

Anayasalı Devletten Hukuk Devletine Daha Çok Var Mı?

Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU*

Özet

Yaşadığımız dünyada her devlet gibi bizim devletimizin de bir anayasası var. Anayasası ile devletine bir biçim kazandırmış yurttaşlar ile siyasi iktidar arasındaki otorite-özgürlük dengesini kendi tercihleri doğrultusunda belirlemiş bir siyasi sistem, anayasalı bir sistemdir. Eğer bu anayasaya uyuyorsa, aynı zamanda anayasal bir sistemdir.

Fakat anayasallık, zorbalık ve keyfiliğin engellenmesi amacıyla yapılmış iyi bir anayasanın içinde olmak, ona dayanmak, onunla sınırlanmak anlamında ise anayasal devlet, aynı zamanda bir hukuk devletidir. Bir diğer anlamıyla anayasal devlet egemenliğin hukukla kayıtlandığı bir hukuk devletidir. Hukuk devleti, hukukun egemenliğinde bir devlettir. Çağımızın temel sorunu, bu nitelikte bir devletin kurumsal güvencesi altında yaşayabilmenin koşullarını yaratmaktır.

Güçler ayrılığı, özgürlük-otorite dengesi Bağımsız yargı, çoğulcu toplum yapısının gereksindiği demokratik kurumlar bir hukuk devletinin varlığı için zorunludur.

***Anahtar Kelimeler:** anayasa, anayasacılık, anayasal devlet, hukuk devleti, özgürlük-otorite dengesi, siyasi iktidar*

Is There More to the State of Law than a Constitutional State?

Abstract

In today's world, Turkey has a constitutional law like other states around the world. A system which forms its state and determines the liberty-authority balance between state and citizens is a system with constitutional

* (Prof. Dr.) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

law. However, if constitutionality means living in a basic law prepared with the purpose of inhibition of despotism and arbitrariness and being restricted with it; constitutional state is at the same time a state of law. In other words; in constitutional states sovereignty depends on law. A state of law is defined as a state which is in the sovereignty of law and a state limited by law. The fundamental problem of twenty first century is providing the security of a government such as the type of states mentioned before. Therefore; separation of powers, the balance of authority and liberty, independent judiciary, pluralist society, democratic foundations are the keystones of a state of law.

Keywords: *constitution, constitutionalism, constitutional state, rule of law, liberty-authority balance, political power*

İnançla ve güvenle **“Belki bir hukuk devleti değiliz ama tam bir hukukçular devletiyiz”** ve **“Dikkatsizce yapılan ya da ne idüğü belirsiz yasama hükümlerinin meydan vereceği zorbalıklara karşı adalete tutkunluklarını ve alçakgönüllülüklerini muhafaza eden hukukçular hâlâ yararlı kimselerdir”**.¹ diyebilenlere imrenerek ve hukuk devletine giden yolda şimdilik en azından yargıya ve yargıçlara güvenebilme ümidi ve beklentisini taşıyarak...

Giriş

Aklı ve mutlak egemen kimliği ile doğup, birkaç yüzyıl yaşadıkdan sonra 18. Yüzyıl’da ölen Leviathan’ın geride bıraktığı her şey üzerinde yeni bir devlet anlayışının doğma süreci başlar.

Bu süreç aşamalıdır, sancılıdır ve her bir aşaması farklı bir egemenlik anlayışına dayandırılmıştır. Sürecin birinci aşaması “Parlamentonun Üstünlüğü” doktrininin gölgesinde yasa devleti ve yasaya bağlı egemenlik anlayışı, ikinci aşaması “Anayasanın Üstünlüğü” doktrini gölgesinde anayasal devlet ve anayasal egemenlik anlayışına ayrılmışken, üçüncü aşamada hukukun üstünlüğü, hukuka bağlı egemenlik ve hukuk devleti kavramlarıyla kuşattığımız yeni bir egemenlik ve devlet anlayışıyla karşı karşıyayız.

¹J.BRYCE; *Amerikan Siyasi Rejimi*, s.75.

Anayasal devlet, anayasacılık, hukuk devleti kavramlarına kısa bir ön bakış ve kısa bir içerik açıklaması, çalışmamızın kolay okunabilmesi için gerekli görülmüştür. Siyasal sistemlerin yapısı ve uygulamaları hakkındaki bakış açımızı kavramlar üzerinden oluşturur ve eleştirilerimizi kavramlar üzerinden geliştirirken, öncelikle kullandığımız kavramların anlam alanlarını belirginleştirmemiz gerekiyor.

Çünkü kavramlar önemlidir. Siyasete ilişkin olanları, devleti ve devlette olan biteni anlamamıza yardım ederler ve uygulamaları aklileştirirler. Kavramlar, kuramların temel taşıdır. Anayasallık, anayasa vb. terimler kavramsal nitelik taşıyıcılar da, “anayasacılık”, “hukuk devleti”, “anayasal devlet” birer kavram olmaktan çok birer kuramdır ve birbirine bağlı kavramların, akıl ve düşünce süzgecinden geçirilmiş anlamlı, sistematik ifadesidirler.

Yaşadığımız dünyada her devlet gibi bizim de bir anayasamız var. Dolayısıyla Anayasalı bir devlet olduğumuzu kimse inkâr edemez. Endişe verici gelişmelerle, demokratik siyasetinin rotası şaşan ve ayarları bozulan ülkemizde ne kadar anayasal devlet ve ne kadar hukuk devleti olduğumuzu, kavramlar ışığında yeniden düşünmek, gerçekleşmesini istediğimiz ya da beklediğimiz özlemlerimizi ve dilekelerimizi hatırlamak için dahi olsa şart oldu. 17. yüzyıl’daki İngiliz Devrimi’yle sağlanan parlamentonun üstünlüğü, yasa devleti anlayışını doğururken, 18. yüzyıl sonunda gerçekleşen Amerikan Devrimi, anayasasının üstünlüğünü doğurmuştur. Demokratik siyasal sistemlerin anayasalar eli ile ve anayasallaşma yolundan geçerek ulaştıkları “hukukun egemenliğe dayalı hukuk devleti” anlayışını kavrayabilmek için, Batı’da iki ayrı coğrafyada gerçekleşen bu iki demokratik hamleyle değinmeden olmaz.

Çağımızda devletlerin neredeyse tamamının toplumsal mutabakata dayalı bir anayasaya sahip oldukları iddiası ve anayasaların ‘halk tarafından yapılmış ve onaylanmış üstün kurucu belgeler’ olarak nitelenmeleri, 1787 Anayasası’nın Başlangıç bölümündeki **“Biz, Amerikan Halkı ... bu Anayasayı yaptık ve kabul ettik”** cümlesine telmihtir. Bu cümle aynı zamanda hükûmetin halk iradesine dayandığının açık ve kesin bir biçimde dile getirilişidir. **“Anayasayı halk yapmıştır ama devleti, ona dayanarak yönetecek olan kurumları da anayasa kurmuştur. Bütün kurumlar–Kongre,**

Başkan, Yüksek Mahkeme, federe devletlerin anayasaları ve yöneticileri-Birleşik Devletler Anayasası'na, ona dayanılarak yapılacak olan kanunlara ve antlaşmalara bağlıdırlar².

“Anayasallaşmanın hem sebebi ve hem de ona bağlanacak sonuçları” anlamına gelecek bu ifade, “anayasanın üstünlüğü” ilkesinin tanımıdır. Bu ilkeden yola çıkarak, bir devlette yönetme yetkisini kullanmak üzere seçilmiş ve atanmış yöneticilerin hepsine anayasaya bağlılık yemini ettirirseniz, yetkileri kötüye kullanmalarından doğan hukuki ve cezai sorumluluklarına yaptırımlar öngörür ve yaptırım uygulayacak mahkemeler görevlendirirseniz, anayasayı yapmak ve değiştirmek için herhangi bir adi yasadan daha farklı usuller öngörmüş iseniz, anayasaya aykırı yasaları ve uygulamaları hukuk sisteminden ayıklamak için kontrol mekanizmaları getirmiş iseniz, demokratik siyaseti anayasa ipine bağlamışsınız demektir. Bunun adı anayasallaşmadır; bunun adı, siyaseti hukuk çerçevesine almaktır. Çağımızın gerçeği anayasallaşma, çağımızın sorunu anayasalar yoluyla getirilen sınırlamaların, niteliği ve doğası itibarıyla dinamik ve kaygan olan siyaseti engelleme ve kontrol etmesinden kaynaklanan sorunların, anayasallık gerçeği içinde nasıl aşılabileceğinin cevabını bulmaktır.

Hukukun üstünlüğü kavramına bağlanmış olan bu kavram, yöneticilerin devleti keyiflerince değil, hakka ve adalete uygun yöntemlerle yönetmeleri anlamına gelir. Anayasallaşmayı, “var olan anayasanın içine girmek” biçiminde anladığımızda da siyasal erkin anayasa ile sınırlanması gerçekleşmiştir, ancak nasıl bir anayasaya sahip olduğumuz, nasıl bir anayasallaşma olgusu yaşadığımızı da belirler.

Anayasası ile devletine temel bir biçim kazandırmış, yurttaşlar ile siyasi iktidar arasındaki özgürlük-otorite dengesini kendi tercihleri doğrultusunda belirlemiş bir siyasal sistem anayasalı bir sistemdir, eğer bu anayasaya uyuyorsa aynı zamanda anayasal bir sistemdir. fakat anayasallığa, “zorbalığın ve keyfiliğin engellenmesi amacıyla yapılmış iyi bir anayasanın içinde olmak, ona dayanmak ve onunla sınırlı olmak” anlamını yüklüyorsa hukuk devleti ile aynı anlama gelen bir anayasal devletten ve egemenliğin hukuka bağlılığı anlamındaki bir anayasallıktan söz edebiliriz.

² L.LIPSON; *Politika Biliminin Temel Sorunları*, s. 295-296.

Gerçi bir görüşe göre batılı toplumlar için demokratik anayasal düzenin varlığı doğaldır. Öyle ki artık anayasal devlet, Batı'nın değerler havuzunda önemli bir gelişme olarak takdir edilmediği gibi, korunmaya değer de görülmemektedir. Bunun nedeni de, anayasal devletin kontrol mekanizmalarının etkili olarak çalışması ve yapısının devletin yolsuzluklarla mücadele etmesine ve ortaya çıkan yeni sorunlarla baş etmesine imkân tanınmasıdır³. Bu kontrol mekanizmalarının hukukla kurulduğu ve anayasal devlet yapısının hukukla örüldüğü dikkate alındığında, anayasal devletin hukuk düzeninin, demokrasinin korunması ve geliştirilmesindeki vazgeçilmezliği ortadadır.

Bir batılı için hukukun kontrolündeki anayasal devlet ideali, ulaşılmış hatta varlığı kanıksanmış bir gerçeklik gibi duruyor olabilir. O pencereden bakıldığında sorun sadece Türkiye ve benzeri ülkelerin sorunu gibi görülüyor olabilir. Oysa evrensel ilkeler ile tahkim edilmiş bir hukukun gözetim ve denetimindeki devlet ideali her toplumun özlemidir ve her toplum, içinde yaşadığı siyasal yapının hukuk içinde örgütlendiği iddiasının doğruluğuna ikna edilmek zorundadır. Ayrıca anayasal devlet olduğu iddiasındaki her siyasal yapı da, egemen halkın iktidarı üzerinden değil hukukun egemenliği üzerinden sistemi tanımladığını, iktidarın meşruiyetinin sandığa yansıyan seçmen tercihi kriteri ile değil hukuka uygunluk kriteri ile kazanıldığını topluma kabul ettirmek zorundadır. Bir başka deyişle hukuk devletinin varlığı değil, hukuk devletinin muhafazası, tahkimi, kazanımlarından asla geri adım atılmaması, aşılması gereken sorunlar olarak tüm demokratik yönetimlerin önünde beklemektedir. Bir başka deyişle hukuk devletini istemek, özlemek ve hukuk devleti olabilmek, olabilmiş ise hukuk devleti kalabilmek, akli başında her toplumun önündeki bir hedeftir.

I. HUKUK DEVLETİNİN KAVRAMSAL ÖNCÜLLERİ

1. Anayasal Demokrasi

Bu kavram, 20. yüzyıl'ın ikinci yarısında, kendilerini halk demokrasisi ya da gerçek demokrasi olarak isimlendiren ve klasik demokrasinin biçimsel güvencelerinin çağdaş siyasal sistemlerin demokratik yapısını kurmakta ve halk egemenliğini gerçek anlamda yaşama geçirmekte işlevsel olmadığını ileri süren sosyalist tezlerle karşı, liberal batı coğrafyasında batı tipi demokrasiyi ön plana çıkarmak için kullanılmış bir kavramdır. M. Sancar, anayasal demokrasiyi tarihsel Alman hukuk devleti modelini canlandır-

³ C. STARCK; "Anayasal Demokrasi ve Sınırlı Yönetim", içinde: Demokrasi ve Yargı, s.25-34 (s.31).

manın bir formülü olarak görür ve ülkemizde benimsenen ve sıkça kullanılan bu kavramın daha çok demokrasiyi yargı temelinde yeniden tanımlama çabalarını ifade eden bir formül olarak tedavüle girdiğini savunur⁴. Anayasa ile demokrasinin, hem kavram hem de kurum olarak birbirini tamamladığı ve uyum içinde olduğunu söyleyebilmenin çok zor hatta imkânsız olduğunu ileri sürenlere göre anayasacılıktan türeyen “anayasal” sıfatı ile halk egemenliği ilkesinden kaynaklanan “demokrasi”, birbiri ile bağdaştırılması zor kavramlardır⁵. Bu görüş haklıdır. Sınırlı bir yönetime izin verecek bir kavramsal kurguya kavuşturulmadığı sürece anayasal yönetim ile demokrasiyi düşüncel olarak yan yana getirmek zordur. Klasik tanımında “halka ait egemenliğin halk tarafından yetkilendirilmiş iktidar tarafından mutlak ve sınırsız biçimde kullanıldığı” algısı gizli demokrasi ile “anayasa ile sınırlandırılmış demokratik devlet” düşüncesi, kendi içinde bir çelişkiyi barındırmaktadır⁶.

Bağdaştırmanın zorluğu ve kavramlar arasındaki çelişkiyi görüyoruz. Ancak, sahip oldukları anayasalar himayesinde ve keyiflerince işlettikleri (adı) demokratik kurumların gölgesinde mutlak yönetimler olarak boy veren günümüzdeki bazı örnekler, bizi acilen demokrasi ile anayasallık arasında sınırlı yönetime imkân veren bir bağ bulmaya, bulamazsak da icat etmeye zorluyor. Buna, demokrasi ile hukuk devletinin ilişkisini tespit ederek başlayabiliriz. ‘Sınırlı iktidar’ın kavramsal karşılığı olarak kullandığımız ‘anayasal yönetim’in demokrasi ile ilişkisini şu bakış açısıyla kurabiliriz⁷.

Eğer demokrasiyi, halk egemenliği ilkesine dayalı ve halkın temsilcileri aracılığıyla yönetilmesinden ibaret bir tanıma sığdırıyorsak, yönetme yetkisini halktan alan bir temsili hükümeti niçin ve nasıl sınırlandıracağımız

⁴ M.SANCAR; “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı Güvencesi mi”, içinde: *Demokrasi ve Yargı*, s.44-57(s.44).

⁵ M.SANCAR; *Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı Güvencesi mi*”, *Demokrasi ve Yargı* s. 45’te bu düşüncüyü savunurken; “...bu iki terim saf halleriyle alındıklarında ve tek yanlı bir bakışla yorumlandıklarında uzlaşmaz karşıtlıklar olarak formüle bile edilebilirler.” demektedir.

Aynı konuda Bkz. Woodrow Wilson; *Seçme Parçalar*, s.61: “**İdari cihaz, bir demokraside monarşiye nispetle daha güç teşkilatlanır. Halk hâkimiyetinin tam anlamıyla gerçekleştirilmiş olması, bu hâkimiyetin teşkilâtlandırılmasını o nispette güçleştirmektedir. Bu gayeye ulaşabilmek için halk eskârı adını taşıyan çok taraflı bir hükümdarı aydınlatmak ve ikna etmek gerekiyor. Böyle bir teşebbüs ise, kral adını taşıyan tek bir hükümdara tesir etmekten çok daha güçtür.**”

⁶ M.TROPER; “Sınırlı İktidar; Hukuk Devleti ve Demokrasi”, içinde: *Demokrasi ve Yargı*, s. 12.

⁷ K.C.WHEARE; *Modern Anayasalar*, s. 179. “Eğer demokrasinin genel oy veya koşulların eşitliğinden daha fazla bir anlamı yoksa. Demokrasinin anayasal hükümeti ortaya çıkaracağı sonucuna hiçbir biçimde varılamaz.”

sorunu, demokrasi ile hukuk devleti arasındaki temel çelişki noktasını oluşturur; bunu görüyor ve kabul ediyoruz. Eğer halkın iktidarının sınırlandırılmayacağını, hukuk devletinin kuramsal temelinin bu amacı içermediğini ileri sürüyorsak, bu durumda demokrasiye ve hukuk devletine yeni tanımlar getirmek ve anayasal devleti de “sınırlı hükûmet” kavramından başka bir kavramla yeniden düşünmek zorundayız. Çünkü bu iki kavram arasındaki ilişkiye dair tartışmalarda demokrasi ve hukuk devleti arasındaki keskin bir tercihe dayalı bazı uç görüşler, siyasal sistemlerin karakterini belirlediğinde, sıkıntı doğmaktadır.

Görüşlerden biri bizatihi anayasanın kendisini bir rahatsızlık hatta haksızlık olarak gören pür demokrat bir bakış açısıyla şekillenmekte, diğeri ise demokrasiyi bir tehdit olarak gören pür anayasacı bir bakıştan kaynaklanmaktadır.

Demokrasinin, anayasal sınırlamalar yüzünden zayıflayacağı, anlamını kaybedeceği, özünden sapacağı yolundaki birinci bakış, yetkiyi ve otoriteyi sadece halka (veya millete) ait olduğunu iddia ettikleri bir egemenlik savına dayandırarak muhalefetin önünü kesiyor; tüm denetim ve sınırlandırma mekanizmalarını, son karar mercii saydıkları halk adına işlevsiz kılarak, halk adına bir zorbalık rejimini meşrulaştırıyorlar.

Egemenlik tanımını “halk egemenliği” ilkesinden almış ve meşrûyetini halka dayamış bir demokratik gücün, anayasal bentlerle engellenmezse bireysel özgürlükleri tahrip edeceği endişesi taşıyan ikinci bakış ise, egemen halkın iktidarı üzerinden değil, hukukun egemenliği üzerinden siyasal sistemi yeniden tanımlıyor. Bu bakışta iktidar, anayasa tarafından belirlenmiş ilkeler ve kurallara uygun olarak yönettiği sürece, otoritesine meşrû bir zemin kazandırır. Tartışmanın, sınırlandırılmış bir siyasi iktidar ile egemen bir halkı anayasal devlet çatısı altında birleştirmenin neden mümkün olamayacağına değil, nasıl mümkün olabileceğine dair verimli ve anlamlı bir sonuç üretmesini sağlamak zorundayız. İronik bir çağrışımı olsa da, bir gerçek var: Demokrasilerde çareler tükenmez. Yöneten bir demokrasi içinde iktidarı kontrol eden egemen bir toplum olabilmeyi gerçekten istiyorsak, otorite ile özgürlüğü uzlaştırmanın sebeplerini kavramak, formüllerini bulmak zorundayız.

Demokrasinin günümüz toplumları için şimdiye kadar ulaşılabilen en dinamik ve işlevsel, bu yönüyle de vazgeçilmez bir yönetim tekniği olduğunu tartışmıyoruz. Yukarıda değindiğimiz klasik tanımından kaynaklanan uygulama örnekleri, zaman zaman korkutucu ve istenmeyen çoğunluk baskıları yaratabilir ama şu ifade “yine de demokrasi” diyebilmemiz için yeterince açıklayıcıdır: **“Demokrasinin özellikleri olumsuzdur. İyi yönetimi garantilemez ama bazı kötülükleri engeller⁸.”** Bu nedenle ‘anayasal demokrasi’ kavramını, ‘anayasal’lığı ve demokrasiyi birbirinden ayırmak ve kavramın imkânsızlığını kanıtlamak için değil, anayasal bir yönetimin temel ilke ve kurallarını anayasalara koyarak ve o anayasaları siyasi iktidara bir zırh gibi giydirecek otorite ile özgürlüğü yerli yerinde tanımlamanın ve hukuk devletine ulaşmanın düşünsel temeli olarak ele alıyoruz.

2. Anayasal Devlet

Sorumuz şu idi: Demokrasi ile sınırlı yönetimi bağdaştırmaya bir başka deyişle anayasal demokrasiyi yaratmaya niçin mecburuz?

Bir anayasaya sahip olmak, anayasal devlet olmaya yetmiyor. Anayasalı bir devlette yönetiyor olmak da, siyasi iktidara tek başına meşrû bir hukuksal bir zemin sağlamıyor. Anayasalı bir devlette hukukun rolü, hukuku bulan yargıcın rolü ve siyasal iktidarı hukuk içinde tutmakla görevli ve yetkili anayasal kurumların rolü, her biri ayrı ayrı anayasalı bir devleti anayasal devlet kılmanın ve anayasal bir devleti hukuk devletine taşımanın köşe taşları niteliğinde üç temel sorundur. Demokratik devlet kuramını, halk ile devlet arasında kuracağımız ilişki içinde anlamaya çalıştığımızda, kuramın mantıksal öncülü, bu devletin halkın devleti olması gerektiğidir. “Demokratik devlet halkın devletidir”

veya “halk, devlettir.” Gerçek ise bu değildir. Siyasi iktidar devlet içinde kullanılan bir yetkidir, devlete ait bir yetkidir fakat siyasi iktidar, halka ait değildir. Devlet adına kullanılan siyasi iktidar yetkisi ne kadar artarsa, halkın egemen gücü o oranda azalır. Siyasi iktidarı dizginlemenin ve yetkilerini azaltmanın çeşitli yol ve yöntemleri bulunabilir. Temel kural iktidarı dizginlemenin, iktidarın demokratikleşmesini sağlamak amacıyla yapılmasıdır. **“Demokrasi, demokratik olarak erişilen şeylerdir⁹.”**

⁸ B.RUSSEL; İktidar, s.219.

⁹ H.MAYO; Demokratik Teoriye Giriş, s255.

Bu tanım, siyasal iktidarın demokratikliği sorununu sandığa yansıyan seçmen tercihine ilişkin bir kriterle değil, hukuka uygunluk kriteri ile değerlendirmemizi sağlar. Böyle bir demokrasi anlayışının iktidara kazandıracağı meşruiyet zemininde, hukukla güçlendirilmiş ve kayıtlanmış bir demokratik karakter vardır. Çünkü anayasal devlet, demokrasisini hukuk aracılığı ile ve hukuki araçlarla kuran ve koruyan bir devlettir.

İktidarın sınırlanması için hukuk devletinin ilke ve araçlarını kullandığımızda artık demokrasiyi çoğunluğun tahakküm aracı olarak kavramak için bir sebep kalmamıştır. Hukuk devleti yöntemlerinin demokrasiye aykırı olduğunu iddia etmek için çok kullanışlı bir kavram olan “halk” veya “milleti” ise şöyle kavrarsak, bu ihtimali de ortadan kaldırmış oluruz: Halk, çoğunluğa tekabül etmez. Halkın iradesinden de çoğunluğun veya parlamenter çoğunluğun iradesini anlamak mümkün değildir.

Anayasal bir devlette siyasal iktidar sorununun demokratik çözümü, bir taraftan siyasi iktidarı, yetkileri farklı devlet organları arasında paylaşmak suretiyle yayarak küçültmek iken, diğer yandan iktidarın kişisel olmasının önüne geçmektir. Demokrasi kişiye dayalı bir rejim değil, kurumsal bir rejimdir. Demokrasinin kişi hak ve özgürlükleri için sağladığı güvencenin kaynağı; iyi liderlerin verdikleri sözler değil, anayasal bir rejimin himayesinde iyi işleyen kurumların getirdikleri etkin denetimdir.

Anayasal demokrasinin, bir başka deyişle anayasaya bağlı ve anayasa ile kayıtlı yönetimin bir devleti niçin anayasal devlet kıldığı ve yönetim biçimi olarak niçin tercih edildiğinin cevabı şudur: ***“Yurttaşları, iktidarın teslim edildiği kişilerin korkusundan kurtaran, demokrasi dışında başka bir siyasal formül bilmiyoruz. Demokrasi genellikle keyfi ve kişiselleşmiş iktidarı bu özelliklerinden kurtarmada başarılı olmaktadır. Çünkü demokrasi bu amaç için yaratılmış bir mekanizmadır. Bu amaca hizmet ettiği sürece etkilidir”¹⁰***

Anayasal devlette, yönetimi anayasallaştırma zorunluluğunu dayandırdığımız bir gerekçe de “demokrasinin korunması” argümanına dayandırılır. Buna göre demokrasinin anayasa ile sınırlanması, demokrasiyi korumak açısından gereklidir. Çünkü anayasa ile sınırlanmamış demokrasi kendi yıkımına yol açar. Militan ya da mücadeleci demokrasi olarak da adlandı-

¹⁰ G.SARTORI; *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, s.466.

rılan bu yaklaşım, demokratik yönetime yönelik sınırlamaları, siyasal hakları ve bireysel özgürlükleri de kapsayacak şekilde genişleten politikaları savunur¹¹.

3. Hukuk Devleti

19. yüzyıl, modern devletin toplumu disipline etme yöntemlerini en üst düzeyde geliştirdiği bir yüzyılın hemen ardından, bu kez süreç içinde iktidarlarını yoğunlaştıran modern devlete karşı bireylerin özgürleşme taleplerinin yükseldiği bir yüzyıldır. Kuvvetler ayrılığının modern çağa özgü bir yönetim tekniği olarak tekrar gündeme çıkması da bu dönemde gerçekleşmiştir. Amaç, devlet gücünün yoğunlaşmasını önlemektir.

19. yüzyıl, devletin yönetsel bir mekanizmaya dönüştüğü ve araçsallaştığı bir dönemdir. Yaşanan devrimlerin de etkisiyle, toplumsal yapının ve iktidar ilişkilerinin dönüşmesi, ölümlü tanrı Leviathan'dan geriye iyi organize olmuş bir hükûmet, ordu, polis, idari teşkilat, yargı organı ve yetişmiş bir bürokrasi kalmasına neden olmuştur¹².

Hukuk devletinin doğuşunu açıklayan görüşlerin birleştiği nokta, bu devletin; genel olarak mutlak monarşilerin kuvvete dayanan devlet anlayışına karşı, burjuvazinin mücadelesinden doğmuş olmasıdır. Liberal kuram, hukuk devletini “gücün hakim olduğu zorba devlet” karşısında “hukukun egemen olduğu devlet” olarak tanımlar. Alman hukuk geleneğinde bu kavram “polis devleti”nin karşıtı olarak kullanılmıştır. Robert von Mohl, hukuk devletini tanımlarken, temel görevini “toplumun amaçlarını gerçekleştirmek” olarak belirlediği devlete bir misyon daha yüklemiştir: **“bireyin varlığını mümkün kılan ve bireyi devletin üstün gücünden koruyan devlet, hukuk devletidir”¹³.**

Kant'ın devlet anlayışında da hukuk devletinin özlü bir tanımını bulabiliyoruz. O'na göre devletin tek amacı hukuku korumak ve özgürlükleri teminat altına almaktır. Görevi de hukukun gerçekleştirilmesi ve hukuk

¹¹ “Almanya Federal Cumhuriyeti, Weimar Cumhuriyeti'nin aksine, temel hakların anayasanın öngördüğü özgürlükçü düzene karşı mücadelede kötüye kullanılmalarını kabul etmeyen, vatandaşlarından bu düzeni savunmalarını bekleyen bir demokrasidir. Bu demokrasi, temel düzenin düşmanlarına biçimsel açıdan yasallık çerçevesi içinde hareket etseler bile hoşgörü göstermez.” Fed. Alman Anayasa Mahkemesi'nin mücadelecî veya militan demokrasi nitelemelerini kullandığı bir karar olarak Bkz. BVerfGE 5,s.85 ve BVerfGE 30,s.119-120'den aktaran : M.SANCAR; Anayasal Demokrasi: ...,s.48, dipnot 11.

¹² Ernst Rudolph HUBER; “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, içinde: Hukuk Devleti, Der. Hayrettin ÖKÇESİZ, s.58-59.

¹³ Carl SCHMITT; “Der Rechtsstaat”, s. 109'dan AKTARAN; B. BEZCİ; Carl Schmitt'in Politik Felsefesi, s.24.

ihlallerinin engellenmesi şeklinde özetlenebilecek hukuk düzeninin muhafızlığından ibarettir. Kant bu anlayışını “hukuk devleti” formülü ifade etmiş ve “polis devleti” karşıtı olarak kullanmıştır¹⁴.

G.D.Vecchio, hukuk devletine Kant’ın tanımladığı şekliyle değil, şu şekilde yaklaşmaktadır: “Devlet, hukuku yegane gaye olarak telakki etmemeli ve fakat hukuka müsteniden ve hukuki şekilde hareket etmelidir. Her türlü faaliyetini daima hukûki şekilde yapmalıdır ve her hareketi genel iradenin tezahürü sıfatıyla kanuna dayanmalıdır¹⁵. Hukuk devletine bu yaklaşımda hareketle şu basit tanımı getirebiliriz: Hukuk için ve hukuk içinde devlet. Amacı hukuk olan, bu amaca ulaşmak için yöntemi de hukuk olan devlet. Hukuk devletini demokrasi içine yerleştiren ve demokrasi ile hukuk devleti ilişkisini “hukuk aracılığı ile hareket eden demokrasi” şeklinde kuran bir anlayışın köklerini, 18.yüzyıla kadar uzatanlara göre bu anlayışın temelinde kamu makamlarının yalnızca bir yasanın, yani genel ve soyut bir kuralın uygulanması zımnında hareket edebilmeleri vardır. Böyle algılanan hukuk devleti, iktidarın normlar hiyerarşisini de içeren bir örgütlenme biçiminden ibarettir. Siyasal özgürlüğün asıl güvencesini bu hiyerarşi oluşturur. Bunun iki temel nedeni vardır: Siyasal özgürlük kavramının kendisiyle ilintili olan birinci nedene göre siyasal özgürlük yasalara tâbi olmaktır. Yasalar arasında kurulan hiyerarşiye tâbi olmakla “öngörülebilirlik” ilkesi güvence altına alınmaktadır. İkinci neden ise şudur: Somut durumlar yürürlükteki somut bir yasaya dayanan somut kararlarla düzenlenir.

Bir yasanın doğrudan doğruya somut bir durumu düzenlemesi mümkün olmadığından, yasa koyucunun kararlar aracılığı ile sonuç doğurmaya elverişli genel ve soyut nitelikte yasa yapması gerekir. Bu görüş, Kelsen’in hukuk devletini normlar hiyerarşisine indirgeyen bakışının özetidir¹⁶. Kelsen düşüncesinde devlet ve hukuk sistemi kavramları iç içe geçmekte ve her hukuk sistemi kendi içinde bir hiyerarşiye sahip olduğundan, her devlet de zorunlu olarak hukuk devleti olmaktadır.

Bu çizgide düşünecek olursak demokratik devlet ile despotik devlet arasında hukuk devleti olmak bakımından bir fark yoktur. Dolayısıyla hukuk devletinde normlar hiyerarşisine uygunluk gözetilerek yasa yapılmasının

¹⁴ AKTARAN: G.DEL VECCHIO; *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 402.

¹⁵ G.D.VECCHIO; *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 405

¹⁶ Bkz. H.KELSEN; *General Theory of Law and State*, p. 32vd., *Introduction to Problems of Legal Theory*, s. 47 vd., *Pure Theory of Law*, s22 vd.

İktidarın sınırlandırılması açısından bir güvence getirdiğini söyleyemeyiz¹⁷.

Oysa hukuk devleti, hukukun tutarlı uygulanışı için gerekli bir ilke olmasının yanında ve bundan fazla olarak, siyasal meşruluğu hukuk kriterine bağlamanın da bir ilkesidir. A.V. Dicey'e göre hukuk devleti üç asgari ilkeye göre belirlenir¹⁸.

- Hiç kimse olağan şekilde yapılmış hukuka göre olağan mahkemeler karşısında hukuk ihlallerinin yargılanması dışında cezalandırılmaz, bedensel ve mal varlığı ile ilgili kısıtlamalara tâbi tutulamaz. Bu anlamda hukuk devleti, geniş ve keyfi kararlara tâbi olmanın tersidir.
- Hangi toplumsal sınıftan veya mevkiden olursa olsun herkes eşit şekilde memleketin olağan kanunlarına tâbi olmalıdır.
- Toplumsal düzende hukuki ruh önde gelmelidir.

Hukuk devletine özgü bu belirleme dahi gösteriyor ki hukuk devleti, liberal bir düşüncenin ürünüdür ve birey merkez alınarak oluşturulan bir toplumsal düzende güvenli bir yaşamın her birey için temin edildiği bir düzenin adıdır. Yine bu üç ilke bütün olarak değerlendirildiğinde, toplumsal ilişkiler dokusunun hukuk algısına göre tanımlandığı dikkat çeker. Bu, hukuk tarafından betimlenmiş olağan bir yaşamın sürdüğü toplumdur. Bunun karşıtı olan olağanüstü hal, anayasa hukukçularının minimize etmek için çaba gösterdikleri, sadece yoğun siyasal bunalım koşullarında

kısa süreli olarak kabul edilebilir bir yaşamdır. Yine bu toplum, “hukukun ruhu”nu sadece olağan yargı mercilerinin ifadeye kavuşturdıkları dikkate alınarak, bireylerin hak ve yükümlülüklerini tanımlamada yargıçların kilit rol oynadıkları, deyim yerindeyse yargıçların her türlü idari karar alıcının üstünde olduğu bir tür “yargıçlar devleti”dir. Nitekim Dicey, İngiliz Anayasa hukukunun üstünlüğünü bu hukukun yargı kararları ile (kendi deyişimiyle; yargısal yasama yoluyla) yapılmasında görür. Bu yaklaşım, hukuk devletini teminat altına almakta temel rolü yargıya terk etmektedir.

Hukuk devleti konusunda benzer bir yaklaşım J. Habermas'da görülür. O'na göre zordan ve müdahaleden arınmış siyasal kamusal müzakere,

¹⁷ M.TROPER; “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi”, s.18.

¹⁸ A.V.DICEY; *Introduction of the Study of the Law of the Constitution*, s. 182.

kurumsal güvencelerini burjuva hukuk devletinde bulur. Hukuk devleti, ideal olarak bütün devlet faaliyetlerinin kamuoyu aracılığı ile meşrulaştırılmış normlara dayandırılmasıdır. Hukuk devleti, tarafsızlaştırılmış ve zordan arındırılmış özel alanın ihtiyaçlarına tâbi kılınmış bir devlettir¹⁹. Yetkiye uygunluk ve hukuksal biçimsellik hukuk devletinin kriterleri, rasyonel idare ve bağımsız yargı hukuk devleti örgütlenmesinin önkoşuludur. Yasa herkes için eşit derecede bağlayıcı olmalı, ilke olarak istisna ve imtiyaza açık olmamalıdır. Habermas'a göre hukuk devleti, ABD ve Kara Avrupasında Amerikan ve Fransız devrimlerinin etkisiyle anayasal devlet biçimini alır. 18. yüzyıl'dan başlayarak devletin kamu otoritesi haline gelişinin evrimi, aynı zamanda hukuk devletinin anayasal devlet haline gelişinin de evrimidir.

Sürecin kronolojik gelişimi bu yönde olmakla birlikte, hukuk devletinin ilke ve ideallerini anayasal devlette yaşatabilmek sorunu, günümüz anayasal devletlerini hukuk devletine taşıyabilmekle aşılacak bir sorundur. Hukuk devletini, demokratik yönetim biçimini hukuka bağlı egemenliğe dayalı bir anayasa ile kurumsallaştırmak anlamında anayasal devletin amacı olarak görmek, bize göre doğru bir yaklaşımdır.

Tarihsel olarak bu aşamadayız. Ancak sahip olduğumuz kurumlar, bu kurumlara anayasa ile kazandırdığımız yapı ve yüklediğimiz işlevlere baktığımızda şu soruyu sormak ve cevabını araştırmak zorundayız? Biz bu yolun ne kadarını kat ettik? Hukuk devletine ne kadar yolumuz kaldı?

II. HUKUK DEVLETİ YOLUNDA İLERLERKEN

1. Anayasal Engeller

a. Güçler Ayrılığına Dayalı Bir Yönetimi Gerçekleştirmede Yaşanan Sorunlar

Hukuk devleti, hukukun egemenliğindeki devlettir. Hukukla sınırlanmış bir devlettir. Sınırlı devleti kurmak ve siyasi iktidarın sınırlarını önce tespit edip, sonra korumak amacıyla yapılması beklenen anayasalar için bugün gündemde olan sorun, devlet adına egemenlik yetkisini kullanan iktidarı gerçek anlamda sınırlamanın kural, kurum ve yöntemlerini yeniden düşünmek ve formüle etmektir. Partiler eliyle yürütülen politikaların ve partiler eliyle biçimlendirilen siyasal yapının günümüzde demokratik siyaseti doğrudan etkilediği ve klasik temsil kuramını nasıl dönüştürdüğü hatta

¹⁹ J. HABERMAS; *Kamusal Yaşamın Yapısal Dönüşümü*, s. 169.

tahrif ettiği gerçeğini kabul etmek ve bu bozulmanın nedenlerini tespit etmek zorundayız.

Çağımızda temsili sistemler, siyasal iktidarların, halkın bir kısmını oluşturan seçmen çoğunluğu tarafından kendilerine verilmiş olan yönetme yetkisinin anayasal sınırlarını aşmak için kullandığı yol ve yöntemlerin denendiği laboratuvarlar haline getirilmiştir. Buna bağlı olarak temsili sistemlerin en önemli sorunu da, halkın iktidara verdiği yönetme yetkisinin halka rağmen kullanılma ihtimalini bertaraf etmenin yol ve yöntemlerini aramak ve bulmak zorunda olmalarıdır. Bulunabilen en akılcı çözüm, iktidarı anayasa çemberine alarak hukukla sınırlamak olmuştur.

İktidar görev ve yetkisini, devlet fonksiyonlarının yerine getirilmesi ve bu amaçla devlet gücünün kullanılması olarak belirlediğimizde dikkatimizi, bu fonksiyonları üstlenen devlet organlarının işleyişine yöneltiyoruz. **“Kötüye kullanılmaması için gücün, bir başka güçle durdurulabilmesi gerekir”²⁰.** Montesquieu için bu ilke, özgürlüklerin korunabilmesinin tek yoludur. Bir başka deyişle devlette fonksiyonlar o şekilde örgütlenmelidir ki, karşılıklı olarak birbirlerini frenleyebilsinler. Daha sonra buna “fren ve denge sistemi” de denmiştir. Montesquieu bu temel düşünce çizgisinde devletin üç temel fonksiyonuna denk gelen üç kuvveti ayırmıştır: yasama, yürütme ve yargı. Bu kuvvetler birbirlerinden bağımsız olarak ayrı yetkiler dahilinde kullanılmalıdır. Fakat devletin fonksiyonları itibarıyla ayrı kuvvetler şeklinde örgütlenmesi ve bu kuvvetlerden her birinin diğerlerinden bağımsız bir devlet yetkisi olarak kullanılması öncelikle “egemenliğin teklifi ve devredilmezliği” ilkesi ile bağdaşmaz.

Dolayısıyla kuvvetlerin keskin bir ayrılığını ne tasarlamak ne de pratiğe aktarmak mümkündür. G.Del Vecchio’ya göre burada söz konusu olan ayrı kuvvetler değil ayrı organlardır ve bunlar kullandıkları yetkinin niteliğine göre değil, işlevleri itibarıyla birbirlerinden ayrılırlar ve bu da mutlak bir ayırım değil, belli bir organın bu üç fonksiyondan yalnız birini ifa etmesi anlamındadır²¹. Ancak bunun dahi, daima böyle işleyeceği garanti edilemez. “Üç ayrı fonksiyona üç ayrı organ” olarak ifade edebileceğimiz klasik kuvvetler ayrılığı kuramının sahibi Montesquieu bile yargıyı diğer

²⁰ Baron De MONTESQUIEU; *Yasaların Ruhu, içinde: Batıya Yön Veren Metinler, C.3, s. 156., L.LIPSON; Politika Biliminin Temel Sorunları, s. 342., J.BRYCE; Amerikan Siyasi Rejimi, s. 87.*

²¹ G.Del VECCHIO-S.K. YETKİN; *Hukuk Felsefesi Dersleri, s. 76.*

iki kuvvet karşısında zayıf bir konuma oturtmuş, hatta yargının bir iktidar dahi sayılmaması gerektiğini vurgulamıştır.

Vecchio, “Montesquieu’nun Doktrini” olarak isimlendirdiği bu kuramın ; *“doğru olmayan yönlerinin varlığına rağmen yeni anayasalar için temel vazifesi gören bir ilke üzerine dikkat çekmek meziyetini haiz olduğunu”*²².” belirtmek suretiyle, siyasi iktidarı hukukla sınırlama niyet ve arayışlarının temelinde bu doktrinin etkin bir rol oynadığını kabul etmektedir.

Uygulamalar göstermiştir ki, demokratik bir yönetimde olağan dönemlerde en tehlikeli tecavüzler yürütme organından değil yasama organından gelmektedir. Yürütmeyi harekete geçiren kuvvet olan yasama organı, yargı organının kontrolü olmadıkça saldırgan bir karaktere bürünmektedir²³. Sistemin dengesini kurmak bakımından mahkemeler çoğu kez yetersiz kalmaktadır. Haklar ve özgürlüklerin siyasi nitelikli devlet fonksiyonları olan yasama ve yürütmenin tehdidinden korunması için çağımızda yargı fonksiyonunun güçlendirildiği bir kuvvetler ayrılığı modelinin anayasal devlette yeniden yapılandırılması, hukuk devletinin tahkimi için zorunludur.

b. Siyasal İktidarın Hukukla Sınırlandırılmasında Yaşanan Güçlükler
Sorunun düğümlendiği noktada hukuk kavramına yönelmek ve siyasetin hukuk duvarını nasıl örmemiz gerektiği konusunda yeniden düşünmek şart olmuştur. Basit bir tanım: Hukuk esas olarak bir sınır, muhtelif süjelerin hareketleri arasında objektif bir düzen, bir arada yaşama veya var olma kuralıdır²⁴. Hukuk esas itibarıyla ihlâl edilmeye müsaittir ve ihlâl edilebildiği için vardır. Bu anlamda hukuk, hak ve haksızlığın birbirine bağlı ve birbirinin tamamlayıcısı olduğu bir değerler düzeninde hakkın sahibine teslimi ve haksızlığın düzeltilmesi yoluyla düzenin sürdürülmesinden sorumludur.

Böyle bir misyonla yüklü hukuk, hem yönetenin ve yönetilenin bireysel alanlarının, hem de yönetenin yetki alanındaki tüm eylem ve işlemlerin sınırlarını çizer. Bir anayasa ile sınırlanması günümüzde mutlak bir zorun-

²² G.DEL VECCHIO; *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 388.

²³ Bkz. W.WILSON; *Seçme Parçalar*; s. 17.

²⁴ G.Del VECCHIO; *Hukuk Felsefesine Giriş*, s.300.

luluk haline gelmiş olan siyasal erkin, hukuk için ve hukuk içinde işleyen bir otorite sayılabilmesi, siyasetin gereklilikleri ile değil, siyasetin eylem çerçevesini çizen ve siyaseti tüm kurum, kural, ilke ve süreçleri ile anayasal bir yapı içine yerleştiren hukukun değerleri ile ölçülür.

Bir başka deyişle siyasal erkin meşruiyeti, otoritesinin dayanakları ile ilgili bir durum olmanın dışında, yetkilerinin kullanılma biçim ve yöntemi ile de ilgili bir durumdur. Bu nedenle bir yönetimin hukuk devleti kalıbında işleyip işlemediğini iki yönlü bir inceleme ile doğrularız: Birincisi, mevcut hukuk düzeninin yönetenin otoritesini hangi kaynağa bağladığına dair; ikincisi, yönetenin otoritesini kurmak üzere kullandığı yetkileri hangi çerçevede, nasıl ve ne amaçla kullandığına dair bir incelemedir²⁵. Bu görüşümüzü Duguit'e giderek gerekçelendirelim²⁶:

“Hukuka tâbi olmak demek, objektif hukukun aktif ve pasif, müspet ve menfi şekillerde emrettiği yolda yürümek ve belirlediği görevleri yapmak demektir. Ancak bu şartla ve görevlerini başardıkları sürece hükümet edenlerin otoritesi meşrû olur ve buna uyma, bireyler için hukuki bir görev haline gelir. Hükümet edenlerin bir emir veya işleminin bireyler için uyma zorunluluğu doğurmasının şartı, onların herkesin iradesinden üstün ve yönetme hakkıyla donatılmış bir iradeye sahip olması gibi hayâli bir şey değil, sadece bu emir ve işlemin konusu ve amacı itibarıyla objektif hukuka uygun olmasıdır. Hükümet edenlerin egemenlik diye bir hakkı yoktur. Egemenliğin süjesi ve sahibi kimdir ve bu hakkı kim kullanacaktır diye bir mesele de yoktur. Olan şey şudur: yönetenlere ve yönetilenlere aynı anda hitap eden, herkese gücüne ve toplumdaki konumuna göre görev veren bir objektif hukuk vardır. Bu hukuka uygun olan ve bu hukuktan doğan irade tezahürlerine herkes uymalıdır. Şu halde bütün mesele hukukun yönetenler için belirlediği görevlerin bilinmesi ve yerine getirilmesidir.”

c. Anayasallaşma Sürecinde Yaşanan Aksaklıklar

Anayasacılık belli anlamları çağrıştıran bir kavramdır. Hukuka bağlı ege-

²⁵ Bkz. 1982 AY m.6: “Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir. Türk milleti egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eli ile kullanır. Egemenliğin kullanılması hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılmaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz.” Görülüyor ki, anayasal bir hukuk sisteminin anayasası uyarınca; siyasi iktidarın otoritesinin kaynağında millet, otoritenin kullanımının kaynağında anayasa (hukuk) vardır.

²⁶ AKTARAN: Ali Fuat BAŞGİL; Ana Hukuk, s.206-207.

menlik anlayışı ve hukukun üstünlüğüne dayalı bir egemenlik kullanımı, iktidarın sınırlandırılmasında başlı başına etkin bir yöntemdir. İktidarın hukukla sınırlandırılması konusunda kabul görmüş en etkili yöntem, anayasallaşmadır. Anayasallaşma kavramının özünde, hukukun üstünlüğü inancı ve hukuka bağlılık kararlılığı vardır. Anayasallaşma, yöneticilerin devleti keyfi iradeleri doğrultusunda değil, hukukun evrensel ilkeleri üzerine bina edilmiş bir anayasaya göre yönetmesi düşüncesini içerir. Siyasi iktidarın yetki alanını daraltan bu sınırlamanın amacı, yurttaşların temel özgürlük alanlarını güvence altına almaktır.

Anayasallaşma, iktidar tekelleşmesinin yol açacağı zorbalıkları önler ve siyasal iktidarın özgürlükler lehine sınırlandırılmasını gerektirir. Anayasacılığın siyasi iktidarın elini güçlendirmek için değil, iktidarı hukukla sınırlandırmak için geliştirilmiş bir yönetim tekniği olarak modern toplumda kabul görmesi, nispeten yeni bir gelişmedir. Anayasalar, kendilerine ihtiyaç duyulduğu ilk zamandan bu yana, belli bir rejimde yöneten gücü dizginlemek veya ehliştirmenin kurallarını formüle eden belgeler olarak kabul edilmişlerdir. Yönetenin statü ve yetkilerini, yöneten-yönetilen ilişkilerini düzenleyen kuralları ve bunların nasıl yorumlanması gerektiğini açıklayan bir dogmatik inşa etmek, anayasacıların başlıca iştiğal sahası olmuştur²⁷. Bu yönüyle anayasacılık, batı kültürünün biçimlediği bir olgudur. Devleti ve devlette iktidarı sınırlayan ve kişi haklarını güvence altına alan belgeler olarak anayasaların, doğru toplumlarının hukuk düzenlerinde yerini alması, batıdaki gelişmelerin etkisiyle olmuştur. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 16. maddesindeki **“İnsan haklarının korunmadığı ve kuvvetler ayrılığının sağlanmadığı toplumlar asla bir anayasaya sahip sayılamazlar.”** İfadesi, bir anayasanın temel işlevinin devleti anayasal sınırlar içinde tutmak olduğunu açıkça ortaya koymaktadır²⁸.

Günümüzde demokratik anayasayı isimlendirmekte kullanılan “sivil” terimi, anayasanın yurttaşlar arasındaki bir sözleşme belgesi olduğu hususunu vurgulaması bakımından önemlidir. Bu sözleşmenin temel konusu da, çıkarları doğrultusunda birleştirdikleri iradelerinin ürünü olan devletin, bireyi tanıyan, koruyan ve toplumsal çıkarları gözeten bir görev ve sorumlulukla doğmuş olmasıdır.

²⁷ Bakır ÇAĞLAR; *Anayasa Bilimi*, s. 3.

²⁸ Erdoğlan TEZİÇ; *Anayasa Hukuku*, s.2, Karl J. FRIEDRICH; *Sınırlı Devlet*, çev. Mehmet Turhan, ÖNSÖZ, s. 8.

Sözleşme kuramının sonuçları ile anayasallaşma olgusunu birleştirdiğimizde bireysel özgürlükler temelinde sınırlandırdığımız siyasi iktidarların, çağdaş demokrasilerdeki anayasacılık anlayışının odağında yerini aldığını görürüz. İşlevi, bireysel özgürlükleri siyasal iktidara karşı korumak olarak belirlenmiş olan anayasal devlet, devleti hukukla sınırlandırma düşüncesinde önemli bir adımdır.

Anayasal devleti, iktidarı sınırlama amacına yoğunlaştıran nedenleri, demokrasi algımızdan süzülen bilgiler ışığında şöyle özetleyebiliriz: Demokrasi için yapılan bütün tanımların ortak paydasında “halk”, bütün tanımların ortak çekince alanında da “çoğunluk iradesi” vardır. Basit ve dar bir şekilde demokrasiyi “çoğunluğun hukukla sınırlandığı bir yönetim biçimi” olarak tanımlayabiliriz.

“Halk egemenliğine dayanan ve halkın iradesiyle belirlenen siyasal karar alma organlarınca yönetim yetkilerinin kullanıldığı bir yönetim biçimi” olarak tanımlanan demokrasi, egemenliğin kaynağı sorusuna bir cevap getiriyorsa da, kavrama gerçek anlamını veren “egemenliğin kullanımı” konusunda hiçbir şey söylemiyor. Halka dayanan ve halk iradesiyle biçimlenen yönetimi demokratik kılan, halkın bir parçasını (azınlığı), yönetenin arkasına aldığı diğer parçasına (çoğunluğa) boğdurmamaktır. Anayasal devlet bu amaçla ortaya çıkan, çoğunluğun sınırlı yönetimine, anayasası ile biçim veren bir devlettir.

Özellikle de, çağdaş demokratik yönetim örneklerinde sıkça rastladığımız, seçimlere düşük katılımın temsilde adalet ilkesini çiğneyen seçim sistemleri ile birleşmesi sonucu ortaya çıkan azınlık yönetimlerinin, çoğunluğun yönetimi olarak tasarlanan demokrasileri daha da bozan etkileri, anayasaların demokratik hukukun ilke ve güvencelerini kapsamaması ihtiyacını daha da artırmıştır.

Anayasacılığa bu bakış açısıyla yaklaştığımızda, çağrıştırdığı anlamlar daha da önem kazanmaktadır. Öncelikle, üstün bir hukukla iktidarın sınırlandırılması gereği bu kavramla doğrudan ilgilidir. Siyasi iktidarın yetkilerini keyfi değil, üzerinde uzlaşmış adil kurallar aracılığı ile kullanabileceği, anayasacılığın tartışılmaz gereğidir. İktidarın yetkisine getirilen sınırlamaların sebebi, yurttaşların özgürlük alanlarını güvenceye almaktır. Yazılı

anayasacılığın tarihini ancak 18. yüzyıl'a kadar geri götürebiliyor olmamıza rağmen, hukuka dayalı bir yönetim anlayışının izlerini daha uzak bir geçmişte bulmamız mümkündür. “İnsanların değil, yasaların hükûmeti²⁹” formülünde billurlaşan, hukukun egemenliğine dayalı sınırlı yönetim anlayışı Ortaçağdan taşınıp modern siyasal düşüncenin temelinde yerini alırken, “hangi hukukun” sorusuna aranan cevaplarla gelişip biçimlendirilmiş, meşruiyet temelleri farklı ilke ve referanslara dayandırılmış yeni bir hukuk anlayışı da hukuk devletinin yolculuğuna eşlik etmiştir.

Bu süreçte, anayasalar kendilerine ihtiyaç duyulduğu ilk zamandan bu yana, belli bir rejimde yöneten gücü dizginlemek veya ehlileştiririnin kurallarını formüle eden belgeler olarak kabul edilmişlerdir. Yönetenin statü ve yetkilerini, yöneten-yönetilen ilişkilerini düzenleyen kuralları ve bunların nasıl yorumlanması gerektiğini açıklayan bir dogmatik inşâ etmek, anayasacıların başlıca iştiğal sahası olmuştur³⁰. Anayasacılıkta iktidarı sınırlandırmak maksadıyla ulaşılan her yeni gelişme, hukuk devletine giden yolu biraz daha kısaltacaktır.

d. İktidarın Sınırlanmasında Özgürlük-Otorite Dengesini Kurma Sorunu

Anayasaya siyasi iktidarın yetki ve görevlerini çerçeveleyen ve otoritesini sınırlayan bir belge işlevi yüklediğimizde, öncelikle üzerinde durmamız gereken konu bu görev ve yetkilerin sınırlandırılmasında hangi kriteri kullanılacağıdır.

Aslında bu sınırlamaların doğası ve buna bağlı olarak iktidar üzerinde bu sınırlamaların dolayısıyla anayasanın ne derece etkili olacağı, anayasayı yapanların korumak istediği değerlerle ilgilidir.

Liberal felsefenin en güçlü yansıtıcısı sayabileceğimiz ABD Anayasası'nı yapanlar, kurulacak yeni devlette yönetimin özellikle bireyin temel haklarını çiğnemeyecek bir biçimde oluşmasını zorunlu görmekteydiler. Güçleri, birbirlerine karşı fren ve denge oluşturacak biçimde ayrı ellerde toplama gayret ve tasavvuru, zorba bir devletin ortaya çıkması tehlikesini önlemek içindi. Bu amaçla, anayasaya federal devletin yetkilerini sınırlı biçimde sayan hükümler koymakla yetinilmiş, yasama ve yürütme organ-

²⁹ Bkz. K.LOWENSTEIN; *Political Power and The Governmental Process*, s. 117.

³⁰ B.ÇAĞLAR; *Anayasa Bilimi*, s. 3.

ları arasındaki görev ve yetki sınırı ise net bir biçimde çekilmiştir. Ancak değişen koşullar nedeniyle işlemez hale gelerek saygınlığının azalacağı düşüncesiyle esnek tutulan anayasa metni, yönetim erkini yetkilendirme konusunda hasis davranılmasına rağmen güçlü bir merkezi devletin oluşumunu engelleyememiştir³¹.

Bugün anayasal devlette, devlet organlarının ve kurumların yetkilerinin kaynağı olan ve yetki çerçevesini çizen anayasaların iktidarın kötüye kullanımı tehlikesini hangi mekanizmalarla önleyeceği veya kontrol altında tutacağı sorunu, tüm anayasal sistemlerin en önemli sorunudur. Özgürlük, iktidara sınır koyulmasını gerektirir. Ancak L. Lipson'un deyiimi ile bir atın boynuna dizgin takmakla ayağına bukağı vurmak farklı şeylerdir³². Siyasal erki denetlemek ile kösteklemek aynı şey değildir. İktidar olgusuna yönelen bakış, siyasal gücün denetiminde her iki yönde aşırı bir tutumu doğurabiliyor. Yönetenin gücünü ve yetkisini kötüye kullanması tehdidini öncelikli ve mutlaka engellenmesi gereken bir tehdit olarak görenler için anayasallaşma, iktidarı mutlak anlamda sınırlamanın yol ve yöntemidir. Hukukun üstünlüğü, siyasetin yolunu daraltan bir yığın yasak halinde düşünülürse, kontrol, sınırlamalardan ibaret bir anayasallaşma özgürlüklerin güvencesi olarak tasarlanırsa, anayasallaşma; hukuk devletine giden yolun istinat duvarı değil, iktidar önündeki anayasa duvarı olmaktadır. Kötüye kullanılma ihtimaline karşı iktidarı sınırlamak, bir gereklilik hatta bir zorunluluktur ama iktidarı mutlak bir kötülük saymak, devletli bir toplumda yaşadığımız gerçeğini göz ardı etmektir. Anayasallaşmanın konusu önce iktidarın nasıl kullanılacağı, sonra da iktidarın kötüye kullanılabilme ihtimalinin sebep ve biçimlerini öngörme ve bunlara karşı tedbirler almak olmalıdır.

Ancak bu sorun kadar önemli olan bir başka sorun da, bu mekanizmaları işletirken doğru amaca yönelmektir. Anayasal yetki kullanan devlet kurumlarının, bu yetkilerini iktidarı denetlemek ve hukuk içinde tutmak için mi, yoksa kösteklemek için mi kullandığını ayırt edebilmek önemlidir. Çünkü bir devlet, faaliyet halindeki bir siyasal örgüttür. Bu faaliyetin aracı ise siyasal iktidardır. Anayasallıktan beklenen, devlet faaliyetini engellemek değil, hukuk içinde tutmaktır. Anayasallaşma kavramını siyasi iktidarın neleri yapamayacağına özgülenmiş bir dizi anayasal düzenleme olarak

³¹ L. H.TRIBBE; *American Constitutional Law*, L.LIPSON; *Politika Biliminin Temel Sorunları*, s. 339-340.

³² L.LIPSON; *Politika Biliminin Temel Sorunları*, s.86.

değil, devleti; “tüm devlet organları ve kurumlarının faaliyetlerini hukuk içinde yürüttükleri, karşılıklı denge ve denetler içinde işleyen bir kurumsal ilişkiler ağının örgütü” olarak düşünmek durumundayız.

Hukukun üstünlüğü amacına, anayasayı bir yığın yasakla doldurarak ulaşılamaz. Hükûmetlerin neleri yapamayacakları konusundaki denetler, yasaklar ve sınırlamalar, anayasallaşmanın özü ve kişi hürriyetlerinin güvencesidir. Ama içeriği, siyasi iktidarın neleri yapamayacağı konusundaki kurallarla doldurulmuş bir anayasa yoluyla etkin bir anayasal devlet düzeninin kurulmasını beklemek de boş bir hayaldir.

Anayasal devlet, özgürlük-otorite dengesini kurmak ve korumak zorundadır. Son dönemde anayasacılığı temel hak ve özgürlükler sorununa özgülemek ve demokratik anayasacılığa ilişkin tüm sorunları sadece bu boyuta indirgemek gibi güçlü bir eğilim gözlenmektedir. Bunun aslında anayasacılık tartışmalarının kaynağındaki liberal bakışın ürünü olduğunu görebiliyoruz. Hukuku can ve mal güvenliğini sağlama anlamına gelen “zorbalığı engelleme tekniği” olarak gören liberal düşünce³³, anayasayı hak ve özgürlükleri koruma probleminin çözümü olarak kullanmaktadır. Oysa demokrasi teorisi içinde sık sık dillendirilip güncel siyasi tartışmalara da yansıyan yöneten-yönetilen demokrasi kavramlarının çağrıştırdığı temel bir problem vardır ki, bu problemin varlığını saptamak, anayasal düzlemde tartışılan pek çok soruna farklı bir bakış açısıyla yaklaşmamızı da sağlayacaktır. Demokrasi bir yönüyle birey-toplum-devlet ilişkilerinin ilkesel ve kurumsal rehberi iken diğer yönüyle bir siyasal yapılanma biçimidir. Bir başka deyişle demokrasi sadece yaşam tarzının, bireyin toplumla ve devletle ilişkilerinin özgürlük haritası değil, bir iktidar verme ve iktidar kullanma tekniğidir, ayrıca sadece toplumsal ve politik alanın değil, aynı zamanda hukukun da konusudur³⁴. İ. Kaboğlu benzer sonuca başka bir bağlamda konuyu ele alarak ulaşmıştır. O’na göre³⁵, çağdaş anayasa hukuku üç boyutludur. Bunlar, kurumsal anayasa hukuku, özgürlükler anayasa hukuku ve içtihadî anayasa hukuku (anayasa hukuku uygulaması) olarak ayrılır ve bir bütünün sacayaklarını oluştururlar. O’nun deyişiyle “uygulama alanının kurumlar, normlar ve özgürlüklerle genişlemiş olması”na bizim bağladığımız sonuç, anayasacılığı salt özgürlüklere özgüleme-

³³ B.ÇAĞLAR; *Bir Anayasacının Seyir Defteri*, s. 23.

³⁴ B.ÇAĞLAR; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, içinde: *Anayasa Yargısı-7*, s.57-127 (s.57).

³⁵ İ.KABOĞLU; *Anayasa Hukuku-Genel Esaslar*, s. 35-37.

nin yanlış olduğu, anayasa ile kurulan kurumsal dengeleri ve bu dengeleri kuran ve koruyan normatif çatıyı da gözetmenin, anayasacılığın ilgi ve duyarlık alanında olması gerektiğidir. B. Çağlar, aynı konuyu anayasayı kurucu yazımlı anayasa ve içtihadi anayasa olarak ikiye ayırarak inceler. O'na göre de M. Haurio'nun kullandığı anlamda “politik anayasa” kamu iktidarını düzenlerken, içtihadi anayasa sivil toplumu düzenler ve muhtariyeti korur. Bu, aynı zamanda anayasanın politik ve sosyal iki boyutuna tekabül eder. Her iki anayasanın yazımı farklıdır³⁶.

Anayasallaşmanın amacı, önce iktidarın nasıl kullanılacağını düzenlemek, sonra da kötüye kullanılma ihtimalini bertaraf edecek yasal ve kurumsal önlemleri geliştirmek olmalıdır. Amaç “iktidarı sınırlamak” olarak vurgulandığında, demokratik siyaset hareket alanı daraltılmış, özgürlükçü hedeflere yönelik politikalar üretme ve uygulama yetenekleri körelmiş aktörlerle oynanan verimsiz ve heyecansız bir oyuna dönüşür.

2. Hukuk Devletinde Hukukun İşlevi

Bir anayasaya sahip olmanın anayasal devlet olmaya yetmediği, ayrıca anayasal bir devlette yönetiyor olmanın da siyasi iktidara tek başına haklılık kazandırmadığını, açıklamaya ve gerekçelendirmeye çalıştık. “Çağdaş demokrasilerin anayasal bir statüde örgütlenmesi” diye tanımlayabileceğimiz anayasal devletlerin hepsinde halk var, seçim var, temsili kurumlar var, yasa var, hukuk var ama aynı zamanda sonu gelmez bir demokrasi ve meşruiyet tartışması var. O zaman biz anayasal hukuk devletini bu unsurların varlığında değil, bu unsurların anlamlı terkinde aramalıyız.

Devletin varlık alanı ve varlık göstergesi olan hukukun hangi zeminde, nasıl ve kimin tarafından biçimlendirildiği, önemli bir devlet fonksiyonu olan yargının anayasal bir devlette hangi meşruiyete dayandığına dair cevaplar vermeden hukuk devletine giden yolda mesafe alamayız. Siyasal bir örgütlenme olan devletin, çıplak güç kullanımına dayanan diğer örgütlerden adalet temelinde ayrıldığı çok eski çağlardan beri bilinmektedir. Devletin ayırt edici niteliği olarak adaletin de hukuktan ayrı düşünülemediği yine epeyce eski bir bilgidir. Modern devlet anlayışında adalet, insanların özgür ve eşit yaratılmış oldukları düşüncesine yaslanır. Bu düşüncenin hukuk anlayışı, “insanların hukuk önünde eşitliği (statü

³⁶ B.ÇAĞLAR; “Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, İçinde: *Anayasa Yargısı*-8, s. 27 vd.

ayrıcalıklarının reddi) esasının kabulü ile birlikte, hukukun; “her insanın birey olarak sahip olduğu hak ve özgürlükleri güvence altına alacak bir biçimde inşa edilen bir kurallar sistemi” olarak anlaşılmasıdır. Böyle bir hukuk anlayışının da, ortaya çıkışından itibaren hukuku meydana getiren kuralların bireylerin rızasına dayandırılması gerektiği, dolayısıyla modernlik öncesinin ilâhi meşruiyet temeli yerine toplumsal rızaya dayanan bir meşruiyet zeminini zorunlu kıldığı açıktır.

Bu nedenle;

- Kendi hukukuna tâbi ve kendi yaptığı yasayla yöneten erkin hükmettiği yerde ne hukuk devletinin hukuku vardır, ne hukuk devletinin yarası.
- Bir hukuk düzeninde yasa adını alan kurallar, bireyler açısından düzenlendikleri alanlarda öngörülebilir nitelikte olmalıdır ve uygulamanın sürekliliği sağlanmalıdır. Buna “yasanın istikrarı” deriz. Süreklilik veya istikrar, yasanın kesinliği ilkesine mutlaka eklenmesi gereken bir niteliktir. Bağlayıcı, ihlâli halinde uygulanacak yaptırım konusunda açık ve ayrıntılı olmakla kesinlik kazanan bir yasa, eğer ne zaman ve kimler için yürürlükte olduğu konusunda bir belirsizlik yaratıyorsa, yasalarla sağlanması amaçlanan özgürlükçü düzeni kuramayacağı gibi, özgürlükleri tahrip eden bir sürecin de kaynağı olur³⁷.
- Hukuk devletinin hukuku, siyasetten bağımsızdır ve toplumu özgürleştirir. Hukuk siyasal iktidarın kontrol edilmesinde en önemli araçtır. Bu yüzden siyasal iktidardan bağımsız olması gerekir. Bunun tersi, hukuku; mutlak egemenlik geleneği içerisinde siyasal iktidarın toplumu denetlemek ama kendisini denetletmemek için kullandığı baskı aracına dönüştürür³⁸.
- Bu nedenle devlet, modern dünyada; 1. Bireylerin hukuk önünde eşit hak ve özgürlüklerini güvence altına alan, 2. Bu hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi için gerekeni yapmakla yükümlü, 3. Bu işlevlerini yerine getirebilmesi için hukuka uygun olarak işlemesi gereken bir mekanizmadır.

³⁷ F.A.HAYEK; *The Constitution of Liberty*, p.149-150’de; “Herkesin uyguladığı genel bir kuralın, bir emrin tam tersine her zaman bunu koyan eya belirleyen bir kişinin olmasını gerektirmediğini, genel kuralın emirden genelliği ve soyutluğu ile ayrıldığını, ...ancak yasaların içerikleri belirgin bir duruma geldikçe emrin gölgesi altına girdiklerini” belirtmiştir.

³⁸ H.ÇETİN; “Egemenlik ve Hukuk İlişkisi Üzerine”, s.9.

Meşru otoritenin beslemediği bir güç ilişkisine siyasi iktidar adı verilemeyeceğine göre³⁹, siyasi iktidarın kaçınılmaz olarak şu soruyu cevaplaması gerekir ki, yasaları adil, eylemleri haklı, emirleri uyulabilir, cezaları katlanılabilir, hataları mazur görülebilir olsun: neden ve ne adına, hangi amaç ve ne/kim için iktidar? Bu gücü kullanma hakkını ve yetkisini nereden aldın? Bu gücü nasıl kullanıyorsun?

Totaliter ve özgürlükçü devlet geleneği içinde, bu soruya verilecek cevaplar farklılaşacaktır. Hukukun yeri siyasal iktidarın ya yanındadır ya da karşısındadır. Bu yüzden hukuku tanımlama sorunu siyasi iktidarı tanımlama sorunudur.

Hukuku, siyasal iktidar tarafından belirlenen ve kullanılan bir araç olarak gören totaliter ve otoriter kuramlar, onu güç etki, otorite, hegemonya ve baskı unsuru olarak ele alır. Özgürlükçü düşünce geleneğinde ise hukuk, birey ve toplumun belirleyiciliği altında kullanılan bir güvenlik aracıdır. Birincisinde hukuk mutlak, aşkın, bir, bütün, bölünmez ve sınırlanamaz siyasal iktidarın bir aracı iken, ikinci kuramda bireysel haklara, toplumsal rızaya, adalete, özgürlük ve mülkiyetin korunmasına, siyasal iktidarın sınırlanıp denetlenmesine dayalı bir araç olarak demokratik değerlere ve evrensel insan haklarına bağlılık şeklinde değerlendirilir. Siyasi iktidar, hukuksal temelini bu olgulara olan bağlılığına dayar.

Ancak burada önemli bir problem vardır. Siyasi iktidarın dayandığı hukuksal temelin ne olduğu ya da olması gerektiği konusunda bir anlaşma yaratılmalıdır. Tüm eylem ve işlemlerin kendisine uygun olması gerektiğine işaret edilen hukuk, yürürlükteki pozitif hukuk normları ile yasama usulleri ise, bu halde siyasi iktidara temel olan üstün hukuk, siyasi iktidarın hukukudur. Ama eğer meşru ve meşrulaştıran hukuk, siyasi iktidarın hukuku değil, evrensel değeri haiz bir üst hukuk ise bu hukuku kimin yapacağı ve bu hukukun ne olduğu üzerinde siyasi iktidarı aşan bir güç ve yetkinin var olduğunun kabulü gerekir⁴⁰.

- Kanun genellikle “güvenoyu almış hükümetlerin programlarını gerçekleştirme aracı⁴¹” olarak tanımlandığına göre yasanın politik yönü-

³⁹ C.Bali AKAL; *Yasa ve Kılıç*, s. 7.

⁴⁰ H.ECKSTEIN; “Devlet Bilimi Üzerine”, içinde: *Devlet ve Hukuk*, s.40.

⁴¹ E.TEZİÇ; “Kanun ve TBMM Kararı”, *Anayasa Yargısı* 1989, s. 49.

nü göz ardı etmek mümkün değildir. O zaman kaçınmamız gereken hukukun ister istemez siyasallaşması ya da siyasal iktidarın yasama ayağı tarafından yapılması değil, çıkar çevrelerinin, baskı gruplarının, politikacıların amaçlarına ulaşmak için hukuku bir araç olarak kullanmalarıdır.

- Hukuk ve yargı, bireysel ve toplumsal amaçların bir düzen ve uyum içinde gerçekleştirilmesine ortaklaşa katkıda bulunabilir. Kabul edilemeyecek olan, parlamento çoğunluğuna yaslanan bir yasama-yürütme ekibinin demokrasi çarkını dilediğince döndürerek kendi tercihlerini, politikalarını, kararlarını milli irade adına yasalaştırma konusunda keyfi bir tutum almaları, yargıdan da bu tutumu onaylamasını istemeleri, bunu sağlamak için yasal ve anayasal düzlemde yine çoğunluk gücüyle çıkardıkları yasalar yoluyla istedikleri hukuku zeminini döşemeleridir. Bir başka deyişle sorun, hukukun siyasal alanı düzenlerken siyasallaşması değil, hukukun siyasetin gücüne yenilerek araçsallaştırılmasıdır. Bir hukuk devletinde kesinlikle kabul edilemeyecek olan, siyasal iktidarın araçsallaştırdığı, gücüne dayanak kıldığı bir yasa ve hukuk anlayışıdır.

3. Hukuk Devletinde Yargının Rolü

Çoğunluğun yönetiminin, anayasal devlette hukukla sınırlandırılması hukukun üstünlüğü ilkesi gereğidir ancak sınırlamayı sağlayacak araçlar, hukuk devletinin araçlarıdır. Bunların ilki ve en önemlisi yargıdır. 19. yüzyıl itibarıyla üç devlet fonksiyonunun üç ayrı devlet organı eli ile yürütülmesi esasına dayandırılan güçler ayrılığı kuramı anayasalarda bu organlar arasında bir eşitlik ilişkisini öngörür⁴².

Bilindiği gibi klasik demokrasi, parlamento çoğunluğunun halkı temsil ettiği kurgusuna dayanır. Anayasaya uygunluk denetimi yoluyla bir yasanın anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesi, bu kurguyu bozar. Bu durumda, demokrasi siperine çekilerek yapılan tartışmada, iki argümana başvurulur: Bunlardan birincisi yargı yoluyla anayasal denetimin milli iradeyi gasp ettiği ve yargının kendisini milli irade yerine koyduğu, diğeri ise demokratik bir sürecin ürünü ve demokratik bir siyasal sistemin temel normu olan anayasa yoluyla tıpkı yasama organı ve hükümet gibi kendisine tahsisli

⁴² 1982 AY Başlangıç/4: "Kuvvetler ayrımının devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak anayasa ve kanunlarda bulunduğu"nu belirtir.

görevleri yerine getirmek üzere yetkilendirilmiş bir mahkemenin, halkın iradesini temsil hakkına sahip olduğudur.

Eğer halk, anayasa yargısı yoluyla yasaların anayasaya uygunluğu denetiminde mahkemenin yaptığı yoruma ve verdiği karara katılmıyorsa, anayasayı değiştirerek iradesini ortaya koyabilir. Fakat burada yine aynı sorunla karşılaşırız: Hangi halk? Yasa yapma iktidarını kullanan yasama çoğunluğunun dayandığı destek tabanındaki halk mı? Bu durumda yasayı yapan da, yapılacak yasaların anayasaya uygunluğunu sağlamak amacı ile anayasasını, yapacağı yasanın kılıfı haline getirmek için değiştiren de yine aynı çoğunluktur.

Yani sorunun cevabını, klasik demokrasinin “halk iradesi” kalıbını değişik şekillerde değişik yerlerde kullanarak vermek mümkün görünmüyor. Yargının bağımsız bir devlet fonksiyonu olup olmadığı, yasama ve yürütme erkleri karşısındaki konumu, görev ve yetkisinin sınırları demokratik hukuk devleti yaklaşımlarını biçimleyen temel bir sorun olarak varlığını korumaktadır.

Aynı zamanda bir hukuk düzeni olan devlette, devlet adına gerçekleştirilen bütün eylem ve işlemlerin nihâi amacının adaletin gerçekleştirilmesi olduğunu düşünürsek, adaletin nasıl sağlanacağı devlet organları arasındaki ilişki ve dengeleri de etkileyen bir sorundur. Özellikle yargı fonksiyonu, doğrudan doğruya adaletin gerçekleştirilmesi amacına yöneliktir ve hukuki uyuşmazlıkları kesin olarak çözme gücüne sahiptir⁴³.

“Adalet mülkün temelidir” sözündeki anlamı kavrayabilmek, yargının devlet içindeki konumunu kavramakla eşdeğerdir. Yasa ile hukuk arasındaki doğru ilişkiyi, adaletli bir toplum düzenine hizmet edecek şekilde yargı ve yargıç kurar. Bu nedenle, benimsenen hükümet sistemi ne olursa olsun, bütün uygar ve demokratik ülkelerde yargı organının siyasal organlar olarak nitelendirdiğimiz yasama ve yürütme karşısında bağımsızlığı ilkesi kabul edilmiştir⁴⁴. Yargı işlevi ve bu işlevin yerine getirilmesi sırasında verilen yargı kararlarının maddi nitelikleri itibarıyla, devletin diğer işlevleri ve hukuki işlemlerinden ayrı olduğunu belirten H.N. Kubalı, yargı er-

⁴³ E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 354. Bkz. COPLESTON; İngiliz Görgütcülüğü HOBBS-LOC-KE-BERKELEY, C.5, s.190 vd.

⁴⁴ E. ÖZBUDUN; *Türk Anayasa Hukuku*, s. 354.

kinin, yürütme erkinin bir biçiminden başka bir şey olmadığı ve mahkeme kararlarının sadece kanunların uygulanmasında ibaret olduğu yolundaki kanaatin şüphe ile karşılanması gerektiğini belirtir⁴⁵. Bu görüşe şöyle bir gerekçe geliştirebiliriz: Yasa yapmak bir devlet fonksiyonudur ve siyasal nitelikli bir organın yetki alanındadır.

Ancak adalet kavramının, kanun koyucu bakımından yol gösterici olması zordur. Çünkü hangi tür düzenlemenin adalete uygun olacağı ile ilgili bir sonuca ulaşmak, yasa koyucunun yasayı yaparken kestiremeyeceği bir hedeftir. Adalet, kuralın içeriğinden değil, kuralın uygulanmasından ortaya çıkan bir sonuçtur. Mahkeme kararlarının adalete uygun olup olmadığından söz edebiliriz. Bu anlamda adalete uygunluk ise, çoğu kez bu kararların belli bir kurala ya da kurallar sistemine uygun olarak verilmesi anlamını taşır. Bu mânâda adalete uygunluk ile pozitif hukuka uygunluk arasında bir tür paralellik olduğu dikkat çekmektedir⁴⁶.

M. Soysal, adaleti hissetmek için, insan beyninin yarattığı mekanizmanın yargı mekanizması olduğunu belirtir. O'na göre; ***“bir takım insanları toplumun içindeki çıkar çatışmalarından soyutlayarak, güvencelere kavuşturarak yargı bağımsızlığını yaratmak ve adaletin tecellisini onlardan bekleme, insanlığın tarih içinde bulabildiği belki de tek çaredir, fakat onun da zaman zaman tartışması yapılır, kararların adalete uygunluğu tartışılır, ama hiç olmazsa yargı mekanizmasıyla tecelli etmiş olan kararlar en kötü adaletsizlik durumundan daha iyidir denir⁴⁷.”***

Yine O'na göre; en kötü adaletsizlik durumu, yargının hiç bulunmadığı durumdur. Çünkü yargı yoksa, adaletin tesisi için insan beyninin bulunduğu mekanizma da yoktur. O zaman, durumlar tamamen sübjektifliğe açıktır. Yargının siyasetin amaç ve yöntemlerinden bağımsız ve siyasetin tamamen dışında bir fonksiyon olduğu gerçeğinin ifadesi, bu açıklamada saklıdır. Bilhassa Batı demokrasilerinde yaygın bir uygulama alanı bulan parlamenter hükümet sistemlerinde iç içe geçerek tamamen siyasi iktidarın eylem alanı haline getirilmiş yasama ve yürütmeyi denetim yetkisi

⁴⁵ H.N. KUBALI; *Devlet Ana Hukuku, C.1, s. 83. Esasen kökü 16. Yüzyıla kadar giden bu görüş Piskopos Hoadly tarafından şöyle ifade edilmişti: “Gerçek kanun koyucu yazılı veya sözlü bir kanunu yazan veya söyleyen değil, bu kanunu mutlak yorumlama yetkisine sahip olan kişidir.” AKTARAN: H. KELSEN; General Theory of Law and State, p.153.,M.KAPANI; İcra Organı Karşısında Hakimleri İstiklâli, s. 7-9.*

⁴⁶ A.GÜRİZ; *“Adalet Kavramı”, Anayasa Yargısı-7, s.17.*

⁴⁷ M. SOYSAL; *Anayasa Yargısı-7,s.24.*

ile donanmış yargıyı, siyasetin değil, devletin varlık alanına yerleştirmek hem bir gereklilik hem de mantıksal bir zorunluluktur.

M. Soysal şu soruyu soruyor: **“Bizim toplumumuzda son çeyrek yüzyıldır bazı konuların yargısal mekanizmaların işlev alanından çıkarılması yolundaki istek ve eğilim, bir başka deyişle bazı durumların yargı konusu edilemeyeceğini düşünmenin sebebi nedir?”**

Cevabını ise yine kendisi şu şekilde veriyor: **“Bu düşüncenin kaynaklandığı endişe; toplumun huzuru, devletin varlığı ve gücü düşüncesidir. Toplum bir takım olaylarla karşılaşmış, varlığı ve huzuru tehlikeye girmiştir. Devletin parçalanması, bölünmesi yönündeki tehlike ve yarattığı toplumsal huzursuzluk bazı durumlarda yargıya başvurmamak yolunda bir düşünce geliştirmiştir. Oysa adalet kavramı, toplumsal geleneklerimiz ve hatta genel kabul görmüş temel değerler açısından bakıldığında güçlü devlet kavramıyla doğrudan bağlantılıdır. Gücünü adaletinden, haksızlıklara karşı başvuracak mekanizmaları bulundurmasından ve bu mekanizmaların adil bir biçimde hüküm verebiliyor olmasından alan bir devlet, bu mekanizmaları bağımsız çalıştırabildiği ölçüde gücünü pekiştirir. Güçlü devlet yaratmaya çalışırken kendi içinde bazı mekanizmaları işletemeyen, adalete giden yolları anayasası ile tıkamış bir devleti hukuk ile tahkim etmek, zayıf bir devlet yaratmaktır⁴⁸.”**

Yukarıda yaptığımız alıntılarda da değinildiği gibi uyumsuzlukların çözümü, siyasal düzenin ilk ve en temel nitelikteki fonksiyonudur. Yargılamanın amacı ve anlamı, adaletin tesisinde ve adalete dayalı bir toplum düzeninin korunmasında oynadığı rolde gizlidir.

Adalet ise, toplumsal barışın korunmasıyla doğrudan ilgili bir değerdir. C. J. Friedrich, modern anlamda anayasacılığın ortaya çıkışını bağımsız yargı talebine bağlar⁴⁹. Kurumsallaşmış iktidar ilişkileri sistemini biçimlendiren anayasa, bir yönüyle uygulanması gerekli kurallar bütünüdür; diğer yönüyle ise dinamik sürekli değişen bir sistemin gelişim ve değişim ihtiyacına da cevap vermesi gereken bir yol haritasıdır.

⁴⁸ M. SOYSAL; *Anayasa Yargısı -7*, s. 25-26.

⁴⁹ C.J.FRIEDRICH; *Sınırlı Devlet*, s. 189.

Bağımsız yargıya talebin güçlenmesi, anayasalarda bağımsız bir devlet fonksiyonu olarak yargının yeniden tanımlanmasını ve işlevine uygun bir statü kazanmasının da yolunu açmıştır.

Yargının devlete ait ve bağımsız bir devlet organı eli ile yürütülecek bir işlev konumuna yükselmesi, anayasanın özgürlükleri koruma amacı ile yakından ilgili bir gelişmedir.

Yargının devletin vazgeçilmez bir işlevi olduğunun ve yargı kurumlarının demokratik sistem içindeki mutlak yerinin tartışılmaz kanıtı, “devletin zorunluluğu” gerçeğinde saklıdır. A.J. Carlyle’ın; “Ortaçağın siyasal düşüncesinin en önemli yanını, “bütün siyasal otoritenin adaletin ifadesi olduğu” ilkesinin oluşturduğu ve Irmağın kaynağından çıkıp aktığı gibi bütün medeni ve pozitif hukukun da adaletten çıktığı”⁵⁰ gibi, çağımızın da aydınlanmış bir adalet düşüncesi ve onu gerçekleştirecek sistem ve kurumlara ihtiyacı vardır.

Eğer yasalar bireysel özgürlükleri koruma aracı olarak tasarlanmış metinlerse, artık görülmektedir ki hukukun biçimsel ve pozitivist anlayışı doğrultusunda üretilen yasalarla yönetilmek özgürlükleri korumaz. Hukuksal savunma araçlarına ihtiyacımız vardır. Demokratik anayasacılık tartışmaları bu ihtiyaçtan doğmuş, bağımsız ve güçlü bir yargının varlığını da bu ihtiyaç zorunlu kılmıştır.

Özetle; başlı başına müstakil bir çalışma konusu olan yargı, hukuk devletin en önemli güvencesidir. Çalışmanın başında da vurguladığımız gibi bağımsız mahkemeler ve bağımsız, iyi yetişmiş yargıçlar hukuk devletin olmazsa olmazıdır. Yargı yoksa devlet yoktur, bağımsız yargı ve yargıç yoksa hukuk devleti yoktur.

4. Çoğulcu Toplum Yapısının Hukuk Devletindeki İşlevi

Hukuk devleti kavramının, çoğulcu demokrasi ile sıkı bir içsel bağlantı içinde olduğunu anlamak için şu gözlemler yeterlidir: Bireyler kamu erki karşısında hukuk öznesi olarak kabul edilmişlerdir. Özellikle devletin tasarrufundan çıkarılmış bireysel özgürlükler, hukuken tanınmış ve yargısal koruma altına alınmıştır.

⁵⁰ A.J.CARLYLE; *Political Liberty*, Oxford University Press, New York 1941, s. 12.

Hukuksal eşitlik, bağımsız yargı, kanunilik ilkesi, kanunların geriye yürümesi yasağı gibi kişi güvenliğini koruma altına alan temel hükümler anayasal düzleme yerleştirilmiştir. Bu unsurlar, siyasal erki sürekli bir rasyonelleşme ve meşrulaşma baskısı altına sokarlar ve ona karşı itaati sorgusuz bir kural olmaktan çıkarıp, haklılaştırılması gereken bir istisnaya dönüştürürler.

Söz konusu unsurların gereği gibi uygulandığı durumlarda hukuk devleti, devletten bağımsız bir sivil toplumun inşası ve gelişmesi için gerekli olan kurumsal şartları temin eder. Bu tür bir sivil alan şüphesiz kendiliğinden demokratik bir yapıya izin vermez. Demokratik kurumların özünün, özgürlük temelinde kolektif bağlayıcı kararların alınmasını mümkün kılmalarında yattığı kabul edilecek olursa, sivil toplum alanının varlığının demokrasi için zorunlu bir şart olduğu da kabul edilmelidir. Çünkü bu alan, bireylerin iradelerinin özerk bir şekilde oluşması özgürlüğünü güvence altına alan yapısal unsurların oluşumunu sağlar. Bu bakış açısıyla değerlendirildiğinde hukuk devletinin zeminine yerleşen anayasaların ilke ve kurumları, siyasal erk karşısında sadece olumsuz karakterde, sadece denetleme amacına hizmet eden, siyasal özden yoksun, sadece engelleyici sınırlar koyan ilkeler ve kurumlar niteliğini taşımazlar. Aksine siyasal erkin hareket kabiliyetini yükseltmeye yönelik, siyasal alanı genişleten olumlu bir öz içerirler. İşte bu öze sadık kaldığı sürece ve ölçüde, demokrasiyi anayasacılıkla birlikte anan ve demokrasi ile anayasal yönetimi bağdaştıran kurguların demokratik düşüncenin özü ile bir sorun yaşamaları düşünülemez.

Buna karşılık demokrasi ve çoğulculuk unsurlarının geri plana düştüğü ya da belirsizleştiği bir anayasal demokrasi söylemi sorunların ve çatışmaların siyasetin içinde ve siyasal süreçlerle çözülmesi yerine bürokratik vesayet ve/veya yargısal yöntem ve mekanizmalarla halledilmesi esasına dayanan bürokratik-devletçi bir düzenin simgesi olmaktan kurtulamaz.

SONUÇ YERİNE

“Devlet gücünün kötüye kullanılmaması için bu gibi çarelere gerek görülmesi belki insan tabiatına itimatsızlık sayılabilir. Ama devlet, insan tabiatına karşı itimatsızlıkların en büyüğü değil midir? İnsanlar melek olsaydı devlete gerek kalmazdı. İnsanları melekler yönetseydi, insanlar

üzerinde ne dış denetlemelere ihtiyaç duyulurdu ne de iç denetlemelere. İnsanlar tarafından ve insanlar üzerinde yürütülecek bir devlet kurarken en büyük güçlük şuradadır: Önce devleti, idare edilenlere hakim olabilecek bir hale getireceksiniz, ondan sonra da kendi kendisine hakim olmasını isteyeceksiniz. Şüphesiz devlet üzerindeki asıl kontrol, devletin halka dayandırılmasıdır, fakat tecrübe, yardımcı tedbirlerin gerekliliğini de insanlığa öğretmiştir⁵¹.”

Yasalara tâbi olmak başka şeydir, yasama organına bağlı olmak başka şeydir. Aynı şekilde yasalar doğrultusunda yönetmek sorumluluğunu üstlenen yürütmenin, yasayı yapan organ üzerindeki aşırı baskı ve kontrolü, yasa adını taşıyan o kuralı aslında yürütme gücü tarafından çıkarılmış bir emirnameye dönüştürür. İyi bir devlet yönetiminin temel ilkeleri doğrultusunda, her bir organın kendi yetki alanı içinde hukuka uygun çalışması anayasa ile amaçlanmış ve planlanmış iken bu durumda bizzat devlette görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş organlar tarafından anayasal sisteme yönelmiş bir ihlâl vardır. Devlet yurttaşların yasaları ihlâli halinde kamu düzenini nasıl koruyacağına dair tüm mekanizmaları çalıştırma yetenek ve tecrübesine sahiptir, bizatihi kendi organları eliyle kendi varlığına ve anayasal düzenine yönelmiş bir ihlâli nasıl önleyeceği konusunda ise hâlâ çok yetersizdir. Şimdilik bulabildiğimiz, müstebit bir çoğunluğun kolay kolay bertaraf edemeyeceği anayasal sınırlamalar koymak ve sınır bekçileri görevlendirmektir. Ancak sorun çözülmemiştir, bu anayasal sınırlamalarda görevlendirdiğimiz ve yetkilendirdiğimiz makamlar, kurumlar ve kişiler de müstebit çoğunluklar eliyle geliyorlar ve gidiyorlarsa, ne yapacağız?

Hiç değilse şu sorunun cevabını almalıyız: Bu yol hukuk devletine gider mi?

KAYNAKÇA

- [1] **AKAL** Cemal Bali; Yasa ve Kılıç, Afa yay., İstanbul 1991.
- [2] **BRYCE** James; Amerikan Siyasi Rejimi, çev. Türkkaya Ataöv-Arif Payashoğlu, TSİDY, Yenilik Basımevi, İstanbul 1962.
- [3] **CARLYLE** Alexander James; Political Liberty, Oxford University, Press, New York 1941.

⁵¹ J.MADISON; “Fren ve Denge Sistemi”, içinde: Anayasa Üzerine Düşünceler, s.28.

- [4] **ÇAĞLAR** Bakır; Bir Anayasacının Seyir Defteri, su yay., İstanbul 2000.
- [5] **ÇAĞLAR** Bakır; Anayasa Bilimi, BFS yay., İstanbul 1989.
- [6] **ÇAĞLAR** Bakır; “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, Anayasa Yargısı-3, Ankara 1987, s. 135-201.
- [7] **ÇAĞLAR** Bakır; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, Anayasa Yargısı-7,AYM Yay., Ankara 1990, s.51-127.
- [8] **DICEY** Albert Ven; Introduction of the Study of the Law of the Constitution, 8 th ed., London Mac Millan and Co, 1915.
- [9] **ECKSTEIN** Harry; “Devlet Bilimi Üzerine”, içinde: devlete Hukuk, Der. Mehmet Turhan, Gündoğan yay. Ankara 1996.
- [10] **FRIEDRICH** Carl J.; Constitutional Government and Democracy, 4thed., Blaisdell Publishing Co., Waltham 1968.
- [11] **FRIEDRICH** Carl J.; Sınırlı Devlet, Çev. Mehmet Turhan, Gündoğan Yay., Ankara 1999.
- [12] **HABERMAS** Jurgen; Kamusalığın Yapısal Dönüşümü, çev. Tanıl Bora-Mithat Sancar, İletişim Yay., İstanbul 1990.
- [13] **HAMILTON-MADISON-JAY**; Anayasa Üzerine Düşünceler, çev.Mümtaz Soysal, TSİDY, Yenilik Basımevi İstanbul 1962.
- [14] **HAYEK** Friedrich August Von.;The Constitution of Liberty; Routledge and Kegan Paul, London 1960.
- [15] **HUBER** Ernst Rudolph; “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, içinde:Hukuk Devleti, Der. Hayrettin Ökçesiz, Afa Yay., İstanbul 1998.

- [16] **KAPANİ** Münci; İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli, AÜHF Yay., Ankara 1956.
- [17] **KELSEN** Hans; General Theory of Law and State, Harvard University Press, Cambridge 1945.
- [18] **KELSEN** Hans; Pure Theory of Law; Trans By: Max Knight, Berkeley University of California, 1978.
- [19] **KUBALI** Hüseyin Nail; Devlet Ana Hukuku 1. C.,İ.Ü.Yay., İstanbul 1950.
- [20] **LOWENSTEIN** Karl; Politicial Power and the Governmental Process, University Chicago Press 1957.
- [21] **TEZİÇ** Erdoğan; “Kanun ve TBMM Kararı”, Anayasa Yargısı -5, AYM Yay., Ankara 1988, s. 40-55.
- [22] **TRIBE** Laurence H.; American Constitutional Law, Foundation Press, New York 2000.
- [23] **TROPER** Michel; “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi”, içinde: Demokrasi ve Yargı, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar birliği yay., Ankara 2005, s. 12-24.
- [24] **TROPER** Michel; “Hukuki Devlet Kuramı Üstüne”, çev. Özlem Günyol, içinde: Devlet Kuramı, Der. Cemal Bali Akay, Dost Kitabevi, Ankara 2000, s. 341-356.
- [25] **UITZ** Renata; “Sınırlı Devlet, Anayasacılık ve Hukukun Üstünlüğü Üzerine Dersler: Anayasa Mahkemeleri ve Yüksek Mahkemeler Arasına Sıkışık Kalmış Post-Komünist Demokrasiler”, içinde: Demokrasi ve Yargı, TBB Yay., Ankara 2005, s. 272-309.
- [26] **VECCHIO** Giorgio Del; Hukuk Felsefesi, Çev. Sahir Erman,İ.Ü. Yay.,İstanbul 1962.

- [27] **WHEARE** Kenneth C.; Modern Anayasalar, ev. Mehmet Turhan, Değişim Yay., 2. Bası, Ankara 1985.
- [28] **WILSON** Woodrow; Seçme Parçalar, ev. Nermin Abadan, TSİD yay., İstanbul 1961.