**KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA TARİHİ IŞIĞINDA HUKUK DEVLETİNİN AŞINMASI VE YENİDEN İNŞASINDA YARGICIN ROLÜ**

**Dr. Ahmet Mert Duygun[[1]](#footnote-1)**

„*Heute nicht Unrecht sein kann, was damals Recht war.“*

*(“Bir zamanlar hukuk olan bugün artık hukuksuzluk olamaz****.****“ )[[2]](#footnote-2)*

1. **Giriş**

Hukuk devletinin[[3]](#footnote-3) aşındığı tüm rejimlerde anayasa hukukçularının ve siyaset bilimcilerin ilgisi, çoğunlukla, yürütme erkinde ne ölçüde güç yoğunlaşması olduğuna odaklanmakta ve bu odak da yargı erkinin genelde yürütmenin bu „önlenemez yükselişine“ payanda olduğu kabulüne dayanmaktadır. Bu düşüncenin temelinde ise, esasen özgürlüklerin korunmasını ‘‘kanun devleti (*Gesetzesstaat*)‘‘ anlayışında gören[[4]](#footnote-4), yargıcın işlevini tamamen kanunun uygulamasıyla sınırlandıran eğilim yatmaktadır.[[5]](#footnote-5) Nitekim bu alandaki çalışmaların büyük kısmı yargı erkinin çoğunlukla otoriter/totaliter rejimlerde baskı aracı olarak kullanıldığı örnekleri incelemektedir.[[6]](#footnote-6) Oysaki modern devlet teorisi, artık yasama ve yürütme erki başta olmak üzere siyasal işleyişin yargı denetimine tabi olmasını rejimin merkezine oturtmaktadır.[[7]](#footnote-7) Bu noktada yargıç, artık hukukun ne olduğunu sadece tek bir kanundan değil, anlam bütünlüğü olarak hukuk düzeninden hareketle açığa çıkarmakla yükümlüdür.[[8]](#footnote-8) Buradan yola çıkarak, hakimin devletin kamu gücünü kullanan bir yetkili olarak (siyasal) bir egemenlik yetkisi kullandığı kuşkusuzdur.[[9]](#footnote-9) Öyle ki bu yönüyle artık bir ‘‘yargıçlar devletinden(*Richterstaat*)“ söz edilmektedir.

İşte bu kısa çalışmada, ilk bölümde başta Kıta Avrupası’ndaki örnekler olmak üzere, karşılaştırmalı anayasa tarihinde, hukuk devletinin ortadan kaldırıldığı durumlarda yargıçların bir siyasi erk kullanıcısı olarak hukuk devletinin aşınmasına ne ölçüde direnç gösterebileceği; yargının bu direncin boyutuna göre hangi kırılma noktalarında hukuk devletinin çöküşüne neden olduğu yahut tam aksine yargının bu çöküşü hangi durumlarda engelleyebildiği tartışılacaktır. İkinci bölümde ise hukuk devletinin yeniden inşasında yargıçlara düşen rol tartışılacaktır. Bu rol birincil olarak hukuksuzluk rejimlerinin(*Unrechtsstaat*) sona ermesi sonrasında geçmişle yüzleşme(*Vergangenheitsbewaeltigung*) bağlamında eski rejimin sorumlularının yargılanarak yeni kurulan siyasal rejimin meşruiyet algısının genişlemesini sağlamaktır. İkincil olarak ise hukukun üstünlüğü ve temel haklara dayanan bir siyasal rejim kullanmak açısından yargıca düşen rol tartışılacaktır.

Çalışmada son olarak yargıçların hukuk devletinin aşınmasında rol oynamasını engellemek için ne tür hukuki mekanizmalara yer verilebileceği tartışılacaktır. Bu bağlamda Federal Alman ceza yargısındaki ‘‘hukukun kasten kötüye kullanılması (*Rechtsbeugung*)[[10]](#footnote-10) kurumu ve bu kuruma yüksek mahkemelerin verdiği anlam bir örnek olarak ele alınacaktır.

1. **Hukuk Devletinin Aşınmasında Yargının Rolü Ve Direnci**

Hukuk devletinin aşınmasında yargının rolüne karşılaştırmalı hukuk öğretisinde iki yönlü yaklaşıldığı gözlenebilir: Bunlardan ilki yargıçların liberal demokrasilerin korunmasında merkezi bir rol oynadığını ifade etmekteyken[[11]](#footnote-11), diğer bir görüş ise tam aksine yargının halihazırda gerileme yaşayan bir hukuk devletinde bu gerilemeyi durduramayacağını; ancak bununla beraber otoriter/popülist hareketlerin kökleşmesinde ise bir faktör olabileceğini belirtmektedir. Örneğin „suistimalci anayasacılık“ tezinin mimarı Landau, Prof. Dr Rosalind Dixon ile birlikte yazdığı makalesinde, suistimalci anayasacılığın en önemli faktörlerinden birinin de yargı olduğunu belirterek bu biçimdeki bir yargının da suistimalci yargı olduğunu belirtmektedir. Landau’ya göre suistimalci yargı şu şekilde tanımlanabilir: Eğer yargı, seçimli demokrasiyi en küçük çekirdeğine (*minimum core*) kadar kasıtlı olarak dinamitliyorsa burada artık suistimalci yargıdan söz edilebilecektir.[[12]](#footnote-12) Burada şüphesiz o yargıçların ideolojik olarak seçimli demokrasiyi ortadan kaldıranlarla özdeşliği olduğu kadar, bu yargının paketlenmesi/ele geçirilmesi(*court packing*) ya da aşağıda değinilecek gibi „geri çekilme/kendini sınırlaması“ gibi durumlar da buna sebep olmuş olabilir.[[13]](#footnote-13) Benzer şekilde Tamir Mustafa ve Tom Ginsburg, otoriter rejimlerin yargıyı her zaman engel olarak görmediklerini; hatta çoğunlukla yargıyı siyasallaştırmak yerine çoğunlukla siyasal olanı yargısallaştırmakla otoriter rejimi kökleştirmeyi tercih ettiklerini ifade etmektedirler.[[14]](#footnote-14) Böylece yargı hem otoriter rejim adına toplumdaki sosyal kontrolü sağlamakta[[15]](#footnote-15), hem de otoriter rejimlerin eylemleri için iç kamuoyundan öte dış kamuoyuna meşruluk sağlamakta ve en önemlisi tartışmalı siyasal değişikliklerin hukuki kurumlara aktarılarak, onların meşrulaştırılmasını sağlamaktadır.[[16]](#footnote-16) Yazarların bir başka önemli tespiti ise özellikle otoriter rejimlerde hakların koruyucusu olması gereken ve reform odaklı olan yargıçların/yargı organların tutumudur. Bu noktada Hüsnü Mübarek dönemi Mısır Anayasa Mahkemesi’ni ve Markos rejimi dönemi Filipinler Yüksek Mahkemesi‘ni örnek gösteren yazarlar, her iki yüksek mahkemenin de temel hak odaklı kararlar vermekle beraber rejimin esas unsuru olan olağanüstü hal hukuku ya da güvenlik yasalarına ilişkin tamamen tepkisiz kaldıklarını belirtmişlerdir.[[17]](#footnote-17)

Genç demokrasilerde ise başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere „3*. dalga mahkemeler(third wave courts)*“ olarak addedilen yüksek mahkemelerden beklentinin çok yüksek olmaması gerektiği ifade edilmekteyse de özellikle siyasi kurumların zayıf olduğu dönemlerde yargıcın güçlendiğini görülmektedir.[[18]](#footnote-18)

Yüksek yargının hukuk devletinin aşınmasına set vurduğu birçok örnek de mevcuttur. Bu örneklere ilk bakışta için Rusya’da Yeltsin‘in parlamentoyu feshinin Rusya Anayasa Mahkemesi yoluyla engellenmesi, Şili Anayasa Mahkemesinin başkanlık kararnameleri çıkarma yetkisini sınırlaması, Slovenya Anayasa Mahkemesi’nin bireylerin devletçe tamamen takip edilmesine yönelik sınırsız yetki veren yasayı iptal etmesi gelmektedir.[[19]](#footnote-19) Aynı şekilde Macaristan Anayasa Mahkemesi, kuruluşunun ilk döneminde[[20]](#footnote-20) Yargıç Solyom başkanlığında oldukça aktivist bir tutum sergilemiş ancak ilk FIDEZS hükümeti döneminde yeniden atanmamıştır ve 2012 senesinde Mahkeme’nin etkisinin biteceği büyük paketlemeye (court packing) kadar kamuoyundaki gücünü yitirmeye başlayacaktır.[[21]](#footnote-21)

1. *Hukuk Devletinin Sona Ermesinde Kaçan Tarihi Bir Fırsat Olarak Alman Devlet Yüksek Mahkemesi’nin Prusya Darbesi Kararı*

Bu noktada akla gelen en önemli kırılma noktalarından biri 1932 senesinde Weimar Cumhuriyetinde Devlet Yüksek Mahkemesi’nin (*Staatsgerichtshof*) verdiği „Prusya Darbesi(*Preußenschlag*)“ kararıdır.[[22]](#footnote-22) Prusya darbesi olarak bilinen vakada Weimar Cumhuriyeti’nin devlet başkanı mareşal Paul von Hindenburg, Prusya eyaletinde 1932 seçimlerinden sonra ortaya çıkan hükümet istikrarsızlığını[[23]](#footnote-23) bahane ederek Prusya Anayasası’nın 59. maddesine göre görev yapmakta olan müstafi hükümetin yetkilerini Prusya‘ya hükümet komiseri (*Reichskommisar*) olarak atadığı Franz von Papen’e devretmiştir. Böylece von Papen’in kararnameler ile Prusya Eyaleti’ni -anayasanın da hilafına- yönettiği bir dönem başlamıştır. Devlet Başkanı Hindenburg’un kamu güvenliği ve düzenini( *öffentliche Sicherheit und Ordnung*) gerekçe gösterdiği bu eyleminin anayasal dayanağını ise Weimar Anayasası’nın çok tartışılan 48. maddesinin 1. fıkrası (*Reichsexekution[[24]](#footnote-24)*) oluşturmaktaydı. Prusya Eyalet Meclisinin bu işlemleri sınırlama yolundaki çabalarının sonuçsuz kalması üzerine, Eyalet Meclisi’ndeki parti grupları ve Prusya Hükümeti, Devlet Yüksek Mahkemesi’ne (*Staatsgerichtshof*), Weimar Anayasası’nın 48. Maddesi uyarınca alınan bu tedbirlerin federal anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle dava açmıştır. „Weimar Cumhuriyeti’nin en önemli davası“[[25]](#footnote-25) olarak da ifade edilebilecek bu dava, sadece Prusya anayasasına yapılan bu müdahalenin hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı bir dosya olmaktan öte, duruşmada tarafları temsil eden hukukçuların kimliği ile Weimar Cumhuriyeti’nde yürütülmüş anayasa yargısına ilişkin tartışmaların[[26]](#footnote-26) da nihayete erdiği bir sahne özelliğini kazanmıştı. Çünkü bu davada Hermann Heller ve Gerhard Anschütz gibi akademisyenler Prusya eyaletini temsil etmekteyken, gerek merkezileşmiş bir anayasa mahkemesine karşı çıkan gerekse devlet başkanının olağanüstü hal yetkilerinin anayasada çizilen sınırların dahi ötesinde olduğunu savunan Carl Schmitt ve Erwin Jacobi gibi hukukçular, federal hükümeti temsil etmekteydiler.

Yüksek Devlet Mahkemesi, 25 Ekim 1932 tarihinde vermiş olduğu karar ile Prusya Eyaleti’ne hükümet komiseri atanmasını ve eyalet hükümetinin görevden geçici olarak el çektirilmiş olmasını, anayasaya uygun bulmuştur. Mahkeme, kararında eyalete karşı Weimar Anayasası’nın meşhur 48. maddesinden kaynaklanan olağanüstü hal yetkilerinin kullanılması hususunda devlet başkanının takdir yetkisine vurgu yapmıştır. Burada sadece tarihsel bir yorum yapan Mahkeme, Weimar Anayasası’nın yapım aşaması esnasında anayasanın mimarı Hugo Preuß’un devlet başkanının takdir yetkisinin ancak devlet başkanının cezai sorumluluğunu (*Weimar Anayasasının 59. Maddesi*) içeren „ (*Praesidentanklage*)“ ile sorgulanabileceğini bunun dışında bu takdir yetkisinin yargısal denetime kapalı olduğunu belirtmiştir.[[27]](#footnote-27)

Böylece Mahkeme, cumhuriyet karşıtı güçlere karşı anayasayı korumak konusunda büyük bir fırsatı[[28]](#footnote-28) kaçırmış; yargının bu tutumu Weimar Cumhuriyeti’nin ortaya koyduğu demokratik düzenin devlet başkanı Mareşal Paul von Hindenburg tarafından otoriter bir başkanlık rejimine dönüştürülmesinin en önemli yapıtaşlarından birinin önünü açmıştır. Hindenburg’un açtığı kapıdan ise nasyonal sosyalistler girmiş ve insanlık dışı eylemleri odağına alan totaliter bir rejim kurmuşlardır.

Nasyonal Sosyalizm sonrası yargı ise sadece yüksek yargı ile değil derece yargısı da dahil tüm mahkemeleri ile nasyonal sosyalist hukuksuzluk devletinin[[29]](#footnote-29) en önemli parçası olmuş; yargı da bilindiği üzere 1939 senesinden itibaren antisemitist ve insanlık dışı birçok uygulamada pozitivizmin gölgesine sığınarak[[30]](#footnote-30) hukuksuzluk devletini kökleştiren kararlara imza atmıştır. Bu noktada ilginç olan bir husus ise sadece yargının değil Alman toplumunun tamamının Nasyonal Sosyalizme direnç göstermediği, pozitivizmin ise “yargıcın yasaya itaat etme yükümlülüğü“ biçiminde daha Weimar Cumhuriyeti döneminde üstelik Weimar hukuk öğretisinin Gerhard Anschütz gibi saygın bilim insanları tarafından savunulduğu gibi gerekçlerle bazı yazarlarca yargının totaliter sistemdeki rolü azımsanmaya çalışılmıştır.[[31]](#footnote-31)

Yüksek Devlet Mahkemesinin Weimar Anayasasını korumadaki başarısızlığı hiç şüphesiz II. Dünya Savaşı sonrasında Almanya’nın yeniden inşası(*Wiederaufbau*)[[32]](#footnote-32) zamanında da göz önünde bulundurulmuş[[33]](#footnote-33) ve bu durum kurucu meclis sırasında neredeyse ittifakla Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin kurulmasına yol açmıştır.

1. *Karşılaştırmalı Hukukta Hukuk Devletinin Aşınmasına Yargının Engel Olduğu Olumlu Örnekler: Kolombiya Anayasa Mahkemesi ve Slovakya Anayasa Mahkemesi’nin „Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliği“ Kararları*

Öte yandan hukuk devletinin aşınması hususunda yargının ne ölçüde rol oynayabildiğine ilişkin olumlu örneklere de yer vermek gerekmektedir. Bu bağlamda hukuk devletinin aşınmasına yol açabilecek anayasa değişikliklerine karşı Kıta Avrupası ve Latin Amerika’dan iki örnek verilebilir: Bunlardan ilki dönemin popülist başbakanı Robert Fico[[34]](#footnote-34) yönetiminin önderliğinde çıkarılan ve -görevde olanlar da dahil olmak üzere- tüm yargıçların yürütme erkinde yer alan Ulusal Güvenlik Birimi (*NBU*) tarafından yapılacak güvenlik soruşturmasına tutulmalarını öngören anayasa değişikliğinin Slovakya Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesidir.[[35]](#footnote-35) 30 Ocak 2019 tarihli kararında Slovakya AYM’si, bu değişikliğin Slovakya Anayasası’nın 1. maddesinde belirtilmiş olan hukuk devletine, onun bir yansıması olan erkler ayrılığına aykırı olacağını belirtmiştir. Mahkeme’ye göre yapılan değişiklikler Slovakya Anayasası‘nın 1. Maddesinde belirtilen ve diğer anayasa hükümleri için bağlayıcı olan anayasanın maddi özünü ( *materical core*) zedelemekteydi. Karar, „anayasaya aykırı anayasa değişikliği“ doktrinine sağladığı katkı kadar, özellikle Başbakan Ficonun yargıyı, yürütme erkinin hegamonyası altına sokma girişimlerinde uğradığı başarısızlıkların[[36]](#footnote-36) en büyüğü olması sebebiyle de tarihi bir öneme sahiptir. Yargının hukuk devletini korumak adına kritik kavşakta nasıl direnç gösterebileceğine ilişkin bir diğer örnek ise bu sefer Latin Amerika’daki bir yüksek mahkemenin yine bir anayasa değişikliğine ilişkin kararıdır. 1991 tarihli Kolombiya Anayasası ile oluşturulmuş olan ve 1992 tarihinden beri görevde olan Kolombiya Anayasa Mahkemesi 2010 yılında parlamento tarafından kabul edilen ve referanduma sunulan anayasa değişikliği teklifi, devlet başkanına art arda üçüncü bir görev süresi tanınabilmesini öngörmekte ve böylece Alvaro Uribe’nin bir kez daha devlet başkanlığı yapabilmesini sağlamaktaydı. Ancak Kolombiya AYM’si bu değişiklik ile üç dönem görev yapacak olan devlet başkanının, yapacağı atamalar ile kendisini denetlemekle görevli kurumlar da dahil olmak üzere tüm kurumlardaki üyeleri kendisinin seçmiş olacağını ; böylece tüm kurumlar üzerinde onun önemli bir kontrol sağlayacağını; bu durumun da onun iktidardan düşmesini son derece zorlaştıracağını belirtmiştir.[[37]](#footnote-37) Mahkeme’ye göre bu anayasa değişikliği sonucunda demokratik kurumlar zayıflayacak ve mevcut anayasa esasında yeni bir anayasa ile ikame edilmiş olacaktı.[[38]](#footnote-38) Kolombiya Anayasa Mahkemesinin bu kararının süpriz olmadığı ancak anayasal kurumların yarattığı demokratik defekti telafi etmek yolunda vermiş olduğu diğer birçok kararla[[39]](#footnote-39) beraber Kolombiya AYM’sinin toplumsal dönüşümü sağlamak yolunda büyük bir etken olduğu söylenebilir. Buna karşın haklı olarak özellikle siyasal kurumlar direndiği müddetçe Mahkemenin tek başına etkili olmadığı da ifade edilmektedir.[[40]](#footnote-40)

Mahkeme’nin bu kararı özellikle Latin Amerika’daki devlet başkanının görev süresine ilişkin kısıtlama getiren diğer kararlarla karşılaştırıldığında oldukça kayda değerdir. Özellikle Venezüela, Ekvador ve Bolivya’da yüksek mahkemelerin devlet başkanlarının görev sürelerinin anayasa değişikliği yoluyla uzatılmasını „onaylamaları“, Kolombiya Anayasa Mahkemesi’nin pozisyonunu tasdik etmektedir. Örneğin Bolivya Anayasa Mahkemesi, Evo Morales’in anayasa değişikliği yürürlüğe girmeden evvel görev yaptığı dönemin, görev süresi sınırlamasına dahil edilmeyeceğini belirtmiştir.[[41]](#footnote-41) Benzer biçimde Rwanda Yüksek Mahkemesi, Başkan Kagemenin 17 sene boyunca devlet başkanı olarak görev yapmasını öngören değişikliğe ilişkin anayasa değişikliğini iptal etmeyi reddetmiştir.[[42]](#footnote-42) Nikagarau’daki süreç ise daha da ilginçtir; Başkan Ortega’nın yasama organındaki müttefikleri başkanın görev süresi ile ilgili anayasa metnindeki kısıtlamayı ortadan kaldıracak nitelikli çoğunluğa sahip olmadıkları için başka bir yol bulmuşlar ve Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuşlardır. Bu başvurunun gerekçesi ise hayli ilginçtir: Ortega’nın bir kez daha devlet başkanı olarak seçilmesini engelleyen anayasa hükmünün bizatihi kendisi anayasaya aykırı bir anayasa hükmüdür.[[43]](#footnote-43) Yoğun baskı ve mahkeme üyelerinin Ortega lehine değiştirilmesinin ardından bu hüküm Mahkeme tarafından iptal edilmiş ve Ortega bir kez daha seçilebilmiş; bu seçimi takiben bu sefer nitelikli çoğunluğu alan Ortega müttefikleri devlet başkanın görev süresine ilişkin anayasa hükümlerini yürürlükten kaldırmışlardır.

1. *Hukuk Devletini İlkesinin Aşınması ve Türk Anayasa Mahkemesi*
2. *Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Yolunda Vermiş Olduğu Kararlar ve Objektif Etki Sorunu*

Yukarıda ortaya konduğu gibi hukuk devletinin aşınması olgusu Türkiye’de de Türk Anayasa Mahkemesi’nin önüne çeşitli davalar vesilesiyle gelmiştir. Bu davalara ilişkin kararlar gerek bireysel başvuru gerekse norm denetimi yolunda verilmiş olup, bu tebliğde sadece norm denetimi yolunda verilen bazı kararlar ele alınacaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki 2010 anayasa değişikliği ile kamu gücü tarafından temel hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese anayasa mahkemesine bireysel başvuru yapma olanağı getirilmiş ve böylece hem temel hak ve özgürlüklerin ulusal düzlemde korunması hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları öncesi temel hak ihlali iddialarının öncelikle ulusal bir mahkeme olan Anayasa Mahkemesi önünde görüşülmesi amaçlanmıştır. Mahkeme’nin genel olarak 2012 sonrası vermiş olduğu kararlara genel olarak bakıldığında ifade özgürlüğünden[[44]](#footnote-44), toplanma özgürlüğüne[[45]](#footnote-45), kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından[[46]](#footnote-46) grev hakkına[[47]](#footnote-47) kadar farklı bir çok temel hakka ilişkin özgürlükler lehinde kritik kararlar verdiği söylenebilmektedir. Ancak bu kararların ortaya koyduğu yapısal sorunların giderildiğini söylemek ise oldukça zordur; özellikle gerek ifade özgürlüğü gerekse toplanma özgürlüğü husunda ihlallerin halen devam ettiği; gerek Mahkeme’nin aynı hususta vermeye devam ettiği kararlar, gerekse baro[[48]](#footnote-48) ve sivil toplum kuruşlarınca ortaya konmaktadır. Bu durum ise bireysel başvurunun sübjektif etkisi[[49]](#footnote-49) ne kadar gerçekleştirilse gerçekleştirilsin objektif etkisinin[[50]](#footnote-50) gerçekleştirilmesinin bahsedilen bu haklar için kamu makamlarınca sağlanmadığını ortaya koymaktadır.[[51]](#footnote-51)

1. *Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Yolunda Vermiş Olduğu Bazı Kararların Hukuk Devletinin Korunması Açısından Değerlendirilmesi*

Yukarıda belirtilen bireysel başvuruya ilişkin kararlardaki tutumunun aksine Türk Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yolunda vermiş olduğu ve hukuk devletinin aşınmasına ilişkin kritik kavşakta verdiği bazı kararlar ise aynı istikamette olmayıp, kritik aşamalarda mahkemenin özellikle hukuk devletinin aşınmasına yol açacak kanunların anayasaya aykırılık iddialarını reddettiğini tespit etmek mümkündür. Bu tebliğin kapsamında bu kararların tamamını ele almak söz konusu olmadığından, 3 kritik kararın kısaca ele alınması doğru bulunmuştur. Bunlardan ilki Türkiye’de yargı bağımsızlığına ilişkin tartışmalarda halen değinilmekte olan 2010 Anayasa Değişikliğine ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin(AYM) kararıdır.[[52]](#footnote-52) AYM ve HSYK’nın yapısında önemli değişiklikler öngören bu değişikliklere[[53]](#footnote-53) ilişkin açılan iptal davasında Mahkeme, bu hükümlerin hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini anlamsızlaştıran ya da ortadan kaldıran değişiklikler olmadığı kanaatine ulaşmış, anayasaya aykırılık tespitini sadece HSYK üyeliği için her üyenin ancak „bir aday için” oy kullanabilmesi gerektiğine ilişkin teknik bir hususla sınırlı tutmuştur. [[54]](#footnote-54)

Mahkeme’nin hukuk devleti ilkesine ilişkin başarısız olduğu bir diğer önemli sınavı ise 2016 senesinde tüm ülkede ilan edilen olağanüstü halin ardından çıkarılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin anayasaya uygunluk denetimidir. Mahkeme, 1991 senesinde ortaya koyduğu yerleşik içtihadından saparak,“olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin iptali” istemiyle Anayasa Mahkemesi önünde dava açılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Buna gerekçe olarak ise Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 148. maddesinin lafzının açık olduğunu ve 1982 Anayasası’nın yapım sürecindeki görüşmelerde de bu kararnameler için sadece TBMM tarafından yapılacak bir siyasi denetimin öngörüldüğünü göstererek; açılan iptal davalarını görev alanı dışında bularak geri çevirmiştir.[[55]](#footnote-55) Oysaki 1991 senesinde Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hal kararnameleri ile ilgili davalarda önüne gelen metnin adı ile bağlı olmayacağını ve olağanüstü halin konusu, süresi ve yeri ile ilgisi olmayan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin, olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri gibi denetleneceğini ve bu kararnamelerin de yetki kanuna dayanmaksızın çıkarıldığı için iptal edileceğini belirterek sınırlı da olsa bir denetim anlayışı geliştirmişti.[[56]](#footnote-56) Diğer bir ifadeyle, Mahkeme önüne olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesinin iptaline ilişkin bir dava geldiğinde, öncelikle bu kararnamenin “gerçekten bir olağanüstü hal kararnamesi” olup olmadığını denetlemekte; şayet kararname gerçekten olağanüstü halin konusu, süresi ve zamanı ile uyumlu düzenlemeler içeriyor ise esasa girmeyerek iptal istemini reddetmekte; eğer süre ve zaman açısından uyumlu değil ise de o kararnameyi iptal etmekteydi. Mahkeme böylece olağanüstü hal döneminde bile hukuk devletinin temel ilkeleriyle çelişmeyen bir içtihat geliştirmiş idi.[[57]](#footnote-57) AYM yeni içtihadında ise tamamen lafzi ve tarihsel bir yorumla olağanüstü hal KHK’leri için sadece TBMM’nin siyasi denetiminin söz konusu olduğunu belirtmiş ve sınırlı denetimden mutlak denetimsizliğe yol açmıştır.[[58]](#footnote-58)

Anayasa Mahkemesi’nin bu tutumu olağanüstü halin konusu ve süresi ile bağdaşmayan çok sayıda olağanüstü KHK’sinin anayasaya aykırı biçimde çıkarılmasına cevaz vermiştir. Bu noktada özelikle OHAL KHK’lerinin mutlak biçimde denetimsiz kaldığına ilişkin görüş belki şu açıdan eleştirilebilir: Anayasa’nın 119. maddesi gereğince çıkartılan olağanüstü hal KHK’leri Meclis’in onayına sunulmaktadır ve TBMM bu onay aşamasında yapacağı siyasi denetimle OHAL KHK’leri yerindelik açısından olduğu gibi anayasallık açısından da denetleyebilecek ve eğer kanun ile bunları onaylarsa bu KHK‘lar Anayasa Mahkemesi’nin denetimine açılabilecektir. Ancak AYM bu alanda da 2016 sonrası ortaya koyduğu içtihadı[[59]](#footnote-59) ile bu konuda da olağanüstü hal kararnamelerinin hukuk devleti ile ilişkisi açısından oldukça sorunlu bir alana yol açmıştır. Mahkeme’ye göre kanunlaşmış olağanüstü hal kararnamesinin olağanüstü halin konusu ile ilgisi olup olmadığına göre; eğer iptali istenen norm olağanüstü hali doğuran tehlike ya da tehdit ile ilgili değilse bu maddelerin denetimi artık Anayasa’nın olağanüstü hal temel hak ve özgürlükler rejimini düzenleyen 15. maddesi değil, olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi içeren 13. maddesi kapsamında yapılmalıdır. Bu da Mahkeme’nin, kanunlaşan olağanüstü hâl kararnamesinin içeriğinin olağanüstü halin konusu, süresi yahut yerini aşmasını tek başına iptal sebebi görmemesine ve olağanüstü dönemi olağanlaştırarak, bu dönemi bir istisna hali olmaktan çıkarmasına yol açmıştır. Bunun dışındaki bir diğer sorun ise Mahkeme’nin bu yaklaşımının ardından TBMM tarafından onaylanan OHAL KHK’lerinin artık olağanüstü dönemin bir tedbiri olmaktan çıkıp; olağan bir yasama işlemi haline gelmesidir[[60]](#footnote-60) ki, bu durum da 2017 anayasa değişikliği uyarınca yürütmenin hiçbir suretle yasa yapım faaliyetine dahil olmaması gereken olağan yasama süreci dışında ana aktörün yürütme olduğu bir “olağanüstü yasa koyuculuğuna” yol açmıştır.[[61]](#footnote-61) Halbuki Mahkeme’nin yapması gereken TBMM tarafından onaylansa dahi olağanüstü halin konusu ve süresi ile ilişkili olmayan OHAL KHK’lerini işin esasına girmeden doğrudan şekil açısından iptal etmesiydi.[[62]](#footnote-62)

Anayasa Mahkemesi’nin hukuk devletinin aşınmasına ilişkin son kayda değer kararı ise kamuoyunda „çoklu baro yasası“ olarak bilinen ve baroların yapısında yaptığı değişiklik ile savunma hakkına ilişkin önemli bir kırılmaya yol açan 7249 sayılı Kanuna ilişkindir.[[63]](#footnote-63) Bu kanuna ilişkin açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti açısından yapacağı denetimin sadece kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığının araştırılmasıyla sınırlı bir incelemeden ibaret olduğunu ve bu kanunda da kamu yararının görülmediğinin söylenemeyeceğini ifade etmiş ve kanunu anayasaya aykırı bulmuştur. Özellikle gerekçe(sizlik) açısından oldukça tartışmalı bu kararın da detaylı biçimde incelenmesi gerektirilmektedir. 7249 Sayılı Kanun ile baroya kayıtlı avukatların sayısı 5000’in üzerinde olan illerde birden fazla baronun kurulabilmesi imkanı getirilmiş; Türkiye Barolar Birliği(TBB) Genel Kuruluna il baroları tarafından gönderilecek delegelerin belirlenmesinde büyük barolar aleyhine Anayasa’nın 67. maddesinde belirtilen „temsilde adalet“ ilkesini ihlal edecek[[64]](#footnote-64) şekilde değişiklik yapılmış ve yine TBB olağanüstü genel kurulunda seçim yapılabilmesi olanaksız hale getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal davası ile önüne gelen anayasaya aykırılık iddiasını reddederken „çoklu baro“ düzenlemesi açısından sadece kanun koyucunun avukat sayısının çok fazla olmasından kaynaklı sorunların çözülmesi ve baro hizmetlerinin daha sağlıklı yürütülebilmesi yönündeki gerekçesi ile bağlı kalmış ve buradan hareketle kuralın kamu yararı dışında başka bir amaç gütmediğini belirtmiştir.[[65]](#footnote-65) Mahkeme bunun ötesinde özellikle iptal davasında yer alan; baroların hukuki üstünlüğünün ve insan haklarını koruma görevinin işlevsiz hale geleceği, barolar arasında ideolojik/etnik ayrışmalara yol açacağı ve kanunun idarenin bütünlüğü ilkesini ihlal ettiği yönündeki iddiaları araştırmanın yerindelik denetimi kapsamında olacağını belirtmiştir. Oysaki bir kanunun anayasaya aykırılığına ilişkin esas incelemesinde; kanun koyucunun kişisel, siyasal ya da saklı bir amaç güttüğü durumlarda, yani kanun koyucunun başka bir amaca ulaşmak için bir konuyu kanunla düzenlediği hallerde, bir kamu yararını bulunup bulunmadığı, ortada bir yetki saptırması olup olmadığı Mahkeme tarafından araştırılmalıdır.[[66]](#footnote-66)

Kaldı ki iptal davası dilekçesinde ve öğretide dile getirilen bu görüşler salt kanun koyucunun takdir marjına yönelik siyasal değerlendirmeler olmamakta, Mahkemenin de kararlarında destek ölçü norm olarak çoğunlukla yer verdiği Avrupa İnsan Hakları Komisyonu(AİHK) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin(AİHM) örgütlenme özgürlüğüne ilişkin içtihadi tutumunu da yansıtmaktaydı. Nitekim AİHK, A. ve diğerleri v. İspanya kararında, Saragossa Barosu’na bağlı Genç Avukatlar Grubu’nun yapmış olduğu başvuruda avukatların faaliyetlerini Barolar Birliği’nin denetimi altında yürütmek zorunda olmalarını ve kanunda Baro ile aynı amaçla hareket etmek üzere örgütlenen, kendi ‘barolarını’ kuran ya da gruplarını birleştiren kişilere disiplin cezası öngörülmesini örgütlenme özgürlüğüne aykırı bulmamıştır.[[67]](#footnote-67) Benzer biçimde AİHM de bağımsız bir baro biçiminde örgütlenmek isteyen derneğin kapatılmasının, avukatların sahip oldukları hukuki rolün önemi doğrultusunda hukuki yardım/danışmanlığın (*legal asistance*) kalitesinin muhafazası gibi meşru amaçlar güden müdahalenin orantısız bir müdahale olmadığına karar vermiş ve başvurucunun örgütlenme özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.[[68]](#footnote-68)

Kararda bir başka tartışmalı husus ise olağanüstü toplantıda seçim yapılamaması kuralının getirilerek TBB yetkili kurullarının dört sene boyunca seçim yoluyla değiştirilmesinin engellenmesidir. Bu durum karara karşı oy yazan AYM üyelerinin[[69]](#footnote-69) de haklı olarak belirttiği üzere Anayasa’nın meslek kuruluşlarına verdiği seçme yetkisi ve meslek özerkliğini ortadan kaldırmakta ve demokratik hukuk devlet ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Özetle Anayasa Mahkemesi’nin de kullandığı[[70]](#footnote-70) tabirle yargının kurucu unsurlarından olan ve „*hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olan*“ avukatların meslek örgütü olan baroların yapısında değişiklik öngören ilişkin 7249 sayılı Kanun ile ilgili kararında Mahkeme, gerek kanunun baroların anayasadan kaynaklı statülerini zayıflamasına yol açabilecek “çoklu baro“ düzenlemesini, gerekse avukatların çatı örgütü olan Türkiye Barolar Birliği’nin yönetim organlarının seçimi ve denetimine ilişkin anayasaya aykırı hükümleri iptal etmemiş ve yargının önemli bir sacayağı olan savunmanın idari teşkilatlanmasına ilişkin hukuk devletini de korumakla görevli bir yargı organının yükümlülüklerini yerine getirememiştir.

Bu tespitlerden sonra yargının hukuk devletinin yeniden inşasında ne gibi rol ve sorumluluklar üstelenebileceğine ve bunun yöntemlerine ilişkin tartışmalara da kısaca değinilmelidir.

1. **Hukuk Devletinin Yeniden İnşasında Yargının Rolü**

Yukarıda da aktarıldığı üzere hukuk devletinin yeniden inşasında özellikle ilk akla gelen kurumlar çoğunlukla Anayasa Mahkemeleri başta olmak üzere yüksek mahkemeler olmuştur.[[71]](#footnote-71) Mustafa Erdoğan’ın da[[72]](#footnote-72) belirttiği üzere hukuk devleti ve demokratik bir siyasal sistemin tesisinde kurumsal yapı hukuki ve siyasi etkileşimle oluşturulur ve demokrasinin kurucuları olarak anayasal evrimi sağlayan ana aktör de çoğunlukla anayasa mahkemeleri olur. Bu nedenledir ki özellikle Varşova Paktı’nın yıkılmasından sonra Macaristan, Polonya , Çekya gibi ülkelerde Anayasa Mahkemeleri adeta “yargısal bir demokrasinin”[[73]](#footnote-73) kurulmasını sağlamışlardır. Ancak yargının bu aktif durumunun da birtakım sakıncaları yok değildir: Özellikle popülist hareketlerce[[74]](#footnote-74) birtakım siyasal/sosyal sorunların kaynağı olarak yargının “günah keçisi” ilan edilmesi ve bunu da takiben mahkemelerin yapısının değiştirilmesi yönünde siyasal atakların izlemesi; yargının tam olarak ne ölçüde siyasi tartışmaların tarafı olacağı sorununu bir kez daha düşünmeyi gerektirmiştir. Bu noktada akla bir defa daha gelen ise acaba yargının diğer bir kanadının tekrar hukuk devletinin ortadan kaldırıldığı dönemdeki tavrını takınmasına karşı tedbir olarak nelerin yapılması gerektiğidir. Bu noktada iki otoriter rejim atlatmış olan Almanya deneyiminde, yakın anayasa tarihinde bazı radikal idari ve cezai tedbirlerin gündeme geldiği gözlenmektedir. Aşağıda kısaca bunlara değinilecektir.

Hukuk devletinin yeniden inşası sırasında öncelikle II. Dünya Savaşı sonrasında Federal Almanya’da tüm yargıçların görevine son verilmiş; ancak bunu hemen daha sonra onların büyük bir kısmının tekrar işe alınması(*Wiedereinstellung*) izlemiştir. Bu ise o dönem iş yükü ve yetişmiş personel eksikliği ile açıklanmıştır.[[75]](#footnote-75) Oysaki iki Almanya’nın birleşmesinin(*Wiedervereinigung*) ardından ise kamu görevinde bulunanlardan sadece yargıçların görevlerine devam ettirilmesi ana ilke olarak ortaya konmuş; bu da 40 senede edindiği itibar ve yargı bağımsızlığına verilen önemle açıklanmıştır.[[76]](#footnote-76) Ancak belirtmek gerekir ki bu durum hiçbir şekilde yargıçların vermiş oldukları kararlar sebebiyle görevlerine son verilmediği anlamına gelmemektedir; tam aksi yeniden birleşme sonrasında eski DDR yargıçlarının tamamına bir form imzalatılmaktaydı ve yargıçlar bu form ile kendilerine sorulan sorular kapsamında DDR ve onun benimsediği totaliter rejimle bağlarının koptuğunu, hukuk devleti ilkesine uyum sağladıklarını ortaya koymak durumundaydılar. Bu formun bir başka yansıması ise yargıçların bu dönemde verdikleri kararların incelenmesine bu form ile rıza göstermiş olmalarıydı.[[77]](#footnote-77) Bunun dışında bu dönem uygulama alanı bulan bir diğer kurum ise yargıçlar için özgü bir suç tipi olan “*Rechtsbeugung*”(Hukukun kasten kötüye kullanılması) suçudur.

*Rechtsbeugung* kurumu ilk olarak Almanya’nın siyasal birliğinin kurulmasından çok önce bir zamana tekabül etmektedir. Prusya Ceza Kanununun 314. Maddesi uyarınca kasıtlı olarak ya da başka bir kişinin/tarafın aleyhine karar verilmeine yol açan kamu görevlisi/memur 5 seneye kadar ağır kürek cezasına çarptırılacaktır. Bu düzenleme daha sonra 1871 İmparatorluk Ceza Kanununda 1968 DDR Ceza Kanunun ve Federal Alman Ceza Kanununda kendisine yer bulmuştur.

Bu suç tipinin özellikle uygulamada yer bulması ve tartışma konusu olması Federal Almanya Cumhuriyeti ve Demokratik Almanya Cumhuriyeti’nin birleşme sonrası eski DDR yargıçlarının yargılanmasında karşımıza çıkmıştır.[[78]](#footnote-78) Özellikle bu yargılamalarda ortaya çıkan vakalar, hukuk devletinin aşınmasında yargıcın rolüne de oldukça ışık tutmaktadır.

Ancak belirtmek gerekir ki Federal Yüksek Mahkeme, *Rechtsbeugung* suçunu çok dar biçimde yorumlamaktadır. Mahkemeye göre her yanlış hukuk uygulaması,“ *Rechtsbeugung*“ suçunu doğurmaz, bu suç tipinin gerçekleşmesi için hukukun kasten, kendi çıkarları ya da belirli bir grubun çıkarları doğrultusunda yasa ve adaletin aksine keyfilik için kullanılması gerekmektedir.[[79]](#footnote-79) Bu noktada özellikle yargıçların gerçekten geçerli olan normatif bir hukuk düzeninde görev yapan yargıçlar olarak mı görev yaptıkları yoksa „gerçek anayasal“ düzenin mi esas alınması gerektiği başta Günther Jacops olmak üzere çok sayıda ceza hukukçusu tarafından tartışılmış; Federal Mahkeme ise ilk görüşe yatkın olarak DDR yargıcının bu suçun kolayca faili olamayacağını belirtmiştir.[[80]](#footnote-80) Diğer bir ifadeyle bu suçun faili olmak için tek başına BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesine aykırı olması yetmez, aynı zamanda bu insanlık karşıtı kararların bir olgunun gerçeğe aykırı olarak çarpıtılarak siyasal amaçlarla verilmesi gerekmektedir.[[81]](#footnote-81)

Son yıllarda ise bu suç tipinin özellikle AİHM kararlarına karşı hukuki argümandan yoksun biçimde direnen yargıçlar için kullanıldığı gözlenmektedir. Örneğin; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Almanya’ya karşı vermiş olduğu “Görgülü”[[82]](#footnote-82) kararını ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu karara yönelik almış olduğu geçici tedbir kararını uygulamayan Naumburg Eyalet Mahkemesi üyeleri, AİHM kararını uygulamayan hakimler, haklarında Alman Ceza Kanununun 339. maddesi uyarınca hukuku kasten yanlış uyguladıkları (Rechtsbeugung) gerekçesiyle ceza mahkemesinde açılan dava ile yüzleşmişler ancak uzun süren bir yargılama sonrasında beraat edebilmişlerdir.

**Sonuç**

Verilen örnekler ve emsal kararlar üzerinden okunacağı üzere; farklı ülkelerde ve farklı zaman dilimlerinde dahi olsa oldukça benzerlik barındıracak şekilde, yargıcın devletin yapısı ve erklerin düzenlenmesi üzerinde yadsınamayacak bir etkisi bulunmaktadır. Bu etki kimi durumlarda hukuk devletinin ve insan hakları temelli modern hukuk sisteminin lehine olsa da diğer durumlarda hukuk devletini kanun devletine indirgeyen bir anlayışın parçası olarak hukuk devletini aşındıran yönelimlerin de meşruiyet kazanmasının bir aracı olarak da kullanılmaktadır. Nitekim çalışmada da değinildiği üzere bazı durumlarda, siyasi otoritenin güç kazanmasının önüne geçen anayasa maddelerinin dahi anayasaya aykırı addedilmesiyle erkler dengesizliğine yol açacak kararlara imza atan yüksek mahkemeler ve yargıçların bir hukuki faaliyet yürüttükleri açıktır; ancak bu faaliyetin ve verilen kararların devletin demokratik yapısı içindeki uzun vadeli sonuçları; yargıcın hukuk devletiyle olan bağının niteliğini ortaya koyacaktır.

**KAYNAKÇA**

**-** Akartürk, Ekrem Ali Sınırlı Denetimden Mutlak Denetimsizliğe: Ohal KHK’lerinin Hukukla İmtihanı (!), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, Ocak 2017, s. 197-212.

-Barın, Taylan, Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması ve Sınırlanması Arasında: Kanunlaşan OHAL KHK’larının Yargısal Denetimi, Yıl 2020, Cilt 75, Sayı 2, s. 557 – 587.

-Batum, Süheyl/ Kanadoğlu, Korkut/ Boyunsuz, Şule Özsoy; Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 7249 Sayılı Kanun’un Anayasaya Aykırılık Değerlendirilmesi, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvukatlikKanunuDegis-AVProflar-AnayasayaAykirilikDegerlendirmesi.pdf> , s.13vd. (Erişim tarihi:14.10.2021)

- Bloyemer, Peter, Der Notstand in den letzten Jahren von Weimar, Dunckler&Humbot Verlag, Berlin 1999.

- Degenhart, Christoph, Herrschaft auf Zeit, <https://christoph-degenhart.com/wp-content/uploads/2021/04/Kolumne_Degenhart-BK.pdf> (Erişim tarihi:15.10.2021)

**-** Cepeda-Espinosa, Manuel Jose, Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court Volume 3, Issue 4 (2004) Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court, s. 537-687.

**-** Didier, Jean John Locke, Çev. Atakan Altınörs, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 58.

- Domin, Marek, A Part of the Constitution is Unconstitutional, the Slovak Constitutional Court has Ruled’ IACL-AIDC Blog (6 February 2019) <https://blog-iacl-aidc.org/2019-posts/2019/2/5/a-part-of-the-constitution-is-unconstitutional-the-slovak-constitutional-court-has-ruled>

- Daly, Tom Gerald, The Alchemists: Questioning our Faith in Courts as Democracy-Builders. Cambridge University Press 2017.

-Duygun, Ahmet Mert, Popülist Anayasacılığa Giriş, Anayasa Hukuku Dergisi Cilt: 9 - Sayı: 18, 397-464.

- Erdoğan, Mustafa, Anayasa Mahkemesi Önemli midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi, AÜFHD, C. 54 Sa.3, Yıl 2005, s.1-22.

- Fromme, Friedrich Karl, Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz Die verfassungspolitischen Folgerungen des Parlamentarischen Rates aus Weimarer Republik und nationalsozialistischer Diktatur, Dritte ergaenzte Auflage Duncker & Humblot, Berlin 1999.

- Göztepe, Ece, Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in “Anayasa Öğretisi”, İÜHFM C. LXXIII, s.129-180.

- Graver, Hans Peter, Judges Against Justice On Judges When the Rule of Law is Under Attack, Springer Verlag, Heidelberg 2015.

- Grund, Henning, “Preußenschlag” und Staatsgerichtshof im Jahre 1932, Nomos Verlag, Bade-Baden 1976.

- Henning, Rudolf, Rechtstaat und Richterstaat, JCSW 03 (1962), s. 182.

- Kanadoğlu, Korkut/ Duygun, Ahmet Mert; Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Oniki Levha Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2021.

- Kosar, David/ Baros, Jiri / Dufek, Pavel; The Twin Challenges to Seperation of Powers in Central Europe: Technocrati Governance and Populism, European Constutional Law Review, 15(2019),s.427-461.

- Kramer, Helmut, Zum Gebrauch und Missbrauch der juristischen Methode zur Stabilisierung(nicht nur) totalitarer Systeme,in : Die Unabhaengigkeit des Richters( Hrsg: Holzwarth/Lamprecht/Schalk/Spaeth/Zech),Mohr Siebeck Verlag, s. 33-53.

- Landau, David, Abusive Judicial Review, University of California, Davis (Vol. 53:1313) , s.1317vd.

- Majer, Diemut Ein halbierter Rechtstaat für Ostdeutschland- Unterschiedliche Kriterien bei der Überprüfung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes der ehemaligen DDR, Kritische Justiz Vol. 25, No. 2 (1992), s.173

- Molu, Benan, AYM ve İHAM Kararlarıyla Avukatlara Yönelik Yargı Tacizi ve Çoklu Baro Değişikliği Teklifi, <https://anayasagundemi.com/2020/07/03/forum-av-benan-molu-aym-ve-iham-kararlariyla-avukatlara-yonelik-yargi-tacizi-ve-coklu-baro-degisikligi-teklifi/#_ftnref11> (Erişim tarihi:11.10.2021)

-Özenç, Berke, Hukuk Devleti-Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İletişim Yayınevi, İstanbul 2020, 3. Bası.

- Sağlam, Fazıl, Anayasa Değişikliklerinde Hâkimler ve Savcılar (Yüksek) Kurulu’nun Konumu, Güncel Hukuk, Mart 2017, s.42-44.

- Schorn, Hubert, Der Richter im dritten Reich- Geschichte und Dokumente, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt Am Main 1959.

- Schulz, Loren, Rechtsbeugung und Mißbrauch staatlicher Macht, StV 1995, s.206vd.

- Sever, Çiğdem, Çoklu Baro: Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Üzerinden Bir Analiz, Hukuk Defterleri, Sayı 26-27(Temmuz-Ekim), https://hukukdefterleri.com/coklu-baro-kamu-tuzel-kisiligi-kavrami-uzerinden-bir-analiz/

-Shirvani, Foroud: Die Bundes-und Reichsexekution in der neueren deutschen Verfassungsgeschichte, Der Staat 50 (2011), S.102-121.

- Sobota, Katharina, Das Prinzip Rechtstaat, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1995.

-Şirin, Tolga/ Duymaz; Sınırlı İktidardan Uzatmalı Başkanlığa: Devlet Başkanlığı Dönem Sınırlamaları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Anayasa Hukuku Dergisi - Cilt: 10/Sayı:19/Yıl:2021, s.29-92.

- Şirin, Bireysel Başvuru, Toplumsal Karar ve Anayasal Diyalog: Zübeyde Füsun Üstel ve Diğerleri Kararı, Anayasa Hukuku Dergisi - Cilt: 8/Sayı:16/ Yıl:2019, s. 474.

- Topuzkanamış, Şafak Evran, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukuna Halka Ait Anayasacılık, Oniki Levha Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2021.

- Thiele, Alexander, Der konstutierte Staat- Eine Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Campus Verlag, Maerz 2021.

- Türkeli, Gözde, Schmitt ve Kelsen’in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi-Arşiv/Cilt 26, Sayı 2, s. 980-1005.

- Triepel, Heinrich, Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs im Verfassungsstreit zwischen Preußen und dem Reiche, Deutsche Juristische Zeitung 1932, s. 1501vd.

- Quint, Peter E, The Imperfect Union: Constutional Structures of German Unification, Princeton University Press,West Susxex 1997, s.184vd.

-Weber, Klaus Dieter, Das Büro des Reichspräsidenten 1919-1934, Peter Lang Verlag, s.41.

- Yüzbaşıoğlu, Necmi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeni Yapılanması ve İşleyişi İle Bu Süreçte Anayasa Mahkemesinin Tutumu Üzerine Bir Değerlendirme’’, GÜHFD- Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, s.727vd.

1. İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

   [mert.duygun@bakircay.edu.tr](mailto:mert.duygun@bakircay.edu.tr) [↑](#footnote-ref-1)
2. Alıntısı yapılan bu sözü II. Dünya Savaşı sonrasında Baden-Wüttenberg Başbakanı Hans Bilfinger söylemiştir. [↑](#footnote-ref-2)
3. Hukuk devletine ilişkin temel tartışmalar için bkz. Berke Özenç, Hukuk Devleti-Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İletişim Yayınevi, İstanbul 2020, 3. Bası; Katharina Sobota, Das Prinzip Rechtstaat, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1995. [↑](#footnote-ref-3)
4. Nitekim erkler ayrılığı tezini ilk olarak 17. yüzyılda ortaya koyan Locke, yargıdan bağımsız ve üçüncü bir kuvvet olarak söz etmemiştir. Bkz. Jean Didier, John Locke, Çev. Atakan Altınörs, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 58. [↑](#footnote-ref-4)
5. Bkz. Rudolf Henning, Rechtstaat und Richterstaat, JCSW 03 (1962), s. 182. [↑](#footnote-ref-5)
6. Bu hususta istisnai bir monografi için bkz. Hans Peter Graver, Judges Against Justice On Judges When the Rule of Law is Under Attack, Springer Verlag, Heidelberg 2015. Tersinden yargıçların “suistimalci anayasacılığı engellemekte” başarısız olduğuna ilişkin tez için bkz. David Landau/Rosalind Dixon, Abusive Judicial Review, University of California, Davis (Vol. 53:1313) , s.1317vd. Nasyonal Sosyalist diktatörlükte hukuksuzluk devletinin bir aygıtı olarak hukuki yöntemlerin yargıçlarca nasıl kullanıldığına ilişkin bkz. Helmut Kramer, Zum Gebrauch und Missbrauch der juristischen Methode zur Stabilisierung(nicht nur) totalitarer Systeme,in : Die Unabhaengigkeit des Richters( Hrsg: Holzwarth/Lamprecht/Schalk/Spaeth/Zech),Mohr Siebeck, s.33vd. [↑](#footnote-ref-6)
7. Henning, s.186. [↑](#footnote-ref-7)
8. Korkut Kanadoğlu/Ahmet Mert Duygun, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Oniki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2021, s.254. [↑](#footnote-ref-8)
9. Bu tespit özellikle günümüzde anayasa yargısı açısından geçerlidir. Şüphesiz anayasal düzene dair siyasal diyalogun yapılacağı esas yer, parlamentodur; aksi takdirde büyük bir temsil ve meşruiyet sorunu doğacaktır. Ancak bu diyalogun şekli bir anayasa değişikliği dışında anayasal düzeni ortadan kaldırmasına yol açmasına izin verilemez; bu noktada en önemli engel ise insan onurunu ve temel hakları korumak üzere anayasanın bekçisi olarak işlev gören anayasa mahkemeleridir. Bkz. Alexander Thiele, Der konstutierte Staat- Eine Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Campus Verlag, Maerz 2021, s.368-369. [↑](#footnote-ref-9)
10. Bkz. Lorenz Schulz, Rechtsbeugung und Mißbrauch staatlicher Macht, StV 1995, s.206vd. [↑](#footnote-ref-10)
11. Bu alandaki bir çalışma için bkz. Tom Gerald Daly. The Alchemists: Questioning our Faith in Courts as

    Democracy-Builders. Cambridge University Press 2017 . [↑](#footnote-ref-11)
12. Landau/Dixon, s.1322. [↑](#footnote-ref-12)
13. Aynı yönde bkz. Landau/Dixon, s.1334. [↑](#footnote-ref-13)
14. Bu hususta bkz. Tamir Moustafa/ Tom Ginsburg, Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics, in: Rule By Law The Politics of Courts in Authoritarian Regimes , s.1vd. [↑](#footnote-ref-14)
15. Moustafa/Ginsburg, s.4. [↑](#footnote-ref-15)
16. Moustafa/Ginsburg, s.9. [↑](#footnote-ref-16)
17. Moustafa/Ginsburg, s.15. [↑](#footnote-ref-17)
18. Mustafa Erdoğan, Anayasa Mahkemesi Önemli midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi, AÜFHD, C. 54 Sa.3, Yıl 2005, s.2. [↑](#footnote-ref-18)
19. Örnekler için bkz. Daly, s.96. [↑](#footnote-ref-19)
20. Bkz. Korkut Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s.10-11. [↑](#footnote-ref-20)
21. Daily, s.88-89. [↑](#footnote-ref-21)
22. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Henning Grund, “Preußenschlag” und Staatsgerichtshof im Jahre 1932, Nomos Verlag, Bade-Baden 1976. [↑](#footnote-ref-22)
23. Kayzerlerin aynı zamanda Prusya Prensi olmasının da etkisiyle Prusya eyaleti, Almanya’da her daim özgün bir öneme sahip olmuştur. Bu önem, Kayzerliğin yıkılmasından sonra Weimar Cumhuriyeti döneminde de devam etmekle beraber, bu özgün duruş Almanya’daki otoriter devlet(*Obrigkeitsstaat*) özlemi duyanların önünde her daim rahatsızlık yaratmaktaydı. 1932 yılında yapılan eyalet seçimlerinde Nasyonal Sosyalist NSDAP ve Alman Komünist Partisinin seçimlerde oylarını yükseltmeleri, o zamana değin sosyal demokrat SPD, muhafazakar-sağ Zentrum ve liberal DDP tarafından oluşturulan Prusya Koalisyonunun güvenoyu alabilmesini imkansız hale getirmekteydi. Bunun üzerine Prusya Koalisyonu, Eyalet Anayasasının 59. maddesine dayanarak “işgüder bir hükümetle” ülkeyi yönetmeyi denemiş; ancak bu çaba Hindenburg liderliğindeki von Papen başkanlık hükümeti tarafından eyalet yönetimine hükümet komiseri atanması ile son bulmuştu. Şüphesiz Altonaer Kanlı Pazarı olarak bilinen ve NSDAP üyelerinin Alman Komünistlerine saldırıp ok sayıda kişinin ölümüne yol açan olay da Hindenburg’un elini kolaylaştırmıştır. Bkz. Shirvani, S.117 vd. Aynı yönde bkz. Peter Bloyemer, Der Notstand in den lezten Jahren von Weimar, Dunckler&Humblot Verlag, Berlin 1999, s.258-259. [↑](#footnote-ref-23)
24. Reichsxekution hakkında bkz. Foroud Shirvani, Die Bundes-und Reichsexekution in der neueren deutschen Verfassungsgeschichte, Der Staat 50 (2011), s.102-121. [↑](#footnote-ref-24)
25. Nitelendirme için bkz. Ece Göztepe, Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in “Anayasa Öğretisi”, İÜHFM C. LXXIII, s.131. [↑](#footnote-ref-25)
26. Bu tartışmalara ilişkin bkz. Gözde Türkeli, Schmitt ve Kelsen’in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi-Arşiv/Cilt 26, Sayı 2, s. 980-1005. [↑](#footnote-ref-26)
27. Heinrich Triepel, Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs im Verfassungsstreit zwischen Preußen und dem Reiche, Deutsche Juristische Zeitung 1932, s. 1505. Yazar, Mahkemenin dar yorumunu eleştirmekle beraber bu yorumun bile yanlış aktarıldığını, Weimar Anayasasının 48. maddesinin Bismark Anayasası’ndan mülhem olduğunu ve bu anayasadaki olağanüstü hal düzenlemelerinin de bu yorumu haklı çıkarmadığın belirtmiştir. [↑](#footnote-ref-27)
28. Kararın ardından devlet başkanının olağanüstü hale ilişkin anayasal yetkilerini sınırlandırarak bu yetkilerin federal hükümete verilmesine ilişkin anayasa değişiklik önerileri ise sonuçsuz kalmıştır. Bkz. Klaus-Dieter Weber, Das Büro des Reichspräsidenten 1919-1934, Peter Lang Verlag, s.41. [↑](#footnote-ref-28)
29. Hukuksuzluk devleti kavramı İlk defa Peter Reichensberger tarafından kullanılmış olup kavramın tüm otoriter rejimler için uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin tartışmalar için bkz. Horst Sendler, Die DDR als Unrechtsstaat – ja oder nein?, ZRP 1993, s.1-5. [↑](#footnote-ref-29)
30. Örneğin Yahudi vatandaşların kiracıların tahliyeye karşı sahip oldukları güvencelerden faydalanamamasını öngören yasa, dönemin Berlin Eyalet Mahkemesi tarafından bunun bir kira hukuku uyuşmazlığı değil dünya bakışı (*weltanschaulich*) ile ilgili olduğunu söylemiş ve kira sözleşmesinin Yahudi olan taraf aleyhine bozulmasının haksız bir sözleşme feshi olmayacağına hükmetmiştir. Bu kararları daha sonra “ari ırktan olanlar” ile Yahudi olan yurttaşların evlenmesini yasaklayan kanunlara aykırı davrananları idamla cezalandıran Nürnberg Özel Mahkemesi ve Kassel Özel Mahkemesinin kararları izlemiştir. Bkz. Kramer, s.36-39. [↑](#footnote-ref-30)
31. Bu görüş için bkz. Hubert Schorn, Der Richter im dritten Reich- Geschichte und Dokumente, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt. 1959. s.26vd. [↑](#footnote-ref-31)
32. Esasında burada yeniden bir inşadan öte yeni bir inşa(*Neuaufbau*) söz konusudur ve burada amaç “hasta ” Almanya’yı restore etmek değil; tam tersi yeni bir yapı inşa etmektir. Bunun da en önemli temellerinden birini daha etkin, sağlam ve daha “militan” bir yargı( anayasa yargısı) oluşturmaktadır. Bkz. Daly, s.71. [↑](#footnote-ref-32)
33. Bkz. Friedrich Karl Fromme, Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz Die verfassungspolitischen Folgerungen des Parlamentarischen Rates aus Weimarer Republik und nationalsozialistischer Diktatur, Dritte ergaenzte Auflage Duncker & Humblot, Berlin 1999, s.211vd. [↑](#footnote-ref-33)
34. Fico yönetimine ilişkin bkz. David Kosar / Jiri Baros / Pavel Dufek, The Twin Challenges to Seperation of Powers in Central Europe: Technocrati Governance and Populism, European Constutional Law Review, 15(2019),s.455vd. [↑](#footnote-ref-34)
35. Bu karara ilişkin bkz. Marek Domin, A Part of the Constitution is Unconstitutional, the Slovak Constitutional Court has Ruled’ IACL-AIDC Blog (6 February 2019) <https://blog-iacl-aidc.org/2019-posts/2019/2/5/a-part-of-the-constitution-is-unconstitutional-the-slovak-constitutional-court-has-ruled> [↑](#footnote-ref-35)
36. Fico’nun bir diğer başarısızlığı ise 2014’te yapılan devlet başkanlığı seçimlerini bağımsız aday Andrej Kis-

    ka’nın kazanması ile Slovakya Anayasa Mahkemesine üye ataması konusundaki planlarının akamete uğramasıdır. Bkz. Kosar/Baros/Dufek, s.455. [↑](#footnote-ref-36)
37. Buna ilişkin bkz. Tolga Şirin/ Erkan Duymaz, Sınırlı İktidardan Uzatmalı Başkanlığa: Devlet Başkanlığı Dönem Sınırlamaları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Anayasa Hukuku Dergisi - Cilt: 10/Sayı:19/Yıl:2021, s. 50. Aynı yönde bkz. Landau/Dixon, s.1354. Yazarlar, bu karar ışığında anayasa mahkemelerince kullanılan anayasa aykırı anayasa değişikliği doktrininin özellikle hiper-başkanlık sistemlerinde önemli bir fren mekanizması olduğunu vurgulamaktadır. II. Dünya Savaşı sonrasında parlamenter rejimin uygulandığı en başarılı örneklerden biri olan Federal Almanya’da dahi şansölyenin görev süresin belirli bir sınır koymanın demokratik yaşam açısından daha faydalı olacağı öğretide dile getirilmeye başlanmıştır. Bkz. Christoph Degenhart, Herrschaft auf Zeit, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/herrschaft-auf-zeit> (Erişim tarihi:14.10.2021) [↑](#footnote-ref-37)
38. Şirin/Duymaz, s.50. [↑](#footnote-ref-38)
39. Bu kararlara ilişkin bkz. Manuel José Cepeda-Espinosa, Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court Volume 3, Issue 4 (2004) Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court, s. 537-687. [↑](#footnote-ref-39)
40. Bkz. Daly, s.100. [↑](#footnote-ref-40)
41. Bolivya Parlamentosunun bu kararına ilişkin bkz. <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-22605030> (Erişim tarihi:10.10.2021) [↑](#footnote-ref-41)
42. Landau/Dixon, s.1358. [↑](#footnote-ref-42)
43. Landau/Dixon, s. 1362. [↑](#footnote-ref-43)
44. AYM, Zübeyde Füsun Üstel ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2018/17635; AYM, Şaban Sevinç Başvurusu-II, Karar Tarihi:26/5/2021. [↑](#footnote-ref-44)
45. AYM, Osman Erbil Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/2394. [↑](#footnote-ref-45)
46. AYM, Erdem Gül ve Can Dündar Başvurusu, Başvuru Numarası: 2015/18567. [↑](#footnote-ref-46)
47. AYM, Birleşik Metal İşçileri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2015/14862. [↑](#footnote-ref-47)
48. Bkz. Türkiye İnsan Hakları Raporu 2019-2020, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/650.pdf> (Erişim tarihi:14.10.2021). [↑](#footnote-ref-48)
49. Bu noktada belirtmek gerekir ki AYM’nin vermiş olduğu kararların sübjektif etkisinin de gerçekleştirilmesi de kolay olmamıştır. Mahkemenin vermiş olduğu çeşitli kararlarında derece mahkemeleri AYM’nin vermiş olduğu ihlal kararlarına direnç göstermiş ve ihlal kararların gereğini yerine getirilmesini AYM kararlarının “yerindelik denetimi” içerdiği gibi hukuki temelden yoksun gerekçelerle reddetmiştir. AYM ise bunun üzerine AYM kararlarının bağlayıcılığı ve bu kararların icrasının hukuk devleti için olmazsa olmaz(*sine qua non*) bir gereklilik olduğunu da belirten ikinci ihlal kararları vermek durumunda kalmış ve kararların icrası ancak bu şekilde yerine getirilebilmiştir. Bu bağlamda Mahkeme’nin hukuk devletinin retorikten ibaret olmadığına ve AYM kararlarının uygulanmamasının anayasal düzenin ağır ihlali olacağına ilişkin tespitleri için bkz. AYM Kadri Enis Berberoğlu-3 Başvurusu, Bireysel Başvuru Numarası: 2020/32949, 21/1/2021. [↑](#footnote-ref-49)
50. Bireysel başvurunun objektif yönüne ilişkin Christian Hillgruber/Christoph Goos, Verfassungsprozessrecht, C.f.Müller Verlag, Heidelberg 2011, s. 35. Bireysel başvurunun sübjektif yönü bireylerin temel hakları ve temel hak benzeri anayasal değerlerinin efektif biçimde uygulanabilmesine hizmet etmekteyken, objektif etki ise anayasanın korunması, geliştirilmesi ve yorumlanmasına hizmet eder. Böylece hukuk barışı korunur ve gelecek için hukuki bir açıklık ortaya konulur. [↑](#footnote-ref-50)
51. Bkz. Tolga Şirin, Bireysel Başvuru, Toplumsal Karar ve Anayasal Diyalog: Zübeyde Füsun Üstel ve Diğerleri Kararı, Anayasa Hukuku Dergisi - Cilt: 8/Sayı:16/ Yıl:2019, s. 474. [↑](#footnote-ref-51)
52. Karara ilişkin bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, ‘’Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeni Yapılanması ve İşleyişi İle Bu Süreçte Anayasa Mahkemesinin Tutumu Üzerine Bir Değerlendirme’’, GÜHFD- Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, s.727. [↑](#footnote-ref-52)
53. Bu değişikliklerin getirdikleri ve HSYK’nın yapısında getirdiği değişikliklerin yargı bağımsızlığının zayıflaması ve yargıda polarizasyona yol açtığı hususundaki haklı eleştiriler için bkz. Fazıl Sağlam, Anayasa Değişikliklerinde Hâkimler ve Savcılar (Yüksek) Kurulu’nun Konumu, Güncel Hukuk, Mart 2017, S.42-44. [↑](#footnote-ref-53)
54. AYM E: 2010/49, K: 2010/87, Kt. 7/7/2010. [↑](#footnote-ref-54)
55. Kararın haklı bir eleştirisi için bkz. Ekrem Ali Akartürk, Sınırlı Denetimden Mutlak Denetimsizliğe: Ohal KHK’lerinin Hukukla İmtihanı (!), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, Ocak 2017, s. 197-212. [↑](#footnote-ref-55)
56. Akartürk, s.203vd. [↑](#footnote-ref-56)
57. Kanadoğlu/Duygun,s. 416-417. [↑](#footnote-ref-57)
58. Akartürk, s. 207. Mahkemenin OHAL KHK’lerini denetlememe yolundaki kararının sadece iptal davası için geçerli olduğunu, itiraz yolunda ise OHAL KHK’lerinin anayasaya aykırılığının mahkemelerce ileri sürülebileceğine ilişkin görüş için ise bkz. Taylan Barın, Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması ve Sınırlanması Arasında: Kanunlaşan OHAL KHK’larının Yargısal Denetimi, Yıl 2020, Cilt 75, Sayı 2, s.560. [↑](#footnote-ref-58)
59. Bu kararlardan birine örnek için bkz. AYM E. 2016/205, K. 2019/63, Kt. 24.7.2019. [↑](#footnote-ref-59)
60. Aynı yönde bkz. Barın,s. 567. [↑](#footnote-ref-60)
61. Kanadoğlu/Duygun, s.420. [↑](#footnote-ref-61)
62. Aynı yönde bkz. Kerem Altıparmak/Murat Sevinç/ Dinçer Demirkent, Atipik KHK’ler ve Daimi Hukuksuzluk-I, Artık Yasaları İdare Mi İptal Edecek?, <http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/Atipik_OHAL_-KHKleri.pdf> (Erişim tarihi:14.10.2021) [↑](#footnote-ref-62)
63. Kanuna ilişkin özellikle idare hukuku ve kamu tüzel kişiliği çerçevesinden önemli bir eleştiri için bkz. Çiğdem Sever, Çoklu Baro: Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Üzerinden Bir Analiz, Hukuk Defterleri, Sayı 26-27(Temmuz-Ekim), <https://hukukdefterleri.com/coklu-baro-kamu-tuzel-kisiligi-kavrami-uzerinden-bir-analiz/> [↑](#footnote-ref-63)
64. Aynı yönde bkz. Süheyl Batum/ Korkut Kanadoğlu/Şule Özsoy Boyunsuz, Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 7249 Sayılı Kanun’un Anayasaya Aykırılık Değerlendirilmesi, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvukatlikKanunuDegis-AVProflar-AnayasayaAykirilikDegerlendirmesi.pdf>, s.13vd. (Erişim tarihi:14.10.2021) [↑](#footnote-ref-64)
65. AYM, E:2020/60 K:2020/54, K.t. 1.10.2020. [↑](#footnote-ref-65)
66. Erdoğan Teziç, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi, Anayasa Yargısı-2, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1985, s.29-30. [↑](#footnote-ref-66)
67. Karar için bkz. Benan Molu, AYM ve İHAM Kararlarıyla Avukatlara Yönelik Yargı Tacizi ve Çoklu Baro Değişikliği Teklifi, <https://anayasagundemi.com/2020/07/03/forum-av-benan-molu-aym-ve-iham-kararlariyla-avukatlara-yonelik-yargi-tacizi-ve-coklu-baro-degisikligi-teklifi/#_ftnref11>, Erişim tarihi: (11.10.2021) [↑](#footnote-ref-67)
68. Bkz. AİHM, Bota v. Romanya, Başvuru No:24057/03. [↑](#footnote-ref-68)
69. Karara mahkeme üyeleri Zühtü Aslan, Yusuf Şevki Hakyemez, Celal Mümtaz Akıncı,Engin Yıldırım, Emin Kuz, ve Hasan Tahsin Gökçan karşı oy yazısı yazmışlardır. [↑](#footnote-ref-69)
70. Bkz. AYM E:2007/16 K:2009/147, K.t. 15.10.2009. [↑](#footnote-ref-70)
71. Bu alanda Doğu Avrupa anayasa yargısının oluşumuna ilişkin bkz. Klaus Von Beyme, Systemwechsel in Osteuropa, Frankfurt Am Main 1994, s.270vd. [↑](#footnote-ref-71)
72. Erdoğan, s.2. [↑](#footnote-ref-72)
73. Erdoğan, s.5. [↑](#footnote-ref-73)
74. Popülist hareketlerin özellikle yargı ile sorunlu ilişkisi için bkz. Ahmet Mert Duygun, Anayasa Hukuku Dergisi

    Cilt: 9 - Sayı: 18, 397-464; aynı yönde Şafak Evran Topuzkanamış, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukuna Halka Ait Anayasacılık, Oniki Levha Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2021,s. 12-60. [↑](#footnote-ref-74)
75. Peter E. Quint, The Imperfect Union: Constutional Structures of German Unification, Princeton University Press,West Susxex 1997, s.184. [↑](#footnote-ref-75)
76. A.g.e. [↑](#footnote-ref-76)
77. Diemut Majer, Ein halbierter Rechtstaat für Ostdeutschland- Unterschiedliche Kriterien bei der Überprüfung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes der ehemaligen DDR, Kritische Justiz Vol. 25, No. 2 (1992), s.173. Benzer bir süreçten geçen Polonya ve Macaristan’da da AYM’ler bu konudaki lustrasyon yasaları gerek kişisel verilere saygı hakkı gerekse kanunların belirli olmaması yönünden iptal etmiştir. Bkz. Erdoğan, s.9-12. [↑](#footnote-ref-77)
78. Bu konuda bkz. Lorenz Schulz, Rechtsbeugung und Mißbrauch staatlicher Macht- Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung unter dem SED-Regime, Stv 4/95, s.206-212. [↑](#footnote-ref-78)
79. Scholz, s.208. [↑](#footnote-ref-79)
80. Scholz, s.210. [↑](#footnote-ref-80)
81. Scholz, s.212. [↑](#footnote-ref-81)
82. [↑](#footnote-ref-82)