

## (Demokratik) Hukuk Devleti ve Anayasa

**Nuri Alan**  
Danıştay Başkanı

• • •

İdarenin yargısal denetimi konusu genellikle "Hukuk Devleti" ilkesinin kapsamı içinde ele alınarak incelenmektedir. Bu iki konu arasındaki ilişki tarihsel nedenlere dayandırılmakta ve hukuk devleti kavramının ilk kez, idare hukuku alanında idarenin hukuka bağlılığı ve onun denetlenmesi sorunu ile bağlantılı olarak ortaya çıktığı ifade edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini tanımlayan kararlarında yargı denetimine ağırlık vermektedir. Mahkemeye göre hukuk devleti, "İnsan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve anayasaya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargının denetimine bağlı olan devlet demektir. Böyle bir düzenin kurulması yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, anayasal güvenceye bağlanması ile olanaklıdır". Yürütme ve yasama işlemlerinin hukuka uygunluk denetimini yapacak yargı organunun, yasama ve yürütme organları karşısında tam bağımsızlığa sahip olması, yargısal denetimden beklenen yararın gerçekleşmesi için zorunlu koşuldur.

Anayasa Mahkemesinin tanımında başlıca iki unsur ön plana çıkmaktadır: Bunlar; yargı erki de dahil olmak üzere kamusal alandaki tüm işlem ve eylemlerin hukuka uygun olarak yapılması, idarenin ve yasama işlemlerinin bağımsız yargı organlarınca, önceden belli edilen usullere uygun olarak denetlenebilmesidir. Kanımca hukuk devletinde asli ve önemli unsur kamusal işlem ve eylemlerin hukuka uygun bir biçimde yürütülmesi, böylece idarenin hukuka bağlılığı ilkesinin gerçekleştirilmesidir. Özellikle yürütme organı ve onun içinde yer alan idare tarafından yapılan işlem ve eylemlerden bunların muhatabı olan yurttaşlar doğrudan etkilenirler; etkilenme hak kaybı veya menfaat ihlali biçiminde olduğu takdirde yargısal denetim yoluna başvurulur ve yargının işlevi başlar. Yargı geniş anlamı ile önleyici, giderici, telafi edici, eski

hale getirici bir işlev görür. Şu halde asıl olan kamusal faaliyetlerde hukuk kurallarına uygun davranmak, hukuk sınırları içinde kalmak, hukuku ihlal etmemektir. Hukuka aykırı işlem ve eylemlerden zarar gören yurttaşların, maruz kaldıkları maddi ve manevi kayıpların; bunların neden olduğu acı ve üzüntülerin yargı tarafından derhal ve tümüyle giderilmesi olanağı yoktur. Hele yargının paralı, çoğu kişiler için pahalı ve uzun vadede sonuç veren bir yol olduğu dikkate alınrsa devletin eylem ve işlemlerinde hukuka bağlı kalmasının önemi ve anlamı daha iyi anlaşılır.

Hukuk devleti tanımında ön plana çıkardığımız "Hukuk" "Hukuka Uygunluk" kavramlarının içeriği nedir? Bu kavramlara saruyorum mevzu hukukla sınırlı olarak yaklaşmak, bir çok durumlarda bizi yanlış yönlere sevk edebilir. Kuşkusuz devletin tüm erkleri, devlet adına yetki kullanan tüm kamu kurum, kuruluş ve makamlar öncelikle anayasaya uymak zorundadırlar. Ancak anayasada yer alan kurallar çağdaş hukuk devletinin değerlerine yer vermemiş ise, salt o anayasa kurallarına uygun bir yasama tasarrufu hukuk devleti ilkeleri ile uyum içinde kabul edilecek midir? Ya da anayasadaki antidemokratik kurallara uygun yasalara dayanılarak kurulan idari eylem ve işlemlerle çağdaş hukuk devleti düzeyine ulaşılabilir mi? Şu halde anayasanın öncelikle çağdaş ve uygar ülkelerde tartışmasız kabul edilen değerleri ve ilkeleri benimsemiş olması, uygulamanın da bu kurallar çerçevesinde yürütülmesi gerekir.

Hukuk devleti çok boyutlu ve kapsamlı bir kavramdır. Kanımca hukuk devletini "demokratik devlet" yapısının, ya da soyut demokrasi kavramının önemli bir unsuru olarak değerlendirmek mümkün olduğu gibi, "hukuk devleti" kavramını bağımsız ve egemen bir kavram olarak ele alıp onun demokratik devlet ilkeleri ve çoğulcu bir toplumsal yapı ile desteklenmesi gerekliliğinden de söz edilebilir. Bu yaklaşıma göre, 1961 ve 1982 Anayasalarında Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan "demokratik devlet" "hukuk devleti" kavramlarının birbirlerini tamamladığını ve "demokratik hukuk devleti" olarak tek bir kavram içinde bütünleştiklerini ifade etmek mümkündür. Bu kabul karşısında kamusal tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, bu işlemlerin yargısal denetime bağlı olması ilkeleri yanında, vatandaşlara seçme, seçilme ve siyasal faaliyette bulunabilme özgürlüğünün tanınması; seçimlerin ve halk oylamasının serbest, eşit, gizli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yargı yönetim ve denetimi altında yapılması ve siyasal ve toplumsal görüşlerin siyasal parti olarak örgütlenmesine izin verilmesi "Demokratik Hukuk Devleti"nin vazgeçemeyeceğimiz unsurlarıdır. Ancak yeterli değildir. Başka bir anlatımla temel siyasal karar organlarının genel oya dayanan serbest seçimlerle oluşması ve siyasal partiler arasında eşit koşullarla iktidar yarışının yürütülmesi demokratik hukuk devletinin asli unsurlarıdır ama, demokratik hukuk devleti sadece bunlarla açıklanamaz. Çoğulculuğun sağlanabilmesi için siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğü yanında toplumun sivil kesimine özellikle çalışanlara da

örgütlenme özgürlüğünün verilmesi; bu örgütlerin yönetimce dinlenilmesi ve yönetimi etkileyebilmeleri; gerektiğinde yönetime katılabilmeleri sağlanmalıdır.

Başka bir anlatımla, anayasalarda topluma kolektif özgürlükler tanınmalı, bunlar güvenceye bağlanmalı ve en önemlisi bu özgürlükler hayata geçirilmelidir. Örneğin ülkenin anayasal kuruluşlarınca seçime katılma hakkı tanınan bir siyasal partiye, idarece seçim dönemi içinde dahi toplanma hakkının verilmemesi bu özgürlüklerin sadece yazılı kurallar olarak kağıt üzerinde kalması sonucunu doğuracaktır.

Kollektif özgürlükler demokratik toplumun oluşmasında ve düzeyinin yükselmesinde belirleyici bir rol oynamaktadır. Bir özgürlükler rejimi olan demokrasilerde sadece seçimle gelen yöneticilerin belirli yetkilerle donatılması ve bu yetkilere dayanarak ülkeyi yönetmeleri yeterli görülmemekte, yurttaşların da ülkenin yönetiminde söz sahibi olması gerekli görülmektedir. Ancak ülke yaşamına bireysel ölçekte katılma mümkün olmamakta, nadiren mümkün olsa bile etkisi uzun süre devam etmemektedir. Demokratik yaşama etkili biçimde katılma ve toplumu yönlendirme, kendisi de kolektif özgürlükler içinde yer alan siyasi parti olarak örgütlenme özgürlüğü yanında dernek, sendika, vakıf kurmak gibi kolektif nitelikli özgürlüklerin varlığını ve korunmasını da gerekli kılmaktadır. Kısacası demokratik toplumlarda, iktidarın karşısında muhalefet kadar etkili olan kamuoyunun oluşmasında kolektif özgürlüklerin belirleyici etkileri olduğunu söylemek mümkündür.

Hukuk devletinde, tüm kamusal işlemlerin yargısal denetime bağlı olması da ağırlıklı bir yere sahiptir. Anayasanın 2 nci maddesinde demokratik bir hukuk devleti olduğu kurala bağlanmış olan Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal sisteminde yargı, yasama ve yürütmenin üstün gücünü "hukuk" ile sınırlamak ve hukuka aykırılıkları önlemek işlevini üstlenmiştir. Bir anayasal düzende keyfi uygulamaların, hukuka aykırılıkların yer almayacağı ne kadar belirgin kılınırsa, toplumun güven duygusu o oranda artar. Diğer yandan yasama ve yürütme, işlemlerinin hukuka uyumlulukları yargı tarafından onaylandığı oranda güvenilirlik kazanırlar. Yargı denetimi demokratik hukuk devletinin temel bir ögesidir ve etkili bir denetime olanak tanıyan hukuksal araçların kullanıma açık tutulması ile güvence altına alınmıştır. Bu araçlarda gerçekleştirilecek her türlü sınırlama yargı denetiminin özüne dokunur ve anayasal dengede bozulmaya neden olur. Bu nedenle, yargısal denetim olabildiğince sınırsız tutulmalı, yurttaşlar hukuka aykırı ve keyfi her türlü idari işleme karşı yargısal korunmaya alınmalıdır. Sadece, etkili bir yargı denetimi ile hukukun üstünlüğü geçerli kılınabilir. Anayasa Mahkemesi bağımsız ve tarafsız bir yargı denetimini, hukuk devleti ilkesinin öteki öğelerinin de güvencesi olarak kabul etmektedir (27.1.1977 günlü, 4 sayılı kararı).

1961 Anayasasının ilk metninde, idari yargının denetim alanında herhangi bir sınırlama getirilmemiş iken, 1980 sonrasında, önce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, daha sonra 1982 Anayasası ile bu alanda önemli sınırlamalar yapılmış, yargı yetkisine ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin olumsuz kuralların da katkısı ile idari yargının denetim alanı ve yetkisi daraltılmak suretiyle gücü zayıflatılmış bir idari yargı örgütü yaratılmak istenmiştir. Yargısal denetimin kapsamının yasal düzenlemelerle belirlenmesi, başka bir anlatımla kurucu nitelik de taşıya yargının denetim alanının sınırlarının siyasal iktidarlara bırakılması çağdaş hukuk düzeni ile çelişki içindedir. Çağdaş bir devlette bu sınırları belirleyen siyasal iktidarların takdiri değil, hukuk devletinin içeriği ve bu içeriği belirleyen ilkeler olmalıdır.

Anayasanın 125 inci maddesinin ilk fıkrası "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" kuralını getirmiş; yargı denetimi dışında kalan işlemler genel olarak yine bu maddede, özel olarak da ilgili diğer maddelerde gösterilmiştir.

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları, Sayıştayın kesin hükümleri, Anayasanın açık kuralları ile doğrudan yargı denetimi dışında bırakılan idari işlemlerdir. Anayasanın 129 uncu maddesi, uyarma ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında tutabilme konusunda yasama organına takdir yetkisi tanımıştır. Anayasanın 125 inci maddesinin birinci fıkrasındaki genel ilke çerçevesinde ve özgürlükçü bir yaklaşımla bu konunun düzenlenmesi mümkün ve gerekli iken, yasama organı takdir yetkisini olumsuz yönde kullanmış ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 135 inci maddesinde, pek de açık olmayan bir ifadeyle, uyarma ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında bırakmıştır. Öncelikle Ülkemizde hukuk devletinin gerçekleşmesinde çok önemli aksamalara neden olan bu alanlar da yargı denetimi kapsamına alınmalıdır.

1982 Anayasasının 138 inci maddesi yargıçların Anayasaya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar vereceklerini açıklamıştır. Anayasa ve yasa deyimlerinden sonra yer verilmiş olmakla birlikte bu fıkrada hukuktan söz edilmiş olması, hukukun yazılı olmayan kurallarına, hukukun genel ilkelerine yapılan bir göndermedir. Bir mahkemenin hukukun genel ilkelerine aykırılığı nedeniyle yasal veya idari bir tasarrufu iptal edebilmesi, iptal edilen söz konusu tasarruflar yapılırken, yetkili organların da bu ilkelere uymaları gerekliliğini ortaya koyar. Daha açık bir ifade ile, yasama ve yürütme tasarruflarını yapanlar da, anayasalarda yer almamış olsa bile, hukukun genel ilkelerine uyma yükümlülüğü içindedirler. Ancak uygulamada, özellikle anayasanın antidemokratik fakat buyurucu nitelikteki kurallarını aşmak her zaman mümkün olamamaktadır. Yargı ve yargıç bu konuda diğer erklerden ve mensuplarından daha özgür ve rahattır. Bunun dışında gelişmiş yargılama

teknikleriyle yargıç, hukukun genel ilkelerini uygulama yönünden daha çok imkanlara sahiptir. Ancak yukarıda açıkladığım üzere önemli ve öncelikli olan, hukuka bağlı idarenin oluşturulabilmesidir. Bunun için de önce hukuki zeminin düzeltilmesi, bu meyanda Anayasadaki antidemokratik hükümlerin kaldırılması veya değiştirilmesi; eksik olan kuralların getirilmesi zorunludur. Bu açıklamalar ışığında 1982 Anayasasının incelenmesi, değiştirilmesi veya düzeltilmesi sorununun tartışılması gerekir.

Anayasa değişikliği veya anayasa reformu konusu 1946 senesinden bu yana siyasal gündemin değişmeyen maddelerinden biridir. 1982 Anayasası da, daha yürürlüğe girdiği günden itibaren tartışma konusu olmuş; bu Anayasa hiç bir toplumsal ve siyasal örgüt tarafından tümüyle benimsenmemiş; aksine toplumun büyük bir kesimi tarafından, değiştirilmesi ya da iyileştirilmesi hususunda görüş birliğine varılmıştır. Gerçekten bu Anayasasının hazırlanmasında sivil meclis konumunda yer alan Danışma Meclisinin temsili niteliği bulunmamaktadır. Halk oyuna sunulmadan önce kamuoyu önünde tartışılmamış, eleştiri yolları kapatılmış ve sadece Konsey Başkanı tarafından tek yanlı olarak savunulmuştur. Anayasının halk oyunda kabul edilmemesi halinin, halkın o günkü yönetimden memnun olduğu şeklinde yorumlanması gerektiği bizzat Konsey Başkanı tarafından açıklanmış; böylece Anayasının halk oylamasında reddedilmesinin yaptırımı olarak askeri yönetimin devamı gösterilmiştir. Hazırlık ve kabul sürecinde uygulanan tüm bu antidemokratik usul ve yöntemler yanında, içerdiği kuralların "hukuk devleti" ilkesini gerçekleştirmek ve devleti "çağdaş demokrasi düzeyi"ne taşımak noktasında yetersiz kalması nedeniyle 1982 Anayasasının tümüyle değiştirilmesi gerektiği toplumun değişik kesimlerinde sürekli olarak tartışılmıştır.

Gerçekten 1982 Anayasası, kişinin temel haklarına koyduğu sınırlamalar; idari yargının ve anayasa yargısının kapsamını ve denetim alanını daraltan kuralları ile toplumun çağdaş demokratik hukuk devleti düzeyine ulaşmasında aşılması güç engeller getirmiştir. Bu engeller ondokuz yıl boyunca aşılamamış, nihayet 2001 senesinde 4709 sayılı yasa ile Anayasada kapsamlı bir değişiklik yapılmış; temel hak ve özgürlükleri genişleten ve daha güvenceli hale getiren kurullarla demokratikleşme yolunda önemli kazanımlar sağlanmıştır. Anayasının yargı ile ilgili kurallarının ağırlıklı olarak yer alacağı ikinci anayasa değişikliği paketinin ön hazırlıklarını yapmak üzere görevlendirilen uzlaşma komisyonu, henüz yolun başında iken dağılmış ve böylece anayasa değişikliği süreci yarıda kesilmiştir. Demokratik hukuk devleti ilkelerinin tüm unsurları ile birlikte hayata geçirilebilmesi; yargının kendi alanında bağımsız ve egemen olabilmesi; daha hızlı ve nitelikli bir kamu hizmeti üretebilmesi için öncelikle anayasa değişikliği süreci tamamlanmalıdır.

Ancak bu yeterli olmayacaktır:

Milli Güvenlik Konseyi üç yılı aşan yönetimi döneminde, henüz Anayasa yürürlüğe girmeden önce, sonradan anayasal nitelik kazanan kurumların kuruluşları, siyasi hak ve özgürlükler gibi önemli ve değişik alanlarda çok sayıda yasal düzenleme yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Devlet Güvenlik Mahkemeleri ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kanunları; Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu, Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Milli Güvenlik Kurulu, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunları; Siyasal Partiler Kanunu, Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Milletvekili Seçimi Kanunu, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Olağanüstü Hal Kanunu, Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu, Yüksek Öğretim Kanunu ve Kamulaştırma Kanunu bunlar arasında yer almaktadır. Sayısal olarak ifade edilmek istenirse, bu dönemde 669 yasa, 139 kanun hükmünde kararname olmak üzere toplam 808 adet yasama tasarrufu yürürlüğe konulmuştur. Toplumumuz için yaşamsal önem taşıyan alanları düzenleyen söz konusu yasalar yürürlüğe konulmadan önce kamuoyuna sunulmamış ve kamuoyu önünde tartışılmamıştır; Milli Güvenlik Konseyi üyelerinin beğenisi koşulu ile dar bir çevrenin görüş ve önerileri doğrultusunda hazırlanıp kabul edilmiştir. Daha sonra da Anayasa halk oylamasına sunulmuş, kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur. Denilebilir ki Konsey önce devletin önemli kuruluşlarını ve bunların yapısını, temel hakları ve ödevleri belirlemiş; bundan sonra da Anayasayı düzenlemiş ve yürürlüğe koymuştur. Anayasanın geçici onbeşinci maddesi ile de Anayasadan önce yürürlüğe konulmuş olan tüm bu yasal tasarruflara dokunulmazlık sağlamış, bunların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini kurala bağlamıştır.

Bu garip ve anlaşılmasız düzenleme yöntemi, toplumun belli bir kesiminin değiştirilmesi gerekliliğinde birleştiği 1982 Anayasasının dahi tümüyle yürürlüğe girmesinin ertelenmesi ve ülkede ikili bir anayasal rejimin ihdası sonucunu doğurmuştur. Başka bir anlatımla 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden önce Milli Güvenlik Konseyi tarafından yürürlüğe konulan yasalarla 1982 Anayasası arasında bir uyum sağlanamamıştır. 1982 Anayasasının, Milli Güvenlik Konseyi döneminde yürürlüğe giren yasal tasarruflara dokunulmazlık sağlayan geçici onbeşinci maddesinin üçüncü fıkrası 4709 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılmış olduğundan, şimdi söz konusu yasama tasarruflarındaki anayasaya aykırılıkların itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine götürülmesi mümkündür. Ancak bu yola başvurulabilmesi belli koşulların oluşmasına bağlıdır ve uzun bir zamanı gerektirmektedir. Bu nedenle Konsey döneminde yürürlüğe konulan yasama tasarrufları titizlikle incelenmeli, Anayasaya aykırı olan kurullar saptanarak yürürlükten kaldırılmalıdır. Bu arındırma işlemi bir anlamda "uyum yasaları"nın yürürlüğe konulması çalışmalarının bir devamı olarak değerlendirilmelidir.

Konunun önemini bir örnekle açıklamak istiyorum. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun Ek 3 üncü maddesine göre , bu yasanın verdiği yetkilere dayanarak sıkıyönetim komutanlarınca alınan idari kararlara karşı iptal davası açılmaz. Anayasanın "YARGI YOLU " başlıklı 125 inci maddesine göre olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde kanunla, ancak yürütmenin durdurulması kararı verilmesi sınırlanabilir. İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargısal denetimi genel kural olarak kabul eden Anayasada, yukarıda sayılan hallerde iptal davası yolunu kapatan herhangi bir kural yer olmadığından söz konusu 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun Ek 3 üncü maddesi Anayasaya aykırıdır. Ne var ki bu kural Anayasanın Geçici 15 inci maddesinin, şimdi yürürlükte olmayan 3 üncü fıkrasının korumasında olduğu için Anayasa Mahkemesine götürülemedi, Anayasaya aykırılığı hiç bir tartışmayı gerektirmeyecek kadar açık olduğu halde, yasama organınca da yürürlükten kaldırılmadığı için, senelerden bu yana uygulanagelmıştır (Her ne kadar Anayasanın onbeşinci maddesinin birinci, 122 nci maddesinin beşinci fıkralarında savaş, sıkıyönetim, seferberlik veya olağanüstü hallerde özgürlüklerin sınırlandırılmasına veya tamamen durdurulmasına ilişkin kurallar mevcut ise de 125 inci maddesinin altıncı fıkrası özel kural niteliğinde olduğundan onbeşinci ve 122 nci maddelerdeki kuralların yargı yolunun tümüyle kapatılması yönünde kullanılamayacağı açıktır).

Konunun ne derecede vahim sonuçları bünyesinde taşıdığını görebilmemiz için yakın geçmişte yaşadığımız veya tanığı olduğumuz Sıkıyönetim Kanunu ile ilgili uygulamaları hatırlamamız yeterlidir:

12 Eylül askeri müdahalesinden bir hafta sonra kabul edilen 2301 sayılı Yasa ile 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 2 nci maddesine bir fıkra eklenmiş, sıkıyönetim komutanlarına kamu kurumlarında çalışanların atanmalarını veya işlerine son verilmesini kurumlarından isteme yetkisi, ilgili kurumlara da bu istekleri derhal yerine getirme yükümlülüğü verilmiştir. Bu yetkinin kullanılma biçimi, usulü ve hangi somut nedenlere bağlı olarak kullanılabileceği Yasada belirtilmediği gibi ilgilinin savunmasının alınmasına da gerek görülmemiştir. Böylece, statüsü yasalarla düzenlenmiş ve belli güvencelere bağlanmış bulunan kamu personelinin, sıkıyönetim komutanlarının kişisel değerlendirmelerine bağlı olarak görev yerinin değiştirilmesi veya görevine son verilmesi olanağı yaratılmıştır. Bunun sonucu olarak (halen yürürlükte olmayan) 18.3.1926 günlü, 788 sayılı Memur Kanununun 59 uncu maddesinde kaldırıldığı açıklanan "idareten azil" müessesesi yeniden ihdas edilmiş ve kamu personelinin hukuki durumu 1926 yılının gerilerine götürülmüştür. Bu yetki, 1980'li yılların başında sıkıyönetim komutanlarınca yoğun biçimde kullanılmıştır. Bir kısmı henüz emeklilik süresini doldurmamış çok değerli öğretim üyesi, üst düzey yönetici ve memurun, bu yetkiye dayanan işlemlerle görevlerine son verilmiş; çok sayıda kamu kurumu bu uygulamadan zarar görmüş, özellikle bazı fakülteler çökme

noktasına getirilmiştir. İşte yürürlükten kaldırılması gereken yasal düzenlemelerden biri, Sıkıyönetim Kanununun, bu işlemlere karşı idari itiraz ve idari yargı yolunu kapatan Ek 3 üncü maddesidir. Yabancı hukuk literatürüne de girmiş ve olumlu eleştiriler almış olan Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun Sıkıyönetim Kanunu ile ilgili 7.12.1989 günlü ve 4 sayılı kararı, bu konuda iki önemli sonuç doğurmuştur. Birincisi bu karar uyarınca görevlerine son verilen kamu personeli, son görev yerlerinde sıkıyönetim kalktıktan sonra, kurumlarınca eski görevlerine iade edilmişlerdir. Öte yandan söz konusu İçtihadı Birleştirme Kurulu kararlarının gerekçesini değerlendiren yasa koyucu 26.10.1994 günlü, 4045 sayılı yasa ile sıkıyönetim yasasının ikinci maddesini değiştirmiş ve sıkıyönetim komutanlarına tanınan "kamu personelinin görevine son verilmesini isteme" yetkisini "sıkıyönetim bölgesi dışına atanmak üzere görevden uzaklaştırılmasını isteme" biçimine dönüştürmüştür. Bilindiği üzere görevden uzaklaştırılmasını isteme, kamu görevlisinin kadrosu ile hukuki bağı kopmakta ve statüsü sona ermektedir. Görevden uzaklaştırma istemi ise geçici bir önlem niteliğindedir, kamu görevlisi, kadrosu ile hukuki bağını korur, ancak fiilen görevini ifa edemez. Belli koşullarda da bu önlem kaldırılır ve fiilen görevine dönebilir. Bu sonuçlar olumludur; ancak sorun tümüyle çözülmüş değildir. İdari yargı yolunu kapatan yasaklama ve sıkıyönetim komutanına verilen yetki bir başka biçimde varlığını sürdürmektedir.

Sıkıyönetim, dayanağını Anayasadan ve Anayasanın üstünlüğü ilkesinden alan hukuksal bir yönetim biçimidir. Sıkıyönetimle ilgili hukuk kuralları, öngörüldüğü dönemin koşulları, amaçları ve süresiyle sınırlı olarak kullanılabilir; bu nedenle de sıkıyönetim geçici niteliktedir. Ancak 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununda, sıkıyönetim komutanına, hem keyfi kullanıma elverişli yetkiler verilmiş ve bu yetkiye dayanan işlemlere karşı yargı yolu kapatılmış; hem de bu yetkiye dayanan kimi işlemlere, sıkıyönetimin amacını ve süresini aşacak nitelikte hukuki sonuçlar tanınmıştır. Örneğin sıkıyönetim komutanı, "genel güvenlik", "asayiş", "kamu düzeni" gibi sıkıyönetim ilanını gerektiren durumlarla ilgili sayılabilecek nedenler yanında (ki bu nedenler de soyut ve kötü kullanıma elverişli kavramlardır) sıkıyönetimle hiç bir ilgisi bulunmayan "hizmetleri yararlı olmayan" kamu personelinin de görevden uzaklaştırılmasını kurumlarından isteyebilecek; kurumlar da bu istemi derhal yerine getirecektir. Oysa kamu personelinin hizmete ilişkin olarak görevinden hangi nedenlerle ve hangi usuller içinde uzaklaştırılabileceği, onların statülerini belirleyen kanunlarda açıklandığı gibi, bu tür işlemlerde yetkiyi kullanacak olanlar da, genelde kurumun başındaki kişi veya yasada belirtilen kişilerdir. Bu içeriği ile sıkıyönetimle ilgili yasal düzenleme, Anayasanın öngördüğü çerçevenin dışına taşmıştır. Şu halde sadece yargı yolunu kapatan Ek 3 üncü maddenin kaldırılması yeterli değildir. Hukuka kapatılmış olan bu alanda, toplum olarak endişe ve korku dolu günleri yeniden yaşamamak için, yetkinin kaynağını teşkil eden 2 nci maddede de gerekli düzeltmeler yapılmalı, bu yetkinin kullanılma-

sına esas olacak nedenler sıkıyönetimin ilanını gerektiren nedenlerle bağlantılı ve sınırlı olarak derhal somut kavramlarla belirlenmeli; değerlendirilmesi tamamiyle mensup olduğu kuruma ait bulunan "hizmetleri yararlı olmamak" durumu, görevden uzaklaştırma yetkisinin kullanılma nedenleri arasında çıkarılmalıdır. Yetkinin kullanılma usulü açıkça belirtilmeli; işlemden önce ilgilinin savunmasının alınması zorunluluğu getirilmelidir. Sıkıyönetim Kanunundaki düzeltmelerin; sıkıyönetimin olmadığı, daha sağlıklı ve sakin düşünebileceğimiz bir ortamda yapılması kuşkusuz en iyi sonuçları almamızda bize yardımcı olacaktır.

1982 Anayasasının, genelde yargı ile ilgili kurallarını esas alarak yaptığım bu değerlendirmeye göre, hukuk devletinin çağdaş boyutlarda ve çağdaş içeriği ile gerçekleşebilmesi için öncelikle oturduğu hukuki temelin sağlamlaştırılması, düzeltilmesi gerekmektedir. Bu hukuki temelde öncelikle hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşmayan Anayasanın kimi kuralları vardır; bunların çoğu yargının denetim alanını sınırlayan, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik ve savcılık teminatı ilkelerini gözardı eden, yargıyı güçsüz kılan kurallardır. Uzun yıllar Anayasanın geçici onbeşinci maddesinin üçüncü fıkrasının himayesinde kalmış, neredeyse hukukumuzda yerleşmiş, ancak Anayasaya aykırılığı açık bu kurallar bu konuda ikinci ve önemli bir blok oluşturmaktadır. Yine Anayasanın 148 inci maddesinin birinci fıkrasının kapsamındaki kanun hükmündeki kararnamelerde yer alan, bu fıkra himayesinde senelerden beri varlığını sürdüren ve Anayasa'ya aykırılıkları tartışılmayacak kadar açık kurallar da gözardı edilmemelidir. Bu kurallar varlığını sürdürdükçe, demokratikleşme ve hukuk devletine ulaşma yürüyüşünde ilerlememiz mümkün olamaz. Bu kurallar kaldırılmalı veya çağdaş ölçülere göre değiştirilmeli, tıkanan yollar açılmalıdır.