. 503 vd.

⁴⁵ Moore, s. 506.

3. Cermenik Hak Anlayışının Yeri: Doğal Hakka Karşı, Doğal Hakla Beraber

Amerikan, İngiliz ve Fransız modernleşme süreçleri ile Almanya'nın modernleşme süreçleri bizi nihayet Cermenik hak anlayışını isabetli bir bağlama oturtabilme imkanı vermektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki tarihçi hukuk okulu, Amerika ve Fransa'da doğan ve geçmişle bağını kopararak evrensel bir doğal haklar manzumesi yaratmayı amaçlayan sistemlere yerel hukuk kaynaklarıyla yanıt vermeyi amaçlamıştır. Bu doğrultuda Alman hukukunun iki kaynağı tespit edilebilmektedir: Roma Hukuku ve Cermenik hukuk. Zira tarihçi hukuk okulu, Romacılar ve Cermenciler olarak iki kola ayrılmaktadır⁴⁶.

Tarihçi hukuk okulunun girdiği kuramsal tartışmalar çoğunlukla Almanya'da Medeni Kanun'un kodifiye edilmesinin usul ve esasları üzerinde yoğunlaşmıştır⁴⁷. Fakat tarihçi hukuk okulunun özel hukuka ilişkin görüşleri, esas itibarıyla “*özerk özel hukuk*” fikrinin yaratılması için kamu hukukunun kapsam ve sınırlarının çizilmesi, devletin de Amerikan ve Fransız doğal hukuk anlayışlarından farklı bir biçimde sınırlandırılması gerekmektedir. Bu sebeple tarihçi hukuk okulu, özellikle Savigny, temel haklar konusunda Fransa'daki parlamentonun üstünlüğü ilkesinden ziyade “*hukuk bilimine hakim olan yargıç*” fenomenine güvenmiştir⁴⁸. Böylece Cermenik hak anlayışının genel kapsamı da belirlenmiş olmaktadır; Amerikan ve Fransız sistemlerinin aksine Cermenik hak, devletin yalnızca kaçınma yükümlülüklerini değil, fakat koruma ve gerçekleştirme yükümlülüklerini de yerine getirdiği bir mekanizmaya dayanacaktır⁴⁹; bu yükümlülüğü yerine getirecek olan da halkın hukukunu kavrayan hakimler olacaktır. Fakat bu durumda devletin özel hukuk alanına ve temel hakları korumak için yine temel haklara müdahalesinin kapsam ve sınırları ne olacaktır? Bu soruya Jellinek Cermenik hak anlayışını, doğal hukuk karşısında, fakat bu anlayışın ortaya koyduğu hak tasarımına destek vererek yanıtlamaya çalışmıştır.

Jellinek, Cermenik hak anlayışından kısa eserinin “*İnsan Hakları ve Cermenik Hak Kavramı*” başlıklı son kısmında çok kısa bahsetmiştir. Yazara göre İngiltere'nin Cermenik devlet düzeni, modern çağların başlangıcında devlet kudretinin yoğunlaşmasıyla dönüşüme uğramıştır. Bu kudret, İngilizler tarafından şekli-hukuki manada sınırsız olarak kavranmış, gerek Parlamento, gerekse Kralın yetkileri, İngiliz halkının yaşayan kanaatinin meydana

⁴⁶ Bu kollar da kendi içinde çeşitli tartışmalara girmişlerdir En temel olarak Romacı hukukçuların Roma hukukunun hem saf haline hem de Gossatorlar ve Postglassatorlar tarafından büründüğü şekline, Cermenci hukukçuların ise özgün Alman hukuku, Romacı tesirlerle değişime uğrayan Alman hukuku ve 1871'den sonra oluşan modern İmparatorluk hukuku kollarına ayrıldığı belirtilmektedir. Yıldırım, s. 67, ayrıntılı bilgi için bkz. 63-74.

⁴⁷ von Gierke, Otto: “Social Role of Private Law” (Almancadan İngilizceye Çeviren: Ewan McGaughey), **German Law Journal**, Vol. 19, No: 04, 2018, s. 1036 vd.

⁴⁸ Boyar, Oya: **Anayasa ve Özel Hukuk**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 27.

⁴⁹ Anayasa ile özel hukuk arasındaki ilişkinin belirtilen şekilde kuruluşuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Boyar, s. 9-16.

getirdiği maddi sınırlara tabi kalmıştır; İngiliz anayasal belgelerinin ortaya çıkışıyla da bu sınırlar tekrar ifade bulmuş olup, bu durum eski Cermenik hukuk kavrayışının neticesidir⁵⁰.

İngiltere’de ortaya çıkan anayasal belgeler Cermenik hak kavrayışıyla ortaya çıkmakla beraber doğal hak öğretileri, kendilerini bu kavrayışa iliş-tirmişler⁵¹. Yani aslında İngiltere’de ortaya çıkan anayasal belgelerde yer alan doğal haklar, Cermenik hakkın modern bir ifadesi şeklinde ortaya çıkmış olup, bu haklar zaten toplumun tarihselliğinde mündemiçtir.

Jellinek’e göre Kıta Avrupası devletleri devlet ile birey ilişkisinin kurulmasında iki temel ihtimal söz konusudur; bunlardan birincisi kadir-i mutlak devlet anlayışından gelen doğal hak kuramı; ikincisi ise yukarıda bahsedilen Cermenik hak kuramıdır. Kadir-i mutlak devlet anlayışından gelen doğal hak kuramında birey haklarına mahsus alanın bütünü, devletin taviz ve müsaadelerinin ürünüdür. Cermenik hak anlayışı ise devlet ile hakkı beraber tanımlar ve bunları devlet ile toplum ve bireyin birbirine karşı ödevleri olarak belirler. Zira Jellinek’e göre de doğal hak kuramında en büyük hata, özgürlüğün eylemsel hallerinin hak olarak tasavvur edilmesinde ve bu hakka, devleti yaratıp sınırlamış gibi yüksek bir kudret atfedilişinde yatmaktadır⁵².

Jellinek’in yukarıda belirtilen görüşlerinden yola çıkılarak elde edilebilecek sonuçlar şunlardır: Doğal hak ve Cermenik hak birbirine karşıt içeriklere sahip değildir. Bunların birbirlerine karşıtlıkları, hakkın temellendirilmesindeki yöntemden kaynaklanmaktadır. Doğal hak öğretisi, devletten önce hakkı tanımlayarak, hakka devleti yaratacak bir kudret verir. Fakat Cermenik hakkın temelinde toplumların tarihsel süreçlerinden getirdikleri ve iktidarla aralarında oluşan ödev ilişkisi esastır. Bu ödev ilişkisi, doğal hakkın içeriğine değil, fakat doğal hakkın temellendirilmesinde devletin dışlanmasına itiraz eder. Böylece Jellinek, Cermenik hak anlayışının mahiyetini de ortaya koymuş olmaktadır. Cermenik hak anlayışı, içerik bakımından doğal hak manzumesini reddetmez; fakat yöntem bakımından doğal hakkın devlet öncesi doğal durumdan kaynaklandığı yönündeki kuramlarla arasına ciddi bir mesafe koyar.

Klasik doğal hak öğretisi, devleti hak alanından dışladığı için devlete yalnızca kaçınma yükümlülüğü yüklerken, Cermenik hak anlayışı, devleti hakkın yaratılmasının bir unsuru olarak gördüğünden bireyin haklarının ve nihayet kendisinin gerçekleştirilmesini de bir yükümlülük olarak devlete yükler. Böylece Cermenik hak anlayışı, doğal hakka karşı, fakat doğal hakla beraber hareket etmektedir. Nihayet pozitif yükümlülükler ve temel hakların yatay etkisi gibi kavramların neden Alman icadı ve neden Cermenik oldukları da böylece ortaya çıkmış olmaktadır.

⁵⁰ Jellinek, s. 119.

⁵¹ Jellinek, s. 120.

⁵² Jellinek, s. 122.

II. TÜRKİYE’DE CERMENİK DÜZENİN KÖKENLERİ VE ANAYASA MAHKEMESİ’NİN CERMENİK HAK ANLAYIŞI KARŞISINDA TUTUMU

Cermenik hak anlayışının temelinde, yalnızca devletin hakları ihlal etmekten kaçınması değil, aynı zamanda bireyin kendini gerçekleştirebilmesi için gerekli tedbir ve önlemleri alması bulunmaktadır. Bu anlayış Türkiye’de de mevcuttur. Öyle ki Türk Anayasa Mahkemesi, devletin vatandaşa karşı özellikle sosyal ve ekonomik yükümlülüklerini gerçekleştirmesi hususunda Batılı liberteryan toplumların alışkanlıklarından ötede bir görünüm vermektedir. Fakat zaman zaman Cermenik hak anlayışının getirdiği ödev temelli ibre, vatandaş aleyhine de dönebilmekte, bu konuda zaman zaman devletin kaçınma yükümlülükleri Anayasa Mahkemesi tarafından isabetsiz bir şekilde yorumlanabilmektedir. Bu kısımda söz konusu anlayış, Türkiye özelinde incelenecek, bilahare bu anlayışın Anayasa Mahkemesi kararlarına rengini veren anlayış olduğu seçilen kararlar üzerinden ortaya konmaya çalışılacaktır.

A. Osmanlı Devleti’nin Roma-Cermenik Düzenle Benzerlik ve Farklılıkları

Türkiye’de temel hak ve özgürlüklere hakim olan anlayışı tespit için önce Cermenik düzenin Türk toplumundaki karşılığı ortaya konmalıdır. Böylece tarihçi hukuk okulunun yöntemine uygun olarak Türkiye’nin tarihselliği incelenmiş olur.

Tarihçi hukuk okulunun görüşlerini anlamak için Cermen kabilelerinin Romadan miras aldıkları düzeni anlamak gerekir. Basitçe bu düzen şu şekildedir: Romanın ilk kurulduğu dönemde, her aileye eşit toprak dağılımı esası geçerlidir. Zamanla fethedilen toprakların artması ve özellikle verimli olan toprakların Roma kamu toprağı (ager publicus) sayılması sonucu, büyük işletmelerin (latifundium) sayısı artmış, zengin olanlar (patricius’lar, aristokratlar) küçük toprak sahibi ailelerin (pleb’lerin) topraklarını alarak kendi topraklarını büyümüşür⁵³. Böylece feodaliteye dönüşecek nüveler içeren Roma toprak sistemi⁵⁴, feodalleşmiştir. Ancak bu Doğu ve Kuzeydeki Cermen kabilelerinin Roma ile birleşerek bir düzen yaratması sonucunda gerçekleşmiştir.

Cermen kabileleri M.S. 1. Yüzyıl’dan itibaren Roma topraklarına yerleşmeye başlamıştır. Bunlar, Roma Devleti’nin merkezi gücünün azalmasıyla birlikte Roma mülkiyet anlayışını da değiştirerek feodaliteyi halihazırdaki Roma düzeninin üzerine yerleştirmişlerdir. Böylece Cermen kabileleri, kişisel şefe, yani iktidara sadakat ve dolayısıyla ona karşı ödev geleneği ile Ro-

⁵³ Aydoğdu, Murat: “Roma Hukukunda Toprak Sistemi ve Tarım Reformu Girişimleri, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 376-377.

⁵⁴ Aydoğdu, s. 377.

ma'daki özel mülkiyet kurumunu birleştirmişlerdir⁵⁵. Bu birleşme Cermenik hak anlayışının da kökenidir; bu şekilde iktidarla toplum ve birey arasında karşılıklı sadakat ve ödevler şeklinde anlaşılacak yükümlülükler doğmuştur.

Ahmet Cevdet Paşa, Tarih-i Cevdet isimli eserinde Cermenik bir kabile olan Frenk kralı Şarلمان'ın Batı Roma Devleti'ne yaptığının benzerini, Fatih Sultan Mehmet'in Doğu Roma Devleti'ne yaptığını ifade etmektedir. Bu bakımdan Türklerin de Cermenler gibi Roma'nın mirasçıları olduğu ve bu sebeple Batıda feodalizme yol açan Cermen-Roma sentezinin, Doğuda Türk-Bizans sentezi olarak neyi yarattığını bir süreç içinde incelemek gerektiği belirtilmektedir⁵⁶.

Osmanlı Devleti'nin ilk kurulduğu yıllar ve öncesinde, Anadolu ve Rumeli topraklarında hüküm süren Bizans İmparatorluğu döneminde bu topraklarda feodaliteye benzer bir düzenin temelleri atılmıştır⁵⁷. Nihayet Osmanlı Devleti de kurulduğu yıllarda toprak rejimini güçlü bir merkeziyetçi anlayışla idare edecek güçte değildir. Bu dönem, Anadolu'da güçlü beyliklerin, dolayısıyla Osmanlı Devleti'ne tehdit oluşturabilecek yerel iktidarların bulunduğu bir dönemdir⁵⁸. Bu dönemde yerel iktidar odaklarının güçlü oluşu sebebiyle sistem; Bizans ve Türk Beyliklerinin hakim oldukları topraklarda feodal bir düzene doğru evrilmektedir⁵⁹. Ancak iktidarın giderek Osmanlı hanedanında toplanması söz konusu evrimi durdurmuş, Osmanlı Devleti hakimiyetindeki topraklarda Batı Avrupa'daki anlamıyla aristokrasinin oluşması söz konusu olmamıştır⁶⁰.

Osmanlı Devleti'nde kuruluş dönemi ve klasik dönemdeki toplumsal tabakalar esas olarak toprak mülkiyeti sistemi tarafından belirlenmiştir. Bu sistem, tarihte Osmanlı siyasi ve sosyal yapısına gerçek şeklini veren en etkin faktördür. Cin'e göre:

“bir ülke halkının sosyal durumu, refahı, hürriyetleri o ülkede uygulanan mülkiyet ve arazi rejimi ile pek yakından ilgilidir... Bir medeniyeti anlamak için mülkiyet rejiminin incelenmesi gerekir. Çünkü o, doğrudan doğruya sosyal şartları tayin ve sosyal gelişmenin çeşitli faktörlerinden birini teşkil eder⁶¹.”

⁵⁵ Ağaogulları, Mehmet Ali; Köker Levent: **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, İmge Yayınları, Ankara, 2004, s. 174.

⁵⁶ Timur, Taner: **Osmanlı Toplumsal Düzeni**, İmge Yayınevi, Ankara, 2010, s. 53.

⁵⁷ Söz konusu sistemin adı pronoya sistemi olup, pronoya kelimesinin anlamı, *“toprakların işletilmesinin denetimini bir kişiye devretmektir.”* Cin, Akyılmaz, s. 225.

⁵⁸ *İstanbul'un alınmasına kadar, iktidardaki Osmanlı hanedanı bu yeni Bizans-Türk eşrafına karşı çıkacak gücü bulamadı.* Keyder, Çağlar: **Türkiye'de Devlet ve Sınıflar**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011, s. 19-20.

⁵⁹ Osmanlı Devleti'nin hüküm sürdüğü topraklarda Bizans öncesi ve Bizans dönemi toprak rejimi hakkında ayrıntılı bilgi ile 10. ve 11. yüzyıllarda söz konusu toprak sisteminin feodal bir yapının başlangıcına doğru evrildiği yönünde görüş için bkz. Yerasimos, Stefanos; **Az gelişmişlik Sürecinde Türkiye: Bizanstan Tanzimata**, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1977. (1977), s. 25-85 özellikle 49 vd.

⁶⁰ Keyder, s. 20.

⁶¹ Cin, Halil: **Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması**, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1978, s. 1.

Anadolu'ya ilk gelen Türk kavimleriyle, Batı Roma'yı yıkan Cermen kabilelerinin devinimleri benzeşmektedir. Bununla birlikte bu iki kavim arasında din farklılığı⁶² bulunduğu gibi, bunların kurdukları toprak düzeni arasında da farklılık bulunmaktadır. Zira Osmanlı Devleti feodal bir düzene sahip değildir. Fakat bu durum Osmanlı'nın kurduğu düzenin Roma kadim düzeniyle taban tabana zıt olduğu anlamına gelmez. Keyder'e göre;

“Osmanlı İmparatorluğu'nun klasik kurumsal yapısı, az çok birbirine yakın büyüklükteki toprakları elinde tutan ve merkezden atanan memurlara oransal vergi ödeyen bağımsız bir köylü kitlesinin varlığını öngörüyordu... Bu memurların temel özelliği, statülerini miras yoluyla veya mahalli nüfuzlarına dayanarak değil, merkezi otorite tarafından tayin edilmiş olmaları dolayısıyla elde etmeleri idi”⁶³.

Osmanlı toprak rejiminin esasını teşkil eden sistem, dirlik (tımâr) sistemidir⁶⁴. “Dirlik veya tımâr, devletin miri araziden muayyen bir kısmının yıllık gelirinin tamamının veya bir kısmını, belli hizmetler mukabilinde bir şahsa tevcih etmesine denir⁶⁵.” Osmanlı Devleti'ndeki dirlik sisteminin belirleyicisi olan en önemli unsur miri arazi ve miri arazinin hukuki rejimidir. Çünkü Osmanlı Devleti topraklarının büyük bir kısmı miri arazidir⁶⁶. Miri arazi, çıplak mülkiyeti devlete, istifadesi ise bireylere ait olan arazidir⁶⁷. Miri arazinin kullanımı ve işletilmesi ile Osmanlı Devleti'nde devlet ve yönetici sınıf dışında kalan halk anlamına gelen reaya⁶⁸ arasındaki ilişkiler arasında yakın bir bağlantı vardır. Çünkü miri araziye ekip biçen toplumsal tabaka reaya, reayanın söz konusu faaliyetten elde ettiği gelirin bir kısmını vergi olarak toplayan tabaka ise yönetici sınıfın bir parçası olan sipahidir.

Osmanlı Devleti'nin dirlik veya tımâr sistemini nereden aldığı, yani dirlik sisteminin kaynağı konusunda ise üç farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüş, Osmanlı Devleti'nin söz konusu sistemi, İslam'ın iktâ kurumundan aldıklarını öne sürmekte, bir diğer görüş bu sistemin Sasanilerden Araplara, Araplardan da Türklere geçtiğini belirtmekte ve nihayet bir diğer görüş de Osmanlıların dirlik sistemini Bizans İmparatorluğu'ndan aldıklarını ifade etmektedir⁶⁹. Ancak dirlik sistemi esasında tarihte farklı dönem ve yerlerde

⁶² Esas itibarıyla Batı kamu hukuku kavramlarının kökeninde Batı ilahiyat terimleri bulunmaktadır. Bu sebeple Avrupa toplumsal düzeninin ve buna bağlı olarak kamu hukuku ve Avrupa toplumunun tarihselliğinin belirlenmesinde dinin yeri yadsınmaz. Bu yönde bkz. Salihpaşaoğlu, Yaşar: **Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi**: Avrupa Örneği, Adalet Yayınevi, 2018.

⁶³ Keyder, s. 21.

⁶⁴ Cin, Halil, **Miri Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü**, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1987, s. 56.

⁶⁵ Cin, **Miri Arazi**, s. 57.

⁶⁶ Cin, **Miri Arazi**, s. 43

⁶⁷ Cin, **Miri Arazi**, s. 1.

⁶⁸ Osmanlı düzeninde reaya adı verilen yönetilenler, hukuki bakımdan yönetici sınıfta yer almayıp, kendilerinden vergi toplanan tüm tebaayı kapsamaktadır. Bu yönde bkz. Akyılmaz, S. Gül: “Osmanlı Devleti'nde Reaya Kavramı ve Devlet-Reaya İlişkileri”, **Osmanlı** içinde, (Ed. Güler EREN), Cilt: 4, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, s. 41.

⁶⁹ Dirlik sisteminin kaynağı konusunda öne sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cin, **Miri Arazi**, s. 57-64.

temel ilkeleri aynı kalmak koşuluyla uygulanmış bir sistemdir. Bu sebeple dirlik sistemi doğru bir ifadeyle; “*bir tekamülün neticesidir, tarihin malıdır*”⁷⁰. Yani dirlik sistemi, herhangi bir ulus ya da topluluğa ait olmayıp, tarihsel gelişmenin toprak mülkiyeti üzerinde yarattığı zorunlu bir merhale olarak anlaşılmalıdır.

Tüm bu anlatılanlardan çıkarılabilecek netice şudur: Anadolu ve Rumeli topraklarındaki kadim toprak rejimi, güçlü bir merkezîyetçi devletin varlığı halinde bağımsız küçük köylü topluluğuna dayanmakta, devletin gücünü kaybetmesi halinde ise yerel memurların zamanla güçlenerek mahalli güç odaklarına dönüşmesi biçiminde tezahür etmektedir⁷¹. Bu tarihsel süreç ile Cermenik devlet düzeni arasında belirgin bir bağlantı kurmak mümkündür.

Cermen kabilelerinin Romadan aldıkları mirasın benzerini Osmanlı, Bizans’tan almıştır. Bu sebeple Osmanlı İmparatorluğu için “*Üçüncü Roma*” teşbihinin dahi yapıldığı görülmektedir⁷². Fakat şüphesiz Osmanlı, bu sisteme kendi rengini vererek “*sui generis*” bir sistem kurmuştur. Bu sistem zaman içinde tıpkı Cermenik düzende olduğu gibi devlet-toplum ikiliği yaratmıştır. Bilahare Osmanlı İmparatorluğu, 16. Yüzyıl’dan itibaren Roma-Cermen İmparatorluğu ve Fransa gibi diğer Cermenik kökenli ülkelerle de diplomatik ilişkilere girmiştir. Tanzimattan itibaren ise Osmanlı hukukunda bir “Romanizasyon” döneminin başladığı belirtilmektedir⁷³. Böylece Osmanlı topraklarında, temelinde Cermenik düzene benzer bir düzenin bulunduğu bir hukuk anlayışının yüzyıllar içinde tedrici biçimde oluştuğunu ifade etmek mümkündür.

B. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Cermenik İzler

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi, kurulduğu günden bu yana tartışmaların odağında olmuş, buna karşın günümüze kadar da Türk anayasa hukukunun vazgeçilmez kurumlarından biri olarak varlığını sürdürmüştür. Anayasa Mahkemesi’ne yöneltilen eleştirilerin, genelde bu kurumun Türkiye’de mevcut düzenin zaman zaman temel hak ve özgürlükler aleyhine de olsa hegemonik bir koruyucusu olduğu noktasında toplanabilmektedir⁷⁴. Halbuki Türk Anayasa Mahkemesi’nin temel hak ve özgürlükleri Batıdaki muadillerinin cesaret edemediği kadar geniş yorumladığı örnekler mevcuttur. Örneğin Anayasa Mahkemesi, temel haklar konusunda devletin pozitif yükümlülükle-

⁷⁰ Cin, **Miri Arazi**, s. 64.

⁷¹ Keyder, Osmanlı toprak mevzuatının dayandığı modeli izlerken 7. yüzyıla kadar gitmekte ve bu dönemden kalan ünlü Toprak Kanunu’nu örnek göstermektedir. Keyder, s. 20, benzer bir şekilde Cin de Hitit Uygarlığı’nın benimsediği tımar sistemi ile Osmanlı tımar sistemi arasındaki benzerliğe dikkat çekmektedir. Cin, **Miri Arazi**, s. 63-64.

⁷² Ortaylı, İlber: **Osmanlı Barışı**, Timaş Yayınları, İstanbul, 2004, s. 38.

⁷³ Ortaylı, İlber: “Osmanlı Devletinde Laiklik ve Hukukun Romanizasyonu”, **Erdem, Aydın Sayılı Özel Sayısı**, C. 9, 1997, s. 27.

⁷⁴ Kaya, Semih Batur: “Anayasa Mahkemesi’nin Laiklik ve Bölünmez Bütünlük İlkeleri ve Hegemonik Koruma Tezi Ekseninde Siyasi Partilere Yaklaşımı ve Çağdaş Çoğulcu Demokrasilerde Siyasi Partilerin Önemi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2016(122), 2016, s. 11-12.

ri yorumlarken Batı ülkelerinin büyük mahkemelerinden daha rahattır. Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin devlet ile vatandaşın karşı karşıya geldiği noktalarda zaman zaman negatif boyutuyla temel hakları kavramakta zorlandığını görmek mümkündür.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında zaman zaman konjonktürel gelişmeler rol oynamaktadır. Fakat Mahkeme'nin konjonktürel girdiği girift ilişki, bu çalışmanın kapsam ve sınırları dışında kalmaktadır. Bu sebeple aşağıda yalnızca Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlarda benimsediği hukuki tavır konjonktürel sayılamayacak kararlar çerçevesinde incelenecektir. Böylece bu kararların yukarıda esasları açıklanan Cermenik hak anlayışı ile bağlantısı kurularak ortaya konmasına çalışılacaktır.

1. Devletin Koruma ve Gerçekleştirme Yükümlülükleri Konusunda Anayasa Mahkemesi'nin Tutumu

Daha önce belirtildiği gibi Cermenik düzende devlet ile toplum arasında bir ikilik kurularak hak, bunlar arasındaki çoklu çatışma ve uzlaşma eksenlerinden türetilir. Anayasa Mahkemesi'nin de toplumsal yaşamda devleti, gücünün karşısında zayıfın korunmasıyla görevlendirmek konusunda bir tereddüt yaşamadığını söylemek mümkündür. Halbuki bu durum, doğal hak anlayışına daha yakın olan Batılı devletler açısından devletin sosyal yaşama müdahalesi anlamına gelir ve bu sebeple liberteryan anlayışın en büyük çekincelerinden birini teşkil eder.

Devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahalesi konusunda liberteryan anlayışın korkularını temsil eden belki en güzel örnek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde devletin pozitif yükümlülükleri doktrininin ilk defa açıkça kabul edildiği *Marx v. Belçika Davası*'nda İngiliz hakimın karşıyodur. Karara konu olan olay, evlilik dışı çocukla evlilik birliği içinde doğan çocuğun eşit haklara sahip olmamasıdır. Çünkü o dönem yürürlükte bulunan Belçika Medeni Kanunu'na göre, evlilik dışı doğan bir çocuğun soybağı doğumla değil, fakat tanıma ile kurulmaktadır. Bu sebeple kanunun ifadesiyle “gayrimeşru (*illegitimate*)” olan bu çocuğun aile hukukundan kaynaklanan hakları ile evlilik birliği içinde doğan çocuğun hakları arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır⁷⁵. Bu davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “...Devletin negatif yükümlülüklerine özel hayata etkili bir biçimde saygıyı sağlayan pozitif yükümlülükler de eklenebilir. ... Devlet bundan dolayı ulusal hukuk düzeninde bekar anne ve çocuğu arasındaki ilişkide olduğu gibi aile bağlarına uygulanacak rejimi belirleyerek, ilgililere normal bir aile hayatı sürdürme imkanı tanyacak şekilde hareket etmelidir⁷⁶.” demiştir. Böylece Mahkeme, Sözleşme'nin özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi ve mülkiyet hakkını düzenleyen 1 Nolu Ek Protokol'ün 1.

⁷⁵ Özman, Aydoğan; “Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 36, Sayı: 1, 1979, s. 126-127.

⁷⁶ *Marx v. Belgium, Application No: 6833/74*, 13.06.1979, § 31.

maddesinin, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Marckx v. Belçika Davası'nın önemi, sosyal ve ekonomik bakımdan önemli bir eşitsizliğin pozitif yükümlülükler doktrininin maddi boyutu ile giderilmiş olmasıdır. Ancak bu karardaki karşı oylar aslında bu doktrinin Batı ülkelerindeki tartışmalı durumunu da gözler önüne sermektedir. Daha önceki davalarda Sözleşmenin “*dikkatli ve muhafazakar*” bir yoruma tabi tutulması gerektiğini ifade eden İngiliz hakim Gerald Fitzmaurice, Marckx v. Belçika Davası'nda da olayın özel hayat ve aile hayatı hakkının kapsamına girmediğini, çünkü ortada Sözleşme'nin lafzında geçtiği anlamıyla bir aile olmadığını öne sürmüştür⁷⁷. Hakim Fitzmaurice'in karşı oyu bununla da sınırlı değildir. Hakim, Sözleşme'de kapsamı ortaya konan mülkiyet hakkının, bireylere bu konuda devletin kendilerine tanımadığı bir yetkiyi talep etme hakkı vermediğini, mülkiyet hakkını düzenleyen hükmün mülk sahiplerinin mülkiyet haklarının korunması amacıyla kaleme alındığını ifade etmiştir⁷⁸.

Hakim Fitzmaurice'in karşı oyu Cermenik anlayışın aksine, hakka pozitif bir müdahaledense hakkın negatif boyutunu dikkate almaktadır. Böylece mülkiyet hakkı, devletin müdahalesinden korunacak, hakkın kapsamı da mülk sahiplerinin mülkiyetine dokunmama ile sınırlanmış olacaktır. Bu durum, devleti sosyal alandan dışlayan ve hakkı devletten bağımsız tanımlayan liberteryan görüşlere uygundur. Fakat Türk Anayasa Mahkemesi'nin hak anlayışını bu şekilde kurduğunu söylemek mümkün değildir. Zira Anayasa Mahkemesi, hakkın korunmasında devletin yükümlülüklerini temel hakların yatay etkisi bağlamında ortaya koymaktadır.

a. T.A.A Başvurusu: İşçi – İşveren İlişkilerinde Cermenik Yaklaşım

Türk Anayasa Mahkemesi'nin işçi-işveren ilişkilerine ilişkin verdiği bir bireysel başvuru kararında yukarıda belirtilen liberteryan korkudan hiç etkilendiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, kararında HIV virüslü işçinin sözleşmesinin feshedilmesi konusunda ihlal kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre;

“...uyuşmazlık, gerçek kişiler arasındaki iş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkindir. Dolayısıyla kamu makamlarının herhangi bir müdahalesi söz konusu değildir. Bununla birlikte devletin, kişilerin maddi ve manevi varlığını ve özel hayata saygı hakkını etkili olarak koruma ve saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük bireylerin birbirlerine karşı eylemleri bakımından da anılan hakların korunması için gerekli önlemlerin alınmasını da içerir.”⁷⁹

⁷⁷ **Markcx v. Belgium** (Hakim Fitzmaurice'in Karşı Oyu)

⁷⁸ **Markcx v. Belgium** (Hakim Fitzmaurice'in Karşı Oyu)

⁷⁹ **T. A. A. Başvurusu, Başvuru No: 2014/19081**, Karar Tarihi: 01.02.2017, § 78.

...özel hukuk ilişkilerinde kamusal makamların yükümlülükleri, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine üçüncü kişilerin müdahalesinin önlenmesi için gerekli önlemlerin alınması ve mahkemelerce korunma sağlanmasıdır. Kamu makamlarınca gerekli yapısal önlemler alınmış olsa da uyuşmazlık konusu davayı yürüten mahkemelerce verilen kararlarda, üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı bireylere korunma imkanı sağlanmadığı durumlarda bu yükümlülükler gereği gibi yerine getirilmemiş olacaktır. Bu, kamusal makam olan mahkemeler aracılığıyla bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasız bırakıldığı anlamına gelecektir⁸⁰.

Anayasa Mahkemesi, devletin koruma yükümlülüğünün kapsamını do- laylı yatay etkiye teşmil ettiği gibi, söz konusu olayda Yargıtay ve İş mahkemesi kararlarının da kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik bir ihlal oluşturduğunu tespit etmiştir. Buna göre; “Yargıtay ve İş Mahkemesi kararlarında, hastalığın “bulaşıcı” olması hususuna odaklanılarak bu riskin gerçekleşmemesi için tek çözümün başvuru- rucunun iş yerinden uzaklaştırılması olduğu kabul edilmiştir. ... Yargıtay ve İş Mahkemesinin kararlarında, iş yerinde alternatif iş imkanlarının incelen- mesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle başvurucu ile işveren arasında çatışan çıkarlar arasında adil bir denge ku- rulmadığı anlaşılmıştır⁸¹.” Böylece Anayasa Mahkemesi, Batı doktrininde sıklıkla tartışılan AIDS hastalarına yönelik ayrımcılık yasağına ilişkin bir ihlal kararı vermemekle birlikte, bu hastalara yönelik alternatif iş imkanları- na yönelik bir araştırma yapılmadan hastanın iş akdinin sona erdirilmesini ihlal olarak görmüştür. Böylece bunların iş akdinin belirtilen hastalık sebe- biyle sona erdirilmesinin önüne geçerek önemli bir ayrımcılık olgusunu ön-lemiştir. Fakat esas itibarıyla Anayasa Mahkemesi Amerika Birleşik Devlet- leri’nde, üzerine ödüllü filmler yapılan⁸² önemli bir konuda Cermenik düze- nin gerektirdiği biçimde karar vermiş olmaktadır. Batıda bu hastalığa yaka- lananların iş hayatında ciddi bir ayrımcılığa uğradıkları konusunda hararetli tartışmalar olurken, Anayasa Mahkemesi, sessiz sedasız ihlal kararı vermiş- tir. Bu karar, belki Batıda büyük yankılar uyandırabileceksen Türkiye’de bu karar herhangi bir tartışmanın konusu olmamış; yadsınmamıştır. Zira Cer- menik düzen, pozitif tabanlı alanlarda vatandaşın ayrımcılığa maruz kaldığı durumlarda devletin piyasaya bu şekilde müdahalesini isabetli bulur. Böyle- ce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yorumunun alameti farikalarından olan pozitif yükümlülükler doktrini ve temel hakların yatay etkisini, devletin in- sanlara imkan sunmakla yükümlü görüldüğü bir düzen içerisinde faaliyet gösteren Türk Anayasa Mahkemesi’nin rahatlıkla türettiği görülmektedir. Bu konuda Türk hukuk sisteminin, faydacı bir piyasa düzenini ön planda tutan

⁸⁰ B. K. Başvurusu, Başvuru No: 2014/14189, Karar Tarihi: 25.10.2017, § 59.

⁸¹ T. A. A., § 99.

⁸² Amerika Birleşik Devletleri’nde HIV virüslü bir avukatın işten çıkarılması üzerine giriştiği hukuk mücadelesini konu alan, Amerikan Sinema Akademisi ödüllü, 1993 tarihli “Philadelphia” isimli ünlü bir film bulunmaktadır.

ve hukuk sisteminde hak ve özgürlükleri buna göre şekillendirmeye çalışan siyasetin kronik tuzaklarına düşmediğini söylemek mümkündür.

b. Yıldız Eker Başvurusu: Sistemi Zorlamak Pahasına Cermenik Hak

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği belki en ilginç kararlardan biri *Yıldız Eker Başvurusu*'nda verdiği karardır. Bu başvuruda Anayasa Mahkemesi, hiçbir geliri olmayan eşinden boşanmış başvurucunun oturduğu konutun haczi için başlatılan takibe itiraz etmesi sonucu ödemeye mahkum edildiği 175.800 TL para cezasının ölçülü olup olmadığını değerlendirmiştir. Ancak bir sorun vardır: Ceza, kanunun başka türlü yorumlanması mümkün olmayan açık hükmünden kaynaklanmaktadır.

Olayda başvurucunun müteveffa eşinin borcundan dolayı kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip başlatılmıştır. Takibin kesinleşmesi üzerine başvurucunun eşi adına kayıtlı taşınmaz hacedilmiştir. Başvurucu taşınmazın eşi ve çocukları ile birlikte yaşadıkları evin hacedilemeyeceğini ileri sürdüyse de icra mahkemesi, başvurucunun taraf sıfatı bulunmadığından şikayetin reddine karar vermiştir. Yapılan ihale ile taşınmaz 1.758.000 TL bedelle üçüncü şahsa satılmıştır. Başvurucu, taşınmazın satışının hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek ihalenin feshi talebinde bulunmuştur. İcra mahkemesi, yapılan ihalede bir usulsüzlük bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Mahkeme, aynı kararla ihale bedeli olan 1.758.000 TL'nin % 10'u oranında para cezasının başvurucudan alınarak Hazineye irat olarak kaydına karar vermiştir. Bilahare bu hüküm kesinleşmiştir⁸³.

Anayasa Mahkemesi, somut olayda kaçınılmaz olarak 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun (İİK) 134. maddesi ile karşı karşıya kalmıştır. Çünkü başvurucu, 2004 sayılı Kanun'un 134. maddesinin (2) numaralı fıkrasının hak arama özgürlüğünü engellediğini belirterek iptalini istemiştir. Söz konusu madde şu şekildedir:

İhalenin feshini, borçlu, ...yedi gün içinde isteyebilir(ler.) ...Talebin reddine karar verilmesi halinde icra mahkemesi davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder.

Anayasa Mahkemesi öncelikle bireysel başvuru yolunda somut norm denetimi yapılamayacağı yönündeki içtihadını⁸⁴ tekrar etmiştir. Buna karşın Mahkeme, aynı olayda kanunun açık hükmünün birebir uygulanmasından doğan mahkemeye erişim hakkı ihlali iddiasını da değerlendirmek durumunda kalmıştır. Buna göre; “2004 sayılı Kanun'un 134. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen para cezası ihalenin feshi isteğinin esastan reddilmesi

⁸³ *Yıldız Eker Başvurusu, Başvuru No: 2015/18872*, Karar Tarihi: 22.11.2018, § 10-15.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolunda anayasa aykırılık iddiasını somut norm denetimine götüremeyeceğine ilişkin kararları için bkz. *Gökhan Ünal Başvurusu, Başvuru No: 2012/30*, Karar Tarihi: 05.03.2013, *Arif Güneş Başvurusu, Başvuru No: 2012/837*, Karar Tarihi: 05.03.2013, § 14, *Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/8842*, Karar Tarihi: 06.01.2015, § 24.

halinde doğrudan uygulanmaktadır. Kanun'da herhangi bir üst sınır öngörülmediği gibi derece mahkemelerinin somut durumun özelliklerini göz önünde tutmasını temin edecek bir esnekliğin sağlanmadığı ve hakime herhangi bir takdir yetkisi tanınmadığı görülmektedir. Bu durum somut olay bakımından aile konutu iddiasını daha önceki safhalarda dava konusu etme imkanı ve herhangi bir geliri bulunmayan başvurucuya ülke şartlarına göre oldukça yüksek olan 175.800 TL para cezası uygulanması sonucunu doğurmuştur.⁸⁵”

Anayasa Mahkemesi, somut olayda hakime takdir yetkisi bırakmayan kanunun açık emrinden kaynaklanan bir yargısal kararın başvurucuya ölçüsüz bir külfet yüklediği sonucuna ulaşmıştır. Böylece bireysel başvuru yolunda ileri sürülen anayasaya aykırılık iddialarını itiraz yolu ile incelemekten kaçınan Mahkeme, iptal edilmeyen ve hukuk düzeninde yürürlüğünü sürdüren bir kanunun açık bir emrinin uygulanmasının mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini ifade etmiştir. Peki bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin dosyayı geri göndereceği ilk derece mahkemesi nasıl davranacaktır? Bu husus kararda şu şekilde ifade edilmiştir:

“...başvurucuya 175.800 TL para cezası verilmiş ve hükmün kesinleşmesinden sonra tahsil amacıyla ilgili vergi dairesine harç tahsil müzekkeresi düzenlenmiştir ...Bu itibarla Mahkemece düzenlenen 2/11/2015 tarihli harç tahsil müzekkeresinin ilgili vergi dairesince yerine getirilmesini önleyecek şekilde iptali ve Mahkemesine iadesi...⁸⁶”

Anayasa Mahkemesi, Yıldız Eker Başvurusu'nda verdiği kararıyla ilk derece mahkemesinin kararında ihlal olduğunu belirtmekte, ancak yeniden yargılama yapılması için gerekli koşullar bulunmadığı gerekçesiyle yalnızca başvurucuya tahakkuk ettirilen harç tahsil müzekkeresini iptal ettirmektedir. Böylece borç, hukuk alanında mevcut olacak fakat maddi alanda sonuç doğurmayacaktır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, mevcut kanun hükmünü iptal etmemekle birlikte bu kanun hükmünün uygulanmasının temel hak ve özgürlüklere yönelik bir ihlal oluşturabileceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Bu yönüyle karar bir ilk niteliğindedir.

Yıldız Eker Başvurusu'nda Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karar esas itibarıyla son derece cesur bir karardır; zira bu karar, kanunun ontolojik olarak başka türlü yorumlanması mümkün olmayan⁸⁷ (*contra legem*) hükmünden kaynaklanan bir ihlal tespit etmektedir. Ancak bu kanun iptal edilmekte, bu sebeple ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemelerine kanun hükmünü uygularken bu kanunu eğer temel haklara ihlal oluşturacaksa adeta

⁸⁵ Yıldız Eker, § 75.

⁸⁶ Yıldız Eker, § 80,85.

⁸⁷ Bir ihlalin ontolojik olarak farklı türde yorumlanması mümkün olmayan bir kanundan kaynaklanması sorunu, Tolga Şirin tarafından ortaya konmuştur. Buna göre öyle bazı işlemler vardır ki anlamı açık bir kanunun idare veya mahkemeler tarafından uygulanması neticesinde temel hakları ihlal edebilmektedir. Bu işlemlerin bireysel başvurunun kapsamı dışında tutmak temel hakların etkin korunması açısından oldukça sorunludur. Şirin, Tolga: **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 87-89.

ihmal etmeleri yolu açılmaktadır. Bu başvuruda söz konusu olan herhangi bir geliri olmayan başvurucuya kanunla aşırı külfet yüklenmesine ilişkindir. Bu durum Cermenik hak anlayışıyla uyumludur; çünkü Cermenik hak anlayışı, devletin bu konuda bireye ağır ve ölçsüz bir külfet yüklemekten kaçınmasını öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi ise sistemi zorlamak pahasına bu kararı rahatlıkla ve yine sessiz sedasız verebilmiştir.

2. Devletin Kaçınma Yükümlülükleri Konusunda Anayasa Mahkemesi'nin Tutumu

Daha önce belirtildiği gibi doğal hakkın klasik seyri, devleti önceleyen bir düzende hakkı tanımlar ve devleti hakkın karşısında konumlandırır. Modern hukukta örneğin idarenin yetkilerinin dar yorumlanması bu hak anlayışının bir ürünüdür; zira devletten beklenen devlet öncesinde oluşmuş bu hakları ihlal etmekten kaçınmaktır. Ancak Ortaçağ Cermenik düzenleri, tebaayı devlete karşı birtakım yükümlülüklerle tanımlar; bu sebeple tebaanın yükümlülükleri devlete karşı sadakat borcunun en uç noktasına kadar genişler⁸⁸. Günümüzde de bu anlayışın uzantılarını Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında izlemek mümkündür.

a. Emin Aydın Başvurusu (2): Kadir-i Mutlak Devletin Kalıntıları

Emin Aydın Başvurusu(2)'nda Anayasa Mahkemesi'ni yönlendiren öncülün Roma-Cermenik düzenin "*kadir-i mutlak devlet*" anlayışına yakın olduğu gözlemlenmektedir. Başvuruya konu olan olayda başvurucu, Aydın'ın Çine İlçesi'nde çıkan yerel bir gazetede köşe yazarıdır. Başvurucunun bir köşe yazısında Çine Cumhuriyet savcılarına hakaret ettiği iddia edilmiştir. Çine'de o tarihte üç Cumhuriyet Savcısı görev yapmaktadır. Başvurucunun, Cumhuriyet Savcılarının ve ilçe emniyet amirinin "*sel*", "*ipek*", "*uzunca*" ve "*yaman*" olan soy isimlerini altına ve üstüne bazı kelimeler yerleştirerek bu kişilere hakaret ettiği iddiasıyla ceza soruşturması başlatılmıştır. Bu ceza soruşturmaları da bu savcılardan biri tarafından bizzat yürütülmüştür. Yürütülen soruşturma neticesinde savcı tarafından iddianame düzenlenmiş, kamu davası açılmıştır. Çine Asliye Ceza Mahkemesi de başvurucuyu hakaret suçunu işlediği gerekçesiyle mahkum etmiştir⁸⁹.

Başvurucu, Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. Bunun yanında başvurucu adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Çünkü ceza soruşturmasını yürüten savcı, aynı zamanda müşteki konumundadır. Başvurucu bu sebeple adı

⁸⁸ Örneğin İngiltere'de Bagehot, İngiliz anayasal belgelerinin eşitlik ilkesine değil fakat monarka, ilahi bir güç tarafından verilen yetkiye dayanan bir şekilde duyulan hürmete (*deference*) dayandığını belirtmektedir. Bagehot, William: **The English Constitution**, Cambridge University Press, İlk Basım: 1867, Son Basım: 2001, s. 192, 199, bu anlayış, bilahare parlamentonun üstünlüğü ile parlamentoya duyulan hürmet sebebiyle vatandaşların yükümlülüklerini sahip oldukları ödevlerle tanımlandığı bir şekilde dönüşmüştür. Bu yönde bkz. Douglas, s. 365-366.

⁸⁹ **Emin Aydın (2) Başvurusu, Başvuru No: 2013/3178**, Karar Tarihi: 25.6.2015, § 8-11.

geçen savcıcı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na da şikayet etmiştir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ise verdiği kararla savcı hakkında soruşturma izni vermemiştir. Kurul Üçüncü Dairesi'nin verdiği kararda öne sürdüğü gerekçe, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda savcılarının çekinmesi ve reddi gibi bir müesseseye yer verilmemiş olmasıdır⁹⁰. Yani Kurul, savcının, suç duyurusunda bulunmasında, sonra da kendi suç duyurusunu işleme koyarak kamu davası açmasında hiçbir sakınca görmemiştir. Anayasa Mahkemesi ise konu hakkında şu değerlendirmeyi yapmıştır: “*Bir Cumhuriyet savcısının herhangi bir olayın hem mağduru veya müştekisi hem de soruşturmasını yürüten kişisi olması istenir bir durum olmamakla birlikte Türk Ceza Hukuku sisteminde "Cumhuriyet savcısının davaya bakamaması ve reddi" müessesesine yer verilmemiştir. Cumhuriyet savcısının kendisinin bizzat mağdur ya da müşteki durumunda olduğu bir soruşturmayı yürütmesi ve sonuçlandırması yasal olarak mümkündür*”⁹¹.

Anayasa Mahkemesi, somut olayda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararına katılmakla yetinmiştir. Bir savcı, olayın hem mağduru hem müştekisi olabilir; ayrıca savcı sıfatıyla suçu soruşturabilir ve iddianame düzenleyebilir. Çünkü bunu engelleyen bir kanun yoktur. Ancak Mahkeme'ye göre bu, istenir bir durum değildir. Yani Anayasa Mahkemesi, savcılarının kendi şikayetleri üzerine yine kendilerinin ceza soruşturması yapmamasını ancak temenni etmektedir.

Hemen akla şu soru gelir: Hakimin kendi davasına bakamaması elbette doğaldır; çünkü hakim bağımsız ve tarafsız olmalıdır. Aynı durum savcı için de geçerli midir? Bir görüşe göre savcı, yargılamanın unsuru olmakla birlikte karar mercii değildir. Kamu adına ceza davası açar. Hakimle de eşit görülmez. Bu yüzden de tarafsız olmasına gerek yoktur. Ancak savcının çekinmesi ve reddi kurumunun kabulünün gerektiği doktrindeki baskın görüştür. Çünkü savcı, kamu görevi ifa ederken şüphelinin veya sanığın aleyhine veya lehine olan delilleri tarafsız bir şekilde toplamalıdır; yani objektif olmalıdır⁹². Dahası adil yargılanma hakkının varlığının da savcının çekinmesi ve reddi için bir dayanak teşkil ettiği ifade edilmektedir⁹³. Yani savcının, mağduru olduğu suça ilişkin soruşturma yapmaması ve dava açmaması, yalnızca temenni edilecek bir durum değil, adil yargılanma hakkının bir gereğidir.

Savcının önemli kamusal yetkiler kullandığı Türk yargı örgütü sistemi, Cermenik düzene mündemiç bir anlayışın ürünüdür. Bu düzende savcının kendisinin mağduru olduğu bir suçu soruşturmaması gerekir; yukarıda belir-

⁹⁰ Emin Aydın (2), § 17

⁹¹ Emin Aydın (2), § 28.

⁹² Avrupa Konseyi tarafından 2005 yılında Budapeşte'de düzenlenen Avrupa Savcılar Konferansı'nda kabul edilen Budapeşte İlkeleri de bu yöndedir. Bu yönde ve bu görüşün savunusu için bkz. Ömeroğlu, Ömer; *Ceza Muhakemesinde Hakim ve Savcının Yasaklılığı, Reddi ve Çekinmesi*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s. 90-95.

⁹³ Centel, Nur; “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2004, s. 208 vd.

tildiği gibi bu durum savcının kamu görevi ifa ederken tarafsız bir biçimde delil toplamasıyla ilişkilendirilebileceği gibi adil yargılanma hakkının bir gereği olarak da karşımıza çıkar. Fakat olayda Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karar Jellinek'in “*kadir-i mutlak devlet*” şeklinde ifade ettiği anlayışa göz kırpmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu kararında doğal hak manzumesini benimsemiş bir mahkemenin düşmeyeceği bir hataya düşmüş; üstelik bu isabetsiz kararın gerekçesini kanunda bu yönde hiçbir hüküm olmamasına bağlamıştır. Olayda bu konuyu düzenleyen kanunun yokluğu, Anayasa Mahkemesi'nin temel hakkı daraltıcı biçimde yorumlamasına sebebiyet vermiştir; halbuki kanunda bir hüküm yoksa geniş yorumlanması gereken temel hakkın kendisidir. Belirtilen kararda Anayasa Mahkemesi'nin Cermenik hakkı yanlış yorumlayarak “*kadir-i mutlak devlet*” anlayışını benimsediğini görmek mümkündür.

b. Hükmen Tutukluluk İctihadı: Temel Hakkın Dar Yorumu

Anayasa Mahkemesi'nin Cermenik hakkı isabetsiz kavradığı bazı durumlarda muktedire gereğinden fazla alan tanıdığını görmek mümkündür. Üstelik Anayasa Mahkemesi, bunu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını birebir kopyalayarak bu mahkemenin benimsediği asgari hak koruma standardını aynen benimsemek suretiyle yapmaktadır. Bunun güzel bir örneği “*hükmen tutukluluk*” içtihadıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin “*hükmen tutukluluk*” içtihadı, tutukluluk müessesesine ilişkin yorumunda sıklıkla eleştirilen bir husustur. Bu eleştiriler tutukluluk süresinin bitişi noktasında toplanmaktadır.⁹⁴ Ceza muhakemesi hukukunda şüpheli veya sanığa yönelik bir koruma tedbiri olarak öngörülen tutukluluk tedbirine ilişkin olarak Mahkeme'ye göre “*Makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı, başvurunun ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihidir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesince hüküm verildiği tarihtir*”⁹⁵.

Anayasa Mahkemesi, bu gerekçesiyle şunu ortaya koymaktadır: İlk derece mahkemesinde yargılanan kişinin tutukluluk durumu, mahkemenin vereceği mahkumiyet kararıyla sona erer. Böylece kişinin temyizde geçen tutulma süresi, tutukluluk süresine dahil değildir. Buna “*hükmen tutukluluk*” denir. Anayasa Mahkemesi bunu incelemez.

Hükmen tutukluluk içtihadı, ilk olarak Yargıtay tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu yöndeki içtihadından ilham alınarak benimsenmiştir⁹⁶. Anayasa Mahkemesi de bu içtihadı sorgulamadan kabullenmiştir.

⁹⁴ Bu yönde bkz. Göztepe Çelebi, Ece; “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyla İlişkin İki Buçuk Yıllık İctihadının Kısa Bir Değerlendirmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 32, 2015, s. 22.

⁹⁵ *Savaş Çetinkaya Başvurusu*, *Başvuru No: 2012/1303*, Karar Tarihi: 21.11.2013, § 56.

⁹⁶ Balıoğlu, Yusuf Solmaz; “Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruyla Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi'nin İmtihani”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1, 2015, s. 37.

Böylece Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadındaki daraltıcı yorumu üst sınır kabul etmiş olmaktadır⁹⁷.

Çözülmesi gereken temel sorun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tutukluluk konusunda niçin böyle bir yorum benimsediğidir. Bu yorum, ilk defa 1968 tarihli Wemhoff v. Almanya Davası'nda yapılmış, bilahare istikrar kazanmıştır. Daha önce belirtildiği gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, aralarında ciddi farklar bulunan Sözleşme'ye taraf pek çok ülke için asgari standartlar yaratmaya çalışan uluslararası bir kuruluştur. Mahkeme de bu standartları göz önüne alarak stratejik bir yorum yapmaktadır⁹⁸. Bununla birlikte Mahkeme'nin bu yaklaşımı durağan değildir. M v. Almanya Davası'nda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilk derece mahkemesi tarafından verilen hüküm ile sonraki tutma veya salıverilmenin yeniden incelenmesi kararları arasındaki bağlantının gittikçe zayıflayacağını ifade etmiştir. Buna göre; “*Böyle durumlarda, başlangıçta hukuka uygun olan bir tutuklama, keyfi bir hürriyetten yoksun bırakmaya dönüşecek ve dolayısıyla 5. maddeye aykırı olacaktır*”⁹⁹.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesi, sanık kavramını “*kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişi*” olarak tanımlamıştır. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin yorumu, Türk ceza muhakemesi hukuku sistemine ve hatta felsefesine tamamen terstir¹⁰⁰. Tutukluluk süreleri konusunda Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı yorum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını üst sınır kabul eden önemli örneklerden biri olarak kayda geçmiştir; bu sebeple de doktrin de yaygın bir biçimde eleştirilmektedir¹⁰¹.

Anayasa Mahkemesi'nin hükmen tutukluluk içtihadı, bir koruma tedbiri olan tutuklama tedbirinin ilk derece mahkemesi tarafından mahkumiyet kararı verildikten sonra sınırsız bir şekilde işletilmesine cevaz verebilecektir. Buna karşılık Mahkeme, bu kararı verirken uzun yargılamalar neticesinde tutukluluk süreleri sona eren kişilerin salıverilmesini istememekte, bu noktada görüşleri Yargıtay ile birleşmektedir. Aslında Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay görüşünü birleştiren temel anlayış ise bu kişilerin salıverilmelerinin Cermenik düzene oluşturduğu tehdittir. Bu sebeple devlet, Roma kıskançlığıyla bu konuda kadir-i mutlak yetkiyi elinde tutmak istemekte, bu yolla toplumu koruyacağına inanmaktadır. Her iki yüksek mahkemenin içtihadına rengini veren de işte bu kadir-i mutlaklık anlayışının kalıntıları olup, bu durum Cermenik hakkın isabetsiz yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.

⁹⁷ Bu yönde bkz. Göztepe Çelebi, s. 23.

⁹⁸ Bu yönde bkz. Algan, Bülent: “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yaklaşımı: Hebat Aslan ve Firas Aslan Kararı Örneği”, **Anayasa Yargısı**, Sayı: 32, 2015, s. 200-201.

⁹⁹ Özen, Muharrem; Güngör, Devrim; Okuyucu Ergün, Güneş; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2010/4, s. 184.

¹⁰⁰ Bu yönde özellikle bkz. İnci, Z. Özen; Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:9, Sayı:25, Ağustos 2014, s. 107-109.

¹⁰¹ Algan, s. 205-206, Göztepe Çelebi, s. 8-10.

SONUÇ

Türk Anayasa Mahkemesi, Türk anayasa hukuku literatüründe sıklıkla çalışılan, çokça da eleştirilen bir kurumdur. Buna karşın 1962'den beri hizmet veren Mahkeme, günümüze kadar uğradığı değişim ve dönüşümlerle, zaman zaman Türkiye'de hukuki ve hatta siyasi hayatı etkileyen bir kurum olma özelliğini sürdürmüştür. Bu hususları tartışmak bu çalışmanın kapsam ve sınırları dışında kalmakla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlarda ilginç bir özelliği olduğunu tespit etmek mümkündür: Mahkeme'nin temel hak ve özgürlük anlayışı, devleti, hak alanından dışlayan Amerikan ve Fransız tarzı doğal hak ya da faydacı İngiliz tarzı pozitivist hak anlayışından uzaktır. Anayasa Mahkemesi'nin hak anlayışında belirtilen ülkelerden daha ileri düzeyde olduğu bir alan mevcuttur: O da temel hak ve özgürlüklere ilişkin devletin pozitif yükümlülükleridir; Anayasa Mahkemesi bu yükümlülükleri yorumlarken Batı ülkelerinin büyük mahkemelerinden daha rahattır. Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin devlet ile vatandaşın karşı karşıya geldiği noktalarda zaman zaman negatif boyutuyla temel hakları kavramakta zorlandığını görmek mümkündür.

Günümüzde hukuk bilimi, geleneksel yorum öğretisinden gittikçe sıyrılan, felsefi yorum öğretisinin kabullerini içeren bir anlayışa yönelmektedir. Zira geleneksel yorum öğretisi, eksiksiz bir hukuk düzeninin varlığı ve normun önceden belirlenmiş bir anlam içerdiği varsayımına dayanır. Bu durumda yorum, yalnızca kural metnine mündemiç mutlak anlamın ortaya konması olabilir. Yorumcunun görevi de bu anlamın ortaya çıkarılması olarak belirlenir. Fakat felsefi yorum öğretisine göre metnin anlamı, “keşfedilmez”, yorumcu tarafından “inşa edilir”. Bu durum, geleneksel yorum öğretisinde usuli bir unsur olan yorum kavramını, esasa ilişkin kurucu bir unsur haline getirir¹⁰². Bu durumda da temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasına ilişkin olarak mahkemelerin benimsediği felsefi yaklaşımın belirlenmesi elzem hale gelir. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin felsefi-tarihi yaklaşımına yön veren anlayışın Cermenik hak anlayışı olduğu hipotez edinilmiştir.

Cermenik hak anlayışının, hakkı devlet ile toplumun birbirlerine karşı ödevlerini yerine getirmesi olarak algılaması, Anayasa Mahkemesi'nin de temel hak ve özgürlükler konusunda karar verirken temel aldığı stratejik bir tercihtir. Görülen odur ki Anayasa Mahkemesi'nin farklı görüşlere sahip üyelerinin konjonktürel kararlar bir kenara bırakıldığında çoğunlukla ortak olarak paylaştıkları paradigma, Roma-Cermenik benzeri bir düzene ait paradigmadır. Bu paradigma, devlet, bireyin pozitif statü hakları söz konusu olduğunda birey lehine işlemektedir. Fakat aynı durum, hakkı devletle birlikte tanımladığından, devletin kaçınma yükümlülüğü söz konusu olan negatif statü haklarının zaman zaman dar yorumlanmasına sebebiyet vermektedir.

¹⁰² Anayasa yargısının günümüzde hak temelli yaklaşım ve dinamik yorumla temel hak ve özgürlükleri etkin koruma işlevi gördüğü yönünde bkz. Anayurt, Ömer: **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2019, s. 718-719.

Böylece Anayasa Mahkemesi, siyasi bir amaçla değil, fakat bir refleks olarak tarihten gelen Roma-Cermenik merkezi düzenin korunmasını esas alabilmektedir.

Cermenik hak anlayışı, ödev temelli olmakla birlikte kadir-i mutlak bir devlet öngörmez; yani bu anlayış doğal haklar anlayışıyla uyumlu bir biçimde yorumlanmaya müsaittir. Dahası bu anlayış, doğal hak anlayışının kimi somutlaştırmalarında eksik bırakılan devlet-toplum ikiliğini de isabetli bir biçimde yorumlamanın anahtarı rolünü oynayabilir. Bu sebeple yalnızca Anayasa Mahkemesi değil, fakat tüm kurumların kendi kararlarını verirken bu anlayışın gerek pozitif gerekse de negatif yönleriyle temel haklara riyeti esas alan veçhesine öncelik vermesi öncelikli bir temenni olmalıdır.

KAYNAKÇA

Abadan, Yavuz: “Tarihçi Mektep ve Devlet Nazariyesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1, 1951.

Ağaoğulları, Mehmet Ali; Köker Levent: **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, İmge Yayınları, Ankara, 2004.

Akbaş, Kasım: “Friedrich Carl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.74, S. 1, 2016.

Algan, Bülent: “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Yaklaşımı: Hebat Aslan ve Firas Aslan Kararı Örneği”, **Anayasa Yargısı**, Sayı: 32, 2015.

Anayurt, Ömer: **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2019.

Aydoğdu, Murat: “Roma Hukukunda Toprak Sistemi ve Tarım Reformu Girişimleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016.

Balo, Yusuf Solmaz: “Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi’nin İmtihanı”, **Ceza Hukuku ve Krimnoloji Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 1, 2015.

Bagehot, William: **The English Constitution**, Cambridge University Press, İlk Basım: 1867, Son Basım: 2001.

Boyar, Oya: **Anayasa ve Özel Hukuk**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

Centel, Nur: “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2004.

Chevalier, Jacques: **Hukuk Devleti**, (Çev: Ertuğrul Gürcan), İmaj Yayınları, Ankara, 2010.

Cin, Halil; Akyılmaz, S. Gül: **Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni**, Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Adana, Haziran 2000.

Dembour, Marie-Benedicte: **Who Believes in Human Rights: Reflections on the European Convention**, Cambridge University Press, New York, 2006.

Douglas, Benedict J: Too Attentive to Our Duty, **Legal Studies**, Vol. 38(03), 2018.

Erdoğan, Murat, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, Lykeion Yayınları, Ankara, 2019.

Erdoğan, Mustafa; **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Yayınevi, Ankara, 2011.

Flikschuh, Katrin: “Human Rights in Kantian Mode: A Sketch”, **The Philosophical Foundations of Human Rights**, (Eds: Rowan Cruft, Matthew, Liao, Massimo Renzo), Oxford University Press, Oxford, 2015.

Freeman, Michael: **İnsan Hakları: Disiplinlerarası Bir Yaklaşım**, (Çev: A Erkan Koca – Asena Topçubaşı), Birleşik Yayınevi, Ankara, 2008.

Göztepe Çelebi, Ece; “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İhtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Sayı: 32, 2015.

Griffin, James: **On Human Rights**, Oxford University Press, New York, 2008.

Güngören Bulgan, Birden: **Georg Jellinek’in Hak ve Devlet Kuramı**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

Güriz, Adnan: **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003.

Hakyemez, Yusuf Şevki: **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

İnci, Z. Özen; Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:9, Sayı:25, Ağustos 2014.

Jellinek, Georg: **İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Üzerine: Modern Anayasa Tarihine Bir Katkı**, (Çevirenler: Rezzan İtişgen Dülger, Muzaffer Dülger), Pinhan Hukuk Yayınları, 2017.

Kaya, Semih Batur: “Anayasa Mahkemesi’nin Laiklik ve Bölünmez Bütünlük İlkeleri ve Hegemonik Koruma Tezi Ekseninde Siyasi Partilere Yaklaşımı ve Çağdaş Çoğulcu Demokrasielerde Siyasi Partilerin Önemi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2016(122), 2016.

Keyder, Çağlar: **Türkiye’de Devlet ve Sınıflar**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011.

Kuçuradi, İoanna: **İnsan ve Değerleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013.

Kuru, Gonca: “Thibaut ve Savigny’de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 1, 2017.

Moore, Barrington: **Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri: Çağdaş Dünyanın Yaratılmasında Soylunun ve Köylünün Rolü**, (Çev: Şirin Tekeli – Alaattin Şenel), İmge Yayınevi, Ankara, 2012.

Ortaylı, İlber: **Osmanlı Barışı**, Timaş Yayınları, İstanbul, 2004.

Ortaylı, İlber: “Osmanlı Devletinde Laiklik ve Hukukun Romanizasyonu”, **Erdem, Aydın Sayılı Özel Sayısı**, C. 9, 1997.

Ömeroğlu, Ömer; **Ceza Muhakemesinde Hakim ve Savcının Yasaklılığı, Reddi ve Çekilmesi**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012.

Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Özen, Muharrrem; Güngör, Devrim; Okuyucu Ergün, Güneş; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2010/4.

Özman, Aydoğan; “Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 36, Sayı: 1, 1979.

Pasukanis, Evgeny: **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, (Çev: Onur Karahanoğulları), Birikim Yayınları, İstanbul, 2002.

Salihpaşaoğlu, Yaşar: **Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği**, Adalet Yayınevi, 2018.

Sartori, Giovanni: **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (Çev. Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan), Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

Şirin, Tolga: **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

Timur, Taner: **Osmanlı Toplumsal Düzeni**, İmge Yayınevi, Ankara, 2010.

Turhan, Mehmet: “Hukukta Özgürlükçü Yorum ve Refah Partisi Kapatma Davaları”, **Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar**, (Eds: Mehmet Turhan, Nur Uluşahin), Naturel Yayınları, Ankara, 2009.

Uslu, Cennet: **Doğal Haklar ve Doğal Hukuk: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Liberte Yayınları, Ankara, 2011.

Uslu, Cennet “Objektif ve Subjektif Doğal Hak Arasında Meta-Normatif İlkeler”, **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C.12, S. 1, 2011.

Uygun, Oktay: **Hukuk Teorileri**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

von Gierke, Otto: “Social Role of Private Law” (Almancadan İngilizceye Çeviren: Ewan McGaughey), **German Law Journal**, Vol. 19, No: 04, 2018.

Yıldırım, Serhan: **19. YY Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

Mahkeme Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Markcx v. Belgium, Application No: 6833/74, 13.06.1979.

Anayasa Mahkemesi

Arif Güneş Başvurusu, Başvuru No: 2012/837, Karar Tarihi: 05.03.2013.

B. K. Başvurusu, Başvuru No: 2014/14189, Karar Tarihi: 25.10.2017.

Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/8842, Karar Tarihi: 06.01.2015.

Emin Aydın (2) Başvurusu, Başvuru No: 2013/3178, Karar Tarihi: 25.6.2015.

Gökhan Ünal Başvurusu, Başvuru No: 2012/30, Karar Tarihi: 05.03.2013.

Savaş Çetinkaya Başvurusu, Başvuru No: 2012/1303, Karar Tarihi: 21.11.2013.

T. A. A. Başvurusu, Başvuru No: 2014/19081, Karar Tarihi: 01.02.2017.

Yıldız Eker Başvurusu, Başvuru No: 2015/18872, Karar Tarihi: 22.11.2018.