

HUKUK DEVLETİNDE SİYASİ İKTİDAR VE YARGININ KARŞILIKLI KONUMU-İLİŞKİLERİ

*Doç. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU**

*“Bugün, hukuk devleti sorununu,
yargıçları politika tartışmalarının tarafı yapan,
hukuku karanlık bilgi kaynaklarıyla uzaktan yönetmeye kalkanların
sorumsuzluklarının içine düşmeden inceleyebilmek gerekir.”¹*

GİRİŞ

ANAYASAL DEVLETTEN HUKUK DEVLETİNE YOL ALABİLMEK

Yazılı anayasacılığın tarihini 18. Yüzyıl’a kadar geri götürebiliyor olmamıza rağmen, hukuka dayalı bir yönetim anlayışının izlerini daha uzak bir geçmişte bulmamız mümkündür. “İnsanların değil, yasaların hükümeti²” formülünde billurlaşan hukukun kutsallığına dayalı sınırlı bir yönetim anlayışı, Ortaçağ’dan taşınıp modern siyasal düşüncenin temelinde de yerini almış bulunmaktadır. Anayasalar kendilerine ihtiyaç duyulduğu ilk zamandan bu yana, belli bir rejimde yöneten gücü dizginlemek veya ehlileştirme-

* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ M. Tefik **Özcan**; Modern Toplum ve Hukuk Devleti, XII Levha, İstanbul 2008, ÖNSÖZ, s. 2.

² M.T. **Özcan**; Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 199, Bkz. Karl **Lowenstein**; Political Power and The Governmental Process, University Chicago Press, 1957, s. 18.

nin 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 olmuştur³. Bu yönüyle anayasacılık, batı kültürünün biçimlediği bir olgudur; devleti ve devlette iktidarı sınırlayan ve kişi haklarını güvenceye alan belgeler olarak doğulu toplumların 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 değillerdir" ilkesi, bir anayasanın temel işlevinin devletin anayasallığını sağlamak olduğunu açıkça ortaya koymaktadır⁴.

Günümüz anayasacılık anlayışını belirleyen ve işlevinde de büyük çapta bir anlam değişikliğine neden olan en önemli gelişme, hukuk ile siyaset arasındaki ayrım çizgilerinin giderek kaybolması ve siyasetin kontrolünü hukukla sağlama konusunda geliştirilen tekniklerin salt hukukun içinde anlamlandırılmasının neredeyse imkansız hale gelmesidir. Anayasa hukuku ile ilgili metodolojik kararsızlıkların kökünde çok kere hukuk-politika ilişkisinin, bu disiplin içinde kapsadığı alanın yeterince dikkate alınmaması ya da hukuk-politika ilişkilerine getirilen farklı çözümlerin yarattığı anlaşmazlıklar vardır. Düşünsel çerçevesi genişleyen ve pratik olarak da toplum-siyaset ilişkisine ait farklı kodlar geliştiren demokrasi, katılımı kendisi açısından en belirleyici gösterge haline getirmiş ve böylece hukuk, yönetim faaliyetine toplumun katılımını sağlayan bir teknik araç konumuna indirgenmiştir⁵. Anayasacılık bu gelişmeden kendine düşen payı, demokratik yönetim olgusunun gereksindiği yeni uygulama ve tercihlerin kural biçiminde anayasa belgesine aktararak sabitlenmesi şeklinde almıştır. Anayasaların yapımı ve değiştirilmesi eyleminde, politik tercih ve kararların zeminini oluşturacak

³ Bakır Çağlar; Anayasa Bilimi, s. 3.

⁴ Erdoğan Teziç; Anayasa Hukuku, s. 2. Karl J. Friedrich; Sınırlı Devlet, çev. Mehmet Turhan, Önsöz, s. 8.

⁵ M. Tefvik Özcan, bu gelişmeyi; "hukukun reform amaçlı olarak araçsal kullanımı" olarak ifade etmiştir. Bkz. M. T. Özcan; Hukuk Sosyolojisine Giriş, 3. bası, Kavim Yay., İstanbul 2007.

biçimde anayasal kurallar üretmek anlamına gelecek bu yönelim, anayasacılığı, politik tercih ve kararların sonuçlarına indirgemiş olmakla, günümüz anayasacılığının içinde olduğu bir tehlikeyi de haber vermektedir. Çünkü bu durumda anayasalar, yöneten çoğunlukların politik tercihlerinin habercisi ya da duyurucusu, bir başka deyişle yapılmış ve yapılacakların hukuksal zemini haline gelmektedirler. Bu da anayasalara karşı, toplumda yaygın bir biçimde güvensizlik duygusu yaratmaktadır. Politik olanı hukukileştiren ve siyasi sistemi kurumsallaştıran bir işleve sahip olan anayasal kuralların, her türlü siyasal faaliyetin hukuk sınırını çizdiği ve siyasal davranışı biçimlediği bir hukuk düzeni yaratması beklenirken, yöneten kesimin siyasi tasarruflarının hukuki kılıfı olarak kullanılması, meşruiyet sorununu da beraberinde getirmektedir.

Anayasanın üstünlüğü ilkesi ise tam bu noktada, politik gereksinimlere uygun olarak biçimlenmesi yönünde sürekli didiklenen anayasaların, siyasi iktidarı özellikle temel hak ve özgürlükler alanında sınırlaması zorunluluğundan doğmuştur. B. Çağlar bu gelişmeyi anayasacılığın varış noktası olarak açıklar ve “hukuk kıskacında politika” deyimini ile formüle eder⁶. Anayasa ve anayasacılığın salt kurucu iktidar yetkisine sahip temsil organının yaptığı kural ve kurallar demetinden ibaret olmadığı, bu kavramın ortaya çıkış amacını karşılamak üzere oluşturulan normlar ve onların uygulanma süreci ve uygulanması aşamasında doğan ihtilaflara getirilen yorumlarla anlam kazanan bütünsel bir süreç olduğu göz önünde bulundurulmadan ne anayasa anlaşılabilir, ne de anayasaların yetki ve görev statülerini belirlediği devlet organları arasındaki çekişme ve kavgalara açıklama getirilebilir veya çözüm bulunabilir. Bu konulardaki anlam ve iletişim tıkanıklıklarını açmak için anayasal devletin aynı zamanda bir hukuk devleti olduğu ve olması gerektiğini kabul etmek ilk adım, hukuk devletini ise içeriği maksada uygun ve doğru tanımlanmış kavramlar üzerinden kavramak ikinci adım olmalıdır. Çünkü, hukuk devleti en sade ve net anlatımla; devlet yönetiminin

⁶ Bkz. Bakır **Çağlar**; Anayasa Bilimi, s. 4. Ayrıca bkz. age, s. 24: “Politikayı hukuk kıskacına sokan plüralist demokrasilerin yeni dengelerinde “Hukuk olarak Anayasa Hukuku” yeni Anayasa Hukukunun adıdır. Hukuk kıskacında politika ve politika kıskacında hukuk ikilisi, sistem analizlerinde kilit-ikili olmaya adaydır.”

ve devlet gücünün bireylerin temel hak ve özgürlükleri doğrultusunda ve bunlar adına sınırlanması olarak tanımlanır. Sınırlama ise devlet gücünün bir anayasal çerçeve içine alınması ile mümkündür. Bu anayasal çerçevede, devlet gücünün kullanımında, gücün kötüye kullanımının engellenmesi ve kendi kendini dengelemesi amacıyla değişik yol ve yöntemler oluşturulur. Gücün farklı işlevler olarak ayrıştırılıp farklı devlet organları arasında dağıtılması, yasama, yürütme ve yargı olarak isimlendirilen bu işlevleri üstlenen organların birbirlerine karşı konumlanması ve birbirlerine karşı sorumluluğuna ilişkin olarak getirilen anayasal kurallar, kurumlar ve ilkeler; yasalar çerçevesinde devlet gücünün kullanım tarzını belirler. Devlet, kuruluş ve işleyiş felsefesi olarak hukuk kurallarına bağlı kalmalıdır, hukuk kurallarına bağlılığın güvencesi ise yargı organıdır. 1920 Avusturya Anayasası ile kurulan Avrupa modeli anayasa yargısının mimarı H. Kelsen'in "Anayasanın Yargısal Teminatı: Anayasa Yargısı" formülü, politik olanın hukukla düzenlenmesinde yargının, bugün için de geçerli rolünün erken bir teşhisi sayılabilir. Bu gelişmenin de etkisiyle çoğulcu sistemlerde çağdaş anayasalar artık politik tercih ve kararlarla biçimlenen politik alanın kavranmasında ağırlıklı olarak hukuka dayanmaktadırlar. Hukuka dayanan bir anayasa, hukukla kayıtlı bir devlet iktidarının da yetki çerçevesini oluşturur. Hukukun, anayasal bir düzenin hem sınır çizgilerini çekmesi, hem de rehberi ve amacı olması, tanımından başlamak üzere, devletle ilgili tüm kavramların içeriğinin hukuk çizgisinde yeniden yorumlanmasını gerektirir. Çünkü; *"Günümüzde demokrasi önce "hukuk"la tanımlanmakta ve yargı ile yenilenen devlet anlayışı "Anayasal demokrasi"nin özelliği sayılmaktadır"*⁷.

I. HUKUK DEVLETİ ÖĞRETİSİ HAKKINDA GENEL BİLGİ

1. Kavramın Terminolojik Kökeni

K. Doehring, "hukuk devleti" (der Rechtsstaat) kavramının bir Alman hukuk deyimini olduğunu, sonradan başka bazı hukuk düzenlerine de geçen deyim, başka dillere çevrilmesinde yaşanan zorluk nedeniyle bu dillerin

⁷ B. Çağlar; "Kıt'a Avrupasında Yeni Kurumsallaşma Denemeleri: Hukuk ve Demokrasi", Anayasa Yargısı 9, Ankara 1993, s. 233-282 (s. 249).

içine girdiğini belirtir⁸. Bu deyimın karşılığı olarak İngiliz hukukunda “hukukun egemenliği” anlamına gelen “rule of law”, Fransız hukukunda “anayasal devlet” anlamına gelen “etat constitutionel”, ABD’de “hukuk kurallarına bağlılık” anlamına gelen “due process” deyimleri kullanılmaktadır⁹. Kalın çizgileriyle bütün özgürlükçü batı demokrasilerinde bulunan bu kavram “insanların değil, hukukun hükümeti (government of law and not men” sözcükleriyle anlatılmaya çalışılır¹⁰.

Terimler az çok anlam farklılıkları içerseler de, hepsi meşruluk ve hukuka dayalı yönetim modelini karşılar niteliktedir ve hepsinin ortak noktası; hem kapitalizmin gelişmesine paralel olarak toplumsal yaşamı en az siyasi takdir yetkisiyle yürütmenin hem de meşruluğu seküler bir hukuk sistemine dayanarak yeniden inşa etmenin zorunluluk haline gelmesini anlamca karşılıyor olmalarıdır¹¹. Bilhassa İngiliz hukukunda rule of law, Amerikan hukukunda due process olarak adlandırılan hukuk devleti ilkesi, her iki hukuk sisteminde de doğal hakların korunması sınırında ele alınır. Bu iki hukuk sistemi için, hukuk devleti, doğal hak öğretisi gereği mutlak olarak sahip olunan hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesinin prosedüral bir gerecidirler.

2. Düşünsel Gelişimi

Siyasal iktidarın “politik özellik taşıyan takdir hakkı yerine, hukuki meşruluğa göre yönetimini icra etmesi” anlamına gelen ve kökleri 1215 Magna Carta’ya dayanan bir geçmişe uzanan hukuk devleti, kavram olarak ilk kez 1608’de İngiltere tahtına I. James olarak oturan İskoç Kralı IV. James’in, krallığının başında verdiği bir idam emrine, Başyargıç Lord Coke’un itirazıyla ortaya çıkmıştır. Kralın emrine karşı çıkan Coke’un “*Kral*

⁸ Karl **Doehring**; Genel Devlet Kuramı, Çev. Ahmet **Mumcu**, İnkılap, Ankara 2002, s. 1-208.

⁹ M. T. **Özcan**; Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 200, Hayrettin **Ökçesiz**; “Hukuk Devleti”, içinde: Hukuk Devleti ed. H. **Ökçesiz**, Afa, İstanbul 1998, s. 17.

¹⁰ ABD’de Federal Yüksek Mahkeme’nin Marbury&Madison Davasındaki kararında bu ifade kullanılmıştır. Aktaran: K. **Doehring**; Genel Devlet Kuramı, s. 209.

¹¹ M.T. **Özcan**; Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 200.

insanlara değil, Tanrıya ve Hukuka tâbidir” diyerek “kimsenin yargılanmadan cezalandırılmayacağını” belirtmesi, hukuk devletine bugünkü anlamına uygun bir kavramsal içerik vermiş, fakat ilk kez Kant, 1797’de “Hukuk Öğretisinin Metafizik Etkileri” adlı eserinde **“hukuk zemininde duran devlet”** olarak, hukuk devletine bir tanım kazandırmıştır. Kant, devleti *“hukuki kurallara bağlı olarak yaşayan bir insan çokluğunun birleşmesi”* olarak tanımlamış, tek amacının da *“hukuku korumak ve özgürlüğü güvence altına almak”*tan ibaret olduğunu belirtmişti¹². Tanımın, hukuk kurallarıyla yönetilen (hapisane, komün, il vs.) her türlü topluluğu ve kurumu da kapsamaması nedeniyle maksada uygun olmadığını belirten G.D. Vecchio, *“Devlet, hukuki bir düzen vaz’eden iradenin sahibidir. Yahut devlet bir halkın ortak yaşamını gerçekleştiren hukuki nizamın süjesidir”*¹³ tanımıyla, devleti “hukuka bağlı bir düzen” olarak kavrayan düşünce çizgisinde durmuştur. 19. Yüzyıl’da Alman hukukçuları arasında, hukuk devleti uygulamasına ilişkin bir kavramsal çerçevenin dar da olsa belirmeye başladığını görüyoruz¹⁴. K. Doehring, bu yüzyıl başlarından itibaren “akıl devleti” adı altında “despotluk veya teokrasinin karşıtı” olarak kavramın boy gösterdiğini ve 19. Yüzyıl’ın ikinci yarısında kavramın “sadece hukukla hareket eden ve sadece onunla uğraşan devlet” şekline büründüğünü söyler¹⁵. 19. Yüzyıl’da mutlak monarşilerin kuvvete dayanan devlet anlayışına karşı burjuvazinin

¹² Orhan Münir, **Çağıl**; “Filozof Immanuel Kant’ın Sisteminde Ahlak ve Hukukun Felsefi Esasları”, İ.Ü.H.F.M., C.XIII, s. 3, Yıl 1947, s. 1126, Y. **İşıktaç**; Hukuk Felsefesi, s. 199, Ahmet Ulvi **Türkbağ**; “Immanuel Kant’ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet, H.F.S.A., 2. Kitap, Afa Yay., İstanbul 1995, s. 77, K. **Doehring**; Genel Devlet Kuramı, s. 209.

¹³ Bkz. Giorgio Del **Vecchio**; Hukuk Felsefesi Dersleri, Sermet Matbaası, İstanbul 1962, s. 381, Kant için bkz. Ernst **Cassirer**; “Kant’ın Yaşamı ve Öğretisi, Doğan Özlem’in Bütün Çevirileri-1, İnkılap Kitabevi, İstanbul 1988.

¹⁴ Jim **Corkery**, “the Rule of Law”, The National Eagle (November 2000), pp.3-7’den AKTARAN: M. Tefik **Özcan**; Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 198-199, Bkz. İ. Ö. **Kaboğlu**; “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, içinde: Hukuk Devleti, Hazırlayan: Hayrettin **Ökçesiz**, Afa yay.; İstanbul 1998, s. 89. H. **Ökçesiz**; “Hukuk Devleti”, içinde: Hukuk Devleti, Afa Yay., s. 17-34 s. 17.

¹⁵ K. **Doehring**; Genel Devlet Kuramı, s. 219.

savaşından doğduğu¹⁶ ve liberal teoride sadece çatışan değerler arasında “modus vivendi”yi sağlayan ve toplumsal yaşamın bütününe kapsamayan bir aygıt¹⁷ olarak bilinen hukuk devleti düşüncesi ve hukuk devleti kavramı, böylece 18. Yüzyıl’da gelişen, görevi sadece kamu esenliğini, güvenliğini ve düzenini korumak ve tehlikeleri savuşturmaktan ibaret olan polis ve yönetim devletine karşı bir tepki olarak yerini almaya başlamıştır. Çünkü 1871 Fransız yenilgisi ardından kurulan imparatorluk, hala eski rejimden miras kalan monarşik düşüncelerin fazlasıyla etkisinde olan bir siyasi sistemdir. Yasa yapma gücü, kralın temsili kurumlara devrettiği bir yetki olarak görüldüğünden, usulünce kabul edilmiş yasaların uygulanmasına monark ya da bakanlar kurulu özel iradesinin karşı çıkabileceği eğilimi o sırada hala geçerlidir. Rechtstaat öğretisi, yürütmenin keyfililiğine yol açan bu yoruma karşı çıkar. Özellikle yurttaşlarla ilişkileri düzenleyen genel kurallara idarenin saygı göstermesi konusunda sorunlar vardır. Yönetilenlerin özgürlükleri ya da mülkiyet hakkının söz konusu olduğu her durumda idarenin yerel Landtag ya da Federal Reichstag’ın benimsediği düzenlemelere uymak zorunda olduğu düşüncesi ağır basar. Bu anlayış, yalnızca kamu yararı gözeten normlar koyan ve bunların uygulanmasından keyfi olarak kaçınma hakkını kendine tanımayan bir yürütme gücü önerir. Bu, aynı dönemde idari işlemin yasallığının güvencesi olarak Fransız idari yargıcının öne çıkışını meşrulaştıran yaklaşımın tıpa tıp benzeridir¹⁸. Yine de G. Jellinek ya da Paul Laband gibi Alman hukukçular için devlet, saygı göstermeyi düşündüğü normları kendi kendine saptamakta henüz özgürdür. Bu görüş, doktrinde egemenlik düşüncesiyle uyuşmayı sürdüren “kendi kendini sınırlama öğretisi” olarak yerini almıştır. Fransa’da da R.C.de Malberg, yasa “genel iradenin ifadesi” olduğundan parlamento iradesinin yalnızca parlamento tarafından sınırlanabileceği olgusuna dayanarak benzer

¹⁶ Ernst Rudolf **Huber**; “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, içinde: Hukuk Devleti, Ed. Hayrettin **Ökçesiz**, Afa Yay., İstanbul 1998, s. 58.

¹⁷ Gianfranco **Poggi**; Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım, Bilgi Ün. Yay., İstanbul 2001, s. 120.

¹⁸ P. **Braud**; “Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri”, içinde: Devlet Kuramı, s. 373.

bir anlayışı savunacaktır¹⁹.Gerçekten de ilke olarak halk egemenliğinin veya ulusal egemenliğin ileri sürülmesi, modern demokratik düşüncede hukuki bir meydan okumayı kışkırtmıştır. Bu egemenlik ilkesi, kurallara uygun olarak oy sandıklarından çıkan bir iktidara aşılmaz yasal engeller koyma imkansızlığını da sanki beraberinde getirmektedir. Hiçbir şey, halkın egemen kurucu iktidarını kullanırken anayasal sınırları değiştirmesi ya da aşmasını hukuki açıdan engellememelidir.1958'e kadar Fransa'da, yasaların anayasaya uygunluk denetimini yargıçlara emanet ederek parlamento eyleminin sınırlandırılmasını reddettiren mantık bu idi. Oysa demokrasi bir başka

¹⁹ Michel **Troper**; "Hukuki Devlet Kuramı Üstüne, içinde: Devlet Kuramı, s. 344, Philippe **Braud**; "Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri", içinde: Devlet Kuramı, s. 373. Türkiye'de yargı kurumlarının duruşu ve vermiş oldukları kararlarla sistem içinde oynadıkları rolü kıyasıya eleştiren ve bir yargıçlar devletine yönelim tehlikesi olduğunu savunan bazı yazarlar, 19. yüzyılda hukuk devleti anlayışının berraklaşması öncesinde yaşanan tartışmaları ülkemizin gündeminde tutmaktadırlar. Meclisin yeni yasaları yaparken yargı kararlarına uyması gerektiği yolundaki Danıştay bildirisine üzerine: Bkz. Y. **Atar**; "Yargı, Meclisin belirlediği hukuk kurallarına uymakla yükümlüdür. Hukuk kurallarını ise yasama organı belirler. Hukuk kuralları zamanın ihtiyaçlarına göre değişir, bunu yapacak yegâne organ da T.B.M.M.'dir Danıştay'ın mantığından hareket edilirse yasama organının ne anayasayı ne de kanunları değiştirmesi söz konusu olamaz. Bu durumda hiçbir işlevi kalmayan Meclisin feshi gerekir." Yeni Şafak, 1 Şubat 2008, S. **Yazıcı**; "Türkiye'de anayasanın üstünlüğü ilkesinin de üzerine yargının üstünlüğü ilkesini yerleştirip yargı kararlarına efsanevi bir mânâ yüklenmekte, böylece kanunların değişmezliği kanısına ulaşarak bütün yasama ve yürütmeyi de bu süreçlere uydurma çabası hakim olmaktadır. Bu durumda yüzyıllar geçse de, yargı kararları değişmezse Türkiye'de hukuk sisteminin değişmeyeceği gibi gerçek dışı bir sonuç ortaya çıkmaktadır." Yeni Şafak, 1 Şubat 2008, E. **Özbudun**; "Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı", Zaman, 26.6.2007, "Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi", Zaman, 3 Mayıs 2007. T. **Tarhanlı**; "Vatanı Korumak Yargıcın İş Değil", Röportaj, Radikal, 31 Ekim 2005, S. **Yazıcı**; "Bu yargıçlar devleti kurulması süreci", Röportaj, Taraf, 26.5.2008, F.H. **Erdem**; "Yargının Siyasal İktidar ve Devlet İktidarı Karşısında Bağımsızlığı Sorunu", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan - Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Sayı 6, Eylül 2005, J. **Legendijk**; "Türk Hukuku Derin Yara Aldı", Zaman, 5.5.2007, M. **Şentop**; "Anayasa Krizini Çözmeden Siyasi Krizler Bitmeyecek", Zaman, E. B. **Ekinci**; "Yargıda Reform Şart Oldu", Zaman 16.6.2008.

yönden yurttaşlara, hiçbir gücün kullanılmasını engelleyemeyeceği temel özgürlükler tanınmasını gerektirir. Halk egemenliğine atfedilen bir anlamla, demokrasilerde sandıktan çıkan çoğunluğun halk adına dilediğini yapabilmesi algısında ısrar, bireysel özgürlüklerinin korunması ilkesiyle çatışır. J.J.Rousseau halkın kötülük yapamayacağı, genel iradenin her zaman doğru olduğu ve her zaman kamu yararına yöneldiğini ileri sürerek bu ikilemden çıkmayı denemiştir, daha doğrusu bu ikileme takılıp kalmıştır. Hukuk devleti kavramı için, devlet gücünün yargı tarafından denetlenmesi önceleri pek o kadar anlamlı ve önemli bulunmamıştır. Bunun nedeni yukarıda da belirttiğimiz gibi, yurttaşa dayanan hukuk devletinde halkın yasaları yapabilmesi ve hükümdarın egemenlik hakkının böylece daraltılmasının yeterli görülmüş olmasıdır. Devlet gücünün yargı tarafından denetlenmesi ilk kez 19. Yüzyıl'ın ikinci yarısında düşünsel bir alan bulur. Modern hukuk devleti öğretisi, siyasi iktidarın hukuki normlara boyun eğmesi ve bu boyun eğmeyi de yargının sağlayacağı düşüncesini öne çıkararak bir yol bulmaya çalışır²⁰. Aynı konuda H. Mayo; seçimler vasıtasıyla halk tarafından yapılan siyasi iktidar üzerindeki denetimin, yetkinin halka dayanması gerektiği prensibinden güç aldığı ve halk egemenliği doktrini olarak nitelendirildiğini, fakat bu doktrinin kurduğu faraziyenin işleyen bir kurumsal uygulamaya dönüştürülmesi gereğini savunmuştur²¹ Bu bağlamda, önce kamu gücünün denetimi adli mahkemelere yüklenmiş, sonra konuyla uğraşacak idare mahkemeleri kurmanın amaca daha uygun düşeceği anlaşılmış ve bu dönemde henüz ayrı bir anayasa yargısının gerekliliği bilincine ulaşılmamıştır. Bu açıklamalar da gösteriyor ki devlet işlemlerine karşı yargısal denetimin kabulü ve uygulanması aşama aşama ve sürekli bir olgunlaşma süreci içinde gerçekleşmiştir²². İ. Ö. Kaboğlu'na göre de hukuk devleti; *“idari işlemlerin yargısal denetimi ile başladı; yasama işlemlerinin anayasaya uygunluk denetimi ile gelişti ve anayasal düzenin kendisini de sorgulayabilen bir*

²⁰ P. Braud; “Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri”, s. 359-376 (s. 372).

²¹ H. B. Mayo; Demokratik Teoriye Giriş, çev. Emre Kongar, TSİD Yay., Ankara 1964, s. 51-52.

²² K. Doehring; Genel Devlet Kuramı, s. 215. Ayrıca Bkz. İ.Ö. Kaboğlu; Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 4. bası, Legal, s. 401-402.

*devlet-ötesi sistemle tamamlanacak.*²³ Bugün hukuk devleti, hukukun tutarlı uygulanışı için gerekli bir ilke olmasının yanında siyasal meşruluğu hukuk ölçütüne bağlamanın da ilkesidir²⁴. G.D. Vecchio, bunu şöyle ifade ediyor²⁵: “Devlet, hukuku yegane gaye olarak telakki etmemeli, hukuka dayanarak ve hukuka uygun olarak davranmalıdır.” Bu uygunluk, hukuk devletinin yapıcı unsurları konusunda bizi şu saptamayı yapmaya götürür:

- devletin hukuka ve demokratik bir anayasaya uygunluğunu sağlayan ilke ve kurallar
- bu uygunluğu pekiştirecek yargı denetimi,
- bu mekanizmaların etkin işleyişi için gerekli olan yargı bağımsızlığı
- adil yargılanma ilkesinin getirdiği güvenceler, hukuk devletinin yapıcı unsurlarıdır²⁶.

3. Hukuk Devleti Düşüncesinin Anayasal Belgelere Yansıması

XX. Yüzyılın ilk çeyreğinde Leon Duguit, devletin tüm organlarına, yani yalnızca idareye ve yürütme gücüne karşı değil, aynı zamanda yasama gücüyle donanmış parlamentoya karşı ileri sürülebilecek bir hukukun varlığını ortaya çıkarmak görevini üstlenir²⁷. Durkheim’den esinlenen Duguit, toplumsal bilincin belli bir halinden kaynaklanacak bir “objektif hukuk” yolunu araştırır. Bu yolun da 26 Ağustos 1789’da Kurucu Milli Meclis tarafından kabul edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin hükümlerinden alınmış normlardan oluştuğunu düşünür²⁸. Duguit’in kaygısı,

²³ İ. Ö. **Kaboğlu**; age, s. 406.

²⁴ Bill **Schuerman**; “The Rule of Law and the Welfare State: Toward a New Synthesis”, in: Politics and Society, Vol.22, June 1994, p.197.

²⁵ G.D. **Vecchio**; Hukuk Felsefesi Dersleri, s. 405.

²⁶ Bkz. Bülent **Tanör**-Necmi **Yüzbaşıoğlu**; 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 9. bası, Beta, İstanbul 2009, s. 97.

²⁷ Bkz. E. McNall **Burns**; Çağdaş Siyasal Düşünceler 1850-1950, Çev. Alaaddin **Şenel**, Birey ve Toplum Yay., 2. bası, Ankara 1984, s. 120-122.

²⁸ Lucien **Sfez**; “Duguit ve Devlet Kuramı: Temsil ve İletişim”, çev. Ayça **Ciniç**, içinde: Devlet Kuramı, s. 403-421 (s. 407). Bkz. L. **Duguit**; “Egemenlik ve Özgürlük”, çev. Didem **Köse**-Sedef **Koç**, içinde: Devlet Kuramı, Dost Yay., s. 379-400.

yargıcın onlara anayasa üstü bir değer attettiğini görebilmektir. Duguit'e göre devlet, hukukun kaynağı değildir, hatta hukukla sınırlı yöneticiler grubundan başka bir şey olmadığı için egemen bile sayılamaz. O'na göre kuşkusuz devlet, normal olarak yurttaşların çoğunluğu tarafından uyulan buyruklar çıkarır, kararlar alır fakat bunların gerçekten yasa olup olmadıkları devlet tarafından çıkarılmış olup olmadıklarına değil, gerçek karakterlerine ve hizmet ettikleri amaca bağlıdır. Yasalar toplumun bütünlüğünün parçalanmaması, birliğinin sürdürülmesi için uyulması gereken davranış kurallarıdır. Ama o sırada Fransız halk egemenliği anlayışı böyle bir yasa anlayışının kabulü karşısında müthiş bir engel oluşturmaktadır.²⁹ Yasaya üstün normların varlığını kabul ettirecek olan, İngiliz yönetimine karşı verdiği bağımsızlık savaşının tarihi çerçevesinin yarattığı elverişli koşullar nedeniyle Amerikan anayasacılık geleneği olacaktır. İngiliz yasama ve yürütme organı tasarruflarının on üç eski koloni üzerindeki olumsuz etkileri, devlet organlarının olası ihlallerine karşı başvurulacak son merci olarak görev yapmak üzere yetkilendirilmiş bir yüksek mahkemenin oluşturulmasına, hem federal devlet hem de federe devlet yasama ve yürütme organlarının anayasal değerdeki bu hukuki normlara uymalarına gerçek anlamda imkan tanımıştır³⁰. Bir başka deyişle, günümüz hukuk devleti kavrayışında en iyi örnek, uygulamada anayasanın yasa üzerindeki tartışılmaz simgesel ve hukuki üstünlüğünü yargıç sayesinde kabul ettirilen bir normlar hiyerarşisine dayandıran Amerikan hukuk devleti anlayışdır. Bu anlayış, uygulamada anayasanın yasa üzerindeki tartışılmaz simgesel ve hukuki üstünlüğünü yargıç sayesinde kabul ettiren bir normlar aşamalandırmasına dayanır. ABD Anayasası, yalnızca devlet organlarının oluşturulmasına ilişkin bir sözleşme değil, çıkarılabilecek yasaların içeriğini de belirleyen bir temel kurallar dizgesidir³¹.

²⁹ Jacques **Chevallier**; *L'état de droit*, 2. baskı, Paris 1994, s. 11-67'den AKTARAN: P. **Braud**; *Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri*, s. 374, L. **Sfez**; *Duguit ve Devlet Kuramı...*, içinde: *Devlet Kuramı*, s. 408.

³⁰ İ. **Arsel**; *Anayasa Hukukunun Umumi Esasları Birinci Kısım: Demokrasi, Güven Matbaası, Ankara 1955*, s. 207. M. **Soysal**; *Anayasaya Giriş*, s. 167.

³¹ P. **Braud**; "Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri", içinde: *Devlet Kuramı*, s. 374. Bkz. M. T. **Özcan**; *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, s. 204-205. C. **Schmitt**; farklı ve muhalif bir bakış açısıyla, "hukukun üstünlüğünden hatta egemenliğinden

Hukuk devleti öğretisinin günümüzdeki başarısı, birçok uygun etkenin bir araya gelmesine dayanır. Geçmişin totaliter deneyimleri ve bunların sergilediği kitlesel kısımlar devletin sınırlandırılmasının gerekliliği yönünde bir bilinç oluşturmuştur. 1949'da Federal Almanya, bu konuda doğrudan doğruya Amerikan anayasacılığında esinlenen bir yargısal güvenceler sistemiyle donanmıştır. Birçok başka ülke de bu yolu izleyecektir. P. Braud, Fransız Beşinci Cumhuriyet Anayasası döneminde yakalanan kurumsal istikrarın etkisiyle Anayasa Konseyi'nin kamusal güçlerin yeni dengesinde hak ettiği yere oturduğunu belirtir. Sahip olduğu yetkiler konusundaki en önemli yenilikse, Anayasanın "Giriş" bölümünde açıklanan temel özgürlüklerin bir ihlaline yol açtığı iddiasıyla, resmen ilan edilmeden önce bir yasanın anayasaya aykırılığının ileri sürülebilmesidir³².

Ve nihayet yargı bağımsızlığı. 20. Yüzyılın son çeyreği, batı demokrasilerindeki bazı ülke örneklerinde görüldüğü gibi, yargıçların el attıkları konular ve verdikleri kararlarla siyasi iktidarlar karşısında bağımsızlıklarını açıkça ilân ettikleri bir dönemi başlatmıştır. Yargıç bağımsızlığının hukuk devletinin uygulamaya geçirilmesinde başlıca bileşenlerden biri olduğu, bu gelişmelerin etkisiyle açıkça ortaya çıkmıştır.

Anayasal bir devletin hukuku, siyasal erke, anayasanın getirdiği kayıtlara uygun davranmak yükümlülüğü yükler. Bu yükümlülüğün ihlali ise, hukuku korumakla ve uygulamakla görevli ve yetkili olan yargının müdahalesiyle karşılaşır. Siyaseti hukukla kayıtlamak ve düzenlemek de diyebileceğimiz bu işleyiş; "anayasa ile kavranan politika" deyimini anayasacılık diline kazandırmıştır. Ancak bu gelişmenin, politikanın kendine özgü

söz eden ifadelerin daha yakından sorgulanmasının siyasal düşüncenin bakış açısından doğal olduğunu söyler. İtirazı şuradadır: "*Burada "hukukla kastedilen" geçerliliğini koruması gerektiği düşünülen yürürlükteki pozitif hukuk normları ile yasama usulleri midir?" bu halde hukukun üstünlüğü, belli bir statükonun meşrulaştırılmasından başka bir anlam taşımaz. Siyasal güçleri ya da ekonomik çıkarları mevcut hukuk tarafından istikrara kavuşturulan herkesin bu statükonun korunmasını isteyeceği aşikardır.*"Bkz. C. Schmitt; Siyasal Kavramı, Çev. Ece Göztepe, Metis, İstanbul 2006, s. 87.

³² Bkz. P. Braud; agm, s. 376.

anayasayı kavrama ve yorumlama eğilimi ve alışkanlığını engelleyememesi, anayasayı politika-hukuk gerginliğinin çatışmalı alanında tartışılan ve sürekli didiklenen netameli bir metin haline getirmiştir³³. Bu metin bir yönüyle siyasal kurumların işleyişine ilişkin yetki ve görev haritası niteliğinde siyasal bir belge, diğer yönüyle de anayasal düzenin korunmasını yargısal süreçlerle kontrol altında tutan hukuki bir frendir. Siyasetin hukukla kontrolünü sağlamak için getirilmiş olan yöntem, ilke, kurum ve kuralların tümü bizi hukuk devleti kavramına ulaştırıyor. Hukuk devleti “rule of law”deyimi ile eşanlamlıdır. Hem yasa hem de hukuk anlamına gelen “law” teriminin hukuk devletinin belirleyicisi olması, hukuk devletinin salt pozitivist bir zeminde kavranmasını engeller. Siyasi çoğunluğun iradesinin üstünde bu iradeyi kayıtlayan ve denetleyen normlar vardır. Siyasi çoğunluğun bu normatif alanın dışına taşma eğilimi ise yargı engeli ile karşılaşır. Yargı ile korunan bu engelleyici blokun hukukunu, siyasi çoğunluk değil, bizatihi anayasa koyar. Anayasa Mahkemelerinin kullandığı “ölçü-normlar bloku” ya da anayasallık bloku, bu düşünce içinde şekillenmiştir. Anayasanın kendi içerdiği kurallar dışında, koyduğu hukukla ve öngördüğü yargısal mekanizma ile siyasal gücü denetleme yolunda kazandığı işlev anayasal devletten hukuk devletine sıçrayışı sağlamış, anayasa mahkemeleri hukuk devletini gerçekleştirmenin ve korumanın en temel koşulu haline gelmiştir. Özetle; hukukla sınırlandırılarak devletin keyfilikten arındırılması, başta yargısal denetim olmak üzere bir kısım kural ve kurumlarla denetlenmesi, kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması, yasa önünde eşitlik ve güçler ayrılığı gibi ilkeler hukuk devletinin kurucu unsurları olarak ortaya çıkmıştır. Hukuk devletinin yapıcı unsuru ise devletin demokratik bir anayasayla bağlı olması ve bu bağlılığı güvence eden bir yargısal mekanizmadır.³⁴

³³ Anayasanın hukuk ile siyaset arasındaki gerilimli alanda yer alan bir metin olduğu yolundaki ifade, şu tebliğden esinlenerek oluşturulmuştur: Rudolf **Machacek**; “Temel Hak Temini İle Politika Arasındaki Gerilimli Alanda Anayasa Yargısı”, Anayasa Yargısı 9, s. 47-61.

³⁴ M. **Koçak**; Devlet ve Egemenlik, s. 132.

II. HUKUK DEVLETİNDE YARGIYI ZORUNLU ve MUTLAK BİR YETKİ OLARAK DOĞURAN OLGUSAL NEDENLER

1. Siyasal Düzenin Kurulması ve Sürdürülmesi

Tüm örgütler gibi devlet de toplum içinde şekillenir ve toplum içinde varlığını sürdürür. Olguları netleştirmek için siyaset, devlet ve hükümet arasındaki farklılıkların vurgulanması bir zorunluluktur. Devlet, siyasal bir sürecin ürünüdür ve siyasetten sonra gelmelidir. Devleti, bir anlamda siyasetin dinamiklerinin düzenlendiği ve formüle edildiği bir kurum olarak da tanımlayabiliriz³⁵. Devlet hak ve görevleriyle yurttaşlardan ve kurumlardan, yasal yetki ilke ve iktidardan oluşur. Devlet yapısal ilişkiler ağıdır, bu ilişkilerin niteliğini ve yönünü belirleyen de toplumsal ihtiyaçlardır. İhtiyaçlar, devletin varlık nedeni konusundaki düşüncelerin belirleyici kriteri olmuşlardır. L. Lipson, İlkçağ'dan bu yana devleti sürekli büyüten bu ihtiyaçları; koruma düzen ve adalet olarak ortaya koymuştur. Bu ihtiyaçların karşılanması için devletin kullandığı veya devlet adına kullanılan yetkiye ise iktidar diyoruz. Diğer yandan; uyuşmazlıkların çözümü siyasal düzenin ilk ve temel nitelikteki bir 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 bağlar³⁶. 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. Bağımsız yargıya talebin güçlenmesi, anayasalarda bağımsız bir devlet fonksiyonu olarak yargının yeniden tanımlanması ve işlevine uygun bir statü kazanmasının da yolunu açmıştır. Yargının devlete ait bir işlev ve bağımsız bir

³⁵ Tanım için bkz. L. **Lipson**; Siyasetin Temel Sorunları, s. 64, Ayrıca bkz. A. P. **d'Entreves**; "Devlet Kavramı", Çev. Başak Baysal, içinde: Devlet Kuramı, s. 193-211 (s. 199 vd.). Bkz. C. **Schmitt**; "Somut ve Çağa Bağlı Bir Kavram Olarak Devlet", içinde: Devlet Kuramı, s. 245-257.

³⁶ Bkz. C. J. **Friedrich**; Sınırlı Devlet, s. 189.

devlet organı eliyle yürütülecek bir işlev konumuna yükselmesi, anayasanın özgürlükleri koruma amacı ile yakından ilgili bir gelişmedir. Bilindiği gibi, anayasacılık, iktidarı bölerek hükümetin faaliyetine etkin sınırlama ve kısıtlamalar getirmektedir. Bu yolla siyasi iktidarın bölünmesinin anlamını ve sonuçlarını kavrayabilmek için, belki iktidar kavramını yeniden ve biraz değişik bir bakış açısıyla yeniden ele almamız gerekmektedir. İktidar kavramı anayasa hukukunun geleneksel bakışı içinde devlet adına otorite kurmayı sağlayan siyasal gücün kimin elinde olduğu ve nasıl kullanıldığına ilişkin bir düşünceye dayanır.

C. Bali Akal, siyasi iktidarın ilişkisel tanımını olarak yönetme-yönetilme ilişkisini esas alıyor. O'na göre³⁷; “bu ilişkinin unsurları baskı ve onaydır. Baskı, salt kaba güç olarak kalmıyorsa, ya da yönetilenler yönetenlerin baskısını belli ölçüde onaylıyorsa, bu karşılıklılık “siyasi iktidar” olarak adlandırılır. Seçilen bu tanım, onaylanmamış baskıyı, meşrulanmamış güç kullanımını siyasi iktidar alanının dışına itmektir. Böyle tanımlanan siyasi iktidar ilişkisi hukukidir. Yöneten, yönetilenin onayından meşruiyet almaktadır. Onay da yönetenin uygulamasının bir kurallar dizgesine (yasa) bağlı olmasıyla sağlanabilmektedir. Yönetenin şöyle veya böyle bir yasaya gönderme yapmadan yönetilenin onayını alması ve yönetebilmesi mümkün değildir.”

Diğer bazı kaynaklarda da³⁸, iktidar sadece sahip olunan bir güç değil bir ilişkiler sistemi olarak ele alınmaktadır. Bütün bölünmüş iktidarların altında topluluğun ortak iktidarı vardır. Yasama, yürütme ve yargı gibi bölünmüş iktidarlar bu ortak iktidar alanından doğar ve bu iktidardan beslenirler. Sonuçta, iktidar siyasi toplumun bir var olma tezahürü değil, aynı zamanda projesidir.

Meşru bir iktidarın toplumsal rızadan beslenen bir otoriteyi kullandığı ve bu otoriteyi güç kullanma tekeliyle uyguladığı düşünüldüğünde iktidarı

³⁷ C. Bali Akal; “Bir Devlet Kuramı İçin Giriş”, içinde: Devlet Kuramı, Dost Yay., s. 14.

³⁸ C. Wright Mills; The Power Elits, Oxford University Press, New York 1957, s.22, K. J. Friedrich; Sınırlı Devlet, s. 190. M.T. Özcan; Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 250 vd.

ortaya çıkaran bu bileşenleri nasıl kavradığımız veya iktidarın bu bileşenleri hangi öncelik içinde kullandığı, devletle ilgili tartışma noktalarının belirleyicisi olmaktadır³⁹. Çünkü biliyoruz ki korunma ve düzen ihtiyacı, kaçınılmaz olarak siyasi iktidarı güç kullanma yetkisi ile ortaya çıkarmaktadır. Yönetme olgusunun hem kaçınılmaz sonucu hem de ikilemi olan bu gerçeklik bizi devletin varoluş nedenlerinin zorunlu olarak iktidarı ortaya çıkardığı sonucuna götürür. Siyasi iktidarı, devletli yaşamda toplumsal ihtiyaçların karşılanması bir aracı olarak görmek kaçınılmazdır. Ancak bu araç, bazen elinde bulunan güç kullanma yetkisini kötüye de kullanabilir. Destek tabanında yer almayan muhalif gruplara uyguladığı baskı yöntemleri ve getirdiği kısıtlamalarla kişisel özgürlükleri tehlikeye atacak bir duruma da gelebilir. İktidarın, onu elinde tutanların kötüye kullanımına açık ve elverişli niteliği, demokratik rejimlerin despotizme dönüşme tehdit ve tehlikesi altında olduğunun da işaretidir. Bu sebeple devletin örgütlenmesi ve işlevleri üzerine yapılan tartışmaların pek çoğu iktidarın meşruiyet sınırları içinde tutulması ve bu sınırlar ötesine taşmaması için gerekli önlemlerin alınması üzerinde yoğunlaşmıştır. Güç kullanımının bizatihi kendisi korkutucu ve rahatsız edici, iktidar da her türlü kötüye kullanıma açık olduğundan, devletli bir yaşamda yönetim sürecinden kaynaklanan sorunlar her zaman vardır; ancak sorunların niteliği ve çözümü konusundaki tartışmalarda gücün kötüye kullanımının nasıl engellenebileceğine ilişkin farklı bakış açıları farklı çözüm yolları üretmektedir. L. Lipson, gücün, devlete iktidar aracılığıyla zorunlu olarak yerleşmiş bir olgu olmasından hareketle; artık sadece koruma işlevi gören zararsız bir araç olarak kabul edilemeyeceğini, devlet analizinin merkezinde gücün konumlandığını belirtir⁴⁰. Bu noktadan itibaren devlet artık karşıladığı ihtiyaçlara göre değil, kendine ait kurumları ve yöntemleri üzerinden tartışılır olmuştur. Vurgu, varoluş amacından araçlara kaymıştır. Sonuç, kurumlar ve yetkiler açısından görece önem ve önceliklerin yer değiştirmiş olmasıdır. Önceleri araç olan siyasi iktidar, artık belirleyendir ve koruma işlevine yönelik güç kullanımından çok, sahip olduğu gücü, varlığını sürdürmek için toplumu baskı altında tutmak şeklinde kullanmaktadır.

³⁹ Bkz. T. Z. **Tunaya**; *Siyasi Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, s. 158.

⁴⁰ L. **Lipson**; *Siyasetin Temel Sorunları*, s. 90.

Devleti oyun sahası olarak kullanan siyasal erk için temel sorun iktidarını nasıl artırabileceği, siyaset için de temel sorun, iktidar mücadelesinin sürdürüldüğü bir arena olmak için daha ne kadar düzenlenebileceğidir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin 18. Yüzyıl'da siyasal iktidarı, farklı devlet işlevlerine uygun görev ve yetkiler demeti olarak bölmesi, iktidarın varlığını sürdürme amacına odaklı bir güç olması tehlikesini önleyememiştir. Hukukun etkinliğini ön plana çıkarmak bu bakımdan da önemlidir. Çünkü hukukun etkinliğinin ön plana çıkarılması olgusal olarak varlığının saptanmasını da ön plana çıkarır. M.T. Özcan; hukukun arkasında iktidarı barındırdığını, oysa bir pozitif hukukçunun yaklaşımında, yaptırımlarıyla hukuku destekleyen devletin asıl ögesini oluşturan iktidarın, yine devlete ait hukuki kişilik tarafından perdelendiği veya görünmez hale getirildiğini belirtir⁴¹. O'na göre; bilinçli veya bilinçsiz yapılan bu perdelemenin hukukun meşruluğu sorununda bir ilerleme sağladığı, iktidarın çıplak varlığına göndermede bulunmayan meşruluk söylemlerine olanak verdiği bellidir. Bu sayededir ki hukukun getirdiği yaşama düzeni yönetilenler tarafından rasyonalize edilir ve getirdiği düzen gayri şahsi olarak algılanır. (Halbuki) iktidar uygulaması, bir kuvvet ilişkisidir, zira kaynağı ne olursa olsun iktidarda bir yöneten/yönetilen ilişkisi vardır. Bu iktidarın hukukla ilgili sayılamayacak olan ve yalın olarak yönetim çıkarına veya rakip iktidar odakları ile çatışmalarına ilişkin davranışları hukuk alanı dışına çıkarmak ve başka bir platformda değerlendirmek gerekir⁴². Yargı, siyasi iktidarı tüm uygulamaları açısından denetleyen ve anayasal sınırlar içinde tutan bir yetki olarak siyasi iktidarın bu kontrolsüz büyümesi ve amaçlaşması tehlikesinden doğmuş bir yetkidir ve siyasi iktidarın, bireysel özgürlükler ve toplumsal yaşam için arz ettiği tehdit ve tehlike potansiyelinin artması oranında güçlenmeye mahkum bir yetkidir. Toplumsal ilişkiler dokusunun hukuk algısına göre tanımlandığı ve hukuk tarafından belirlenmiş olağan yaşamın sürdürüldüğü bir toplumda geçerli olan hukuk devletinde, bireylerin hak ve yükümlülüklerini tanımlamada kilit rol yargıçlardır. Dicey, İngiliz Anayasa Hukukunun üstünlüğünü, bu hukukun, yargı kararları ile (kendi deyimiyle "yargısal yasama"

⁴¹ Bkz. M. T. Özcan; Hukuk Sosyolojisine Giriş, s. 46.

⁴² M. T. Özcan; Hukuk Sosyolojisine Giriş, s. 46.

yoluyla) yapılmasına bağlamıştır⁴³. Bu ifade, hukuk devleti güvencesinde temel rolü yargıya bırakmaktadır. J. Raz hukuk devletini bu role uygun iki temel ilke ile tanımlamıştır: Bunlar; “insanların hukuk tarafından yönetilmeleri ve hukuka uymaları ile söz konusu hukukun insanlara rehberlik yapabilecek nitelikte olmasıdır⁴⁴. Diğer yandan hukuk devleti, sadece bireysel hak ve özgürlükler ile hak arama yollarından ibaret değildir, aynı zamanda yasama organının edimlerinin hukukla sınırlandırılmasını da gerektirir. Türk hukukunun da içinde bulunduğu geniş bir hukuk ailesinin kanunların anayasaya uygunluğu denetimi usulünü benimsemesi bu anlayışın sonucudur. Burada, kanunların anayasa metnine göre denetlenmesinden değil, anayasanın ne olduğuna Yüksek Mahkemenin karar vermesinden söz ediyoruz. Dicey, paternalist yönetim usullerinin hukuk devletine aykırı düştüğünü, yürütme gücüne yargısal bir sınır getirmenin zorunluluğunu bu bağlamda ifade etmiştir⁴⁵.

2. Yasanın Yaratıcı Kaynağı Olarak Devlet ve/veya Siyasal İktidar-Hukuk İlişkisi

A. Genel Bir Bakış

Sosyal bilimlerin konusu olan devlet, öncelikle hukuki bir kavramdır ve yalnız hukuki olarak tanımlanabilir⁴⁶. Doktrinde bir görüşe göre geleneksel hukuk dogmatizminin araçlarıyla düzenlenemeyecek öyle bazı sorunlar vardır ki bu sorunlar “hukuki devlet kuramı” olarak isimlendirilen farklı bir disiplinin alanındadır. Kullanımı, devri, meşruiyeti vb. sorunlar çerçevesinde tartıştığımız iktidar kavramı, devlet organları ya da hukuk devleti gibi hukuk diline ait kavramlar içinde bir anlam kazanabilir. Egemenlik ve temsil gibi konular da devleti hukuk içinde tanımlamamıza yardımcı olacak konulardır.

⁴³ A.V. Dicey; Introduction of the Study of the Law of the Constitution, 8th ed., London, Mac Millan &co, 1915, pp. 182 vd.

⁴⁴ Joseph Raz; The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford University, Oxford 1979, p. 210.

⁴⁵ Bkz. A.V. Dicey; Introduction..., pp. 185-188.

⁴⁶ G. Jellinek'den AKTARAN: Michel Troper; “Hukuki Devlet kuramı Üstüne”, içinde: Devlet Kuramı, s. 341.

19. Yüzyıl'da devleti salt hukuki bir kavram olarak gören ve hukukla özdeşleştiren öğretiyi egemen olmuştur. Bu öğretinin temeli egemenlik, temsil, devlet fonksiyonları ve devletin organları gibi kurumların ve bunları üreten kuramların bir devlet kuramının bileşenleri olduğu ve genel devlet kuramının devleti tanımlayan değil oluşturan bir kuram olduğudur⁴⁷.

Devletle hukuk arasındaki ilişkinin kuramsal nitelik kazanmaya başladığı dönem Ortaçağ'dır. Ortaçağ siyaset kuramcıları kendilerini, devleti bir takım hukuki temeller üzerine kurmak ve onu hukuki bir işlemin sonucu saymak zorunda hissetmişlerdi. Diğer yandan devletin sadece hukuki temele değil, ahlaki ve doğal bir gerekliliğe de dayalı olduğu konusunda tam bir görüş birliği içindeydiler. Ayrıca öğretileri de devletin hukuk düşüncesini gerçekleştirmek için görevlendirilmiş olduğu inancını taşıyordu. Bu inanç, hukukun devletle aynı düzeyde yer aldığı ve devlete bağlı olmadığı yolundaki Ortaçağ hukuk-devlet öğretisinin tam merkezinde idi. Bu çağda “hukuk için ve hukuk içinde var olan devlet” düşüncesinde billurlaşan hukukun üstünlüğüne dayalı eski Germen Hukuk-Devlet anlayışının⁴⁸ yetersizliği konusundaki düşünceler, hukukla devlet arasındaki ilişkinin başka temellerde yeniden kurulmasına ilişkin arayışları artırmıştı. Hukukun üstünlüğü düşüncesine dayalı hukuk-devlet anlayışı hayatı, kamusal ve özel ilişkileri hukuki bir düzene bağlıyordu.

Otto Gierke'in “Ortaçağ'da Siyasi Kurumlar: Devlet ve Hukuk” makalesinin giriş cümlelerinden yaptığımız bu çıkarımlar kendi içinde çelişkileri de barındırıyor: Bir yandan hukukun devlet için, devlete bağlı ve devlete göre var olduğu, öte yandan devletin hukuk için hukuka bağlı ve hukuka göre var olduğu nasıl düşünülebilir? Devlet ve hukukun birbirleri için birbirlerine bağlı ve birbirlerine göre var oldukları düşüncesi Ortaçağ'a yabancıdır. Ortaçağ, sorunu pozitif hukuk düşüncesinin karşısına doğal

⁴⁷ Michel Troper; “Hukuki Devlet Kuramı Üstüne”, içinde: Devlet Kuramı, s. 342-343.

⁴⁸ “Rudolf Gneist, hukuk devletinin niteliğini araştırırken bunun, kökenleri Orta Çağ hukukunda bulunan özgül olarak Alman nitelikli bir kavram olduğunu ileri sürer.” Bkz. Michel Troper; “Hukuki Devlet Kuramı Üstüne”, içinde: Devlet kuramı, s. 349, Bkz. Y. Işıktaç; Hukuk Felsefesi, s. 104.

hukuk düşüncesini koyarak çözmüştür. Bu hukuk düşüncesi, dünyevi iktidarı aşan bir ilkedan kaynaklanıyordu ve tam bir bağlayıcı güce sahipti. Devletin varlığından önce “doğal yasa”nın bağlayıcı bir kurallar bütünü olarak var olduğu ve bundan, doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak devletin kendi meşru kökenini bile borçlu olduğu hukuk kurallarının doğduğu farz edilir. Doğal hukukun kuralları her şeyin ve herkesin üstündedir ve ne yasalar, ne yöneticinin tasarrufları ne halkın kararları ne de gelenekle bozulabilir. Doğal hukukun ebedi ve değişmez ilkeleriyle çelişen her şey bütünüyle geçersizdir ve hiç kimseyi bağlamaz. Böyle bir hukuk anlayışından egemenliği kullanan dünyevi iktidarın gücünün rasyonel ilkelerle sınırlanması aşamasına, doğal hukuk düşüncesinin dini ve dünyevi egemenlik alanlarına giderek artan ve güçlenen saldırıları nedeniyle ulaşılmıştır. “Yöneticinin tanrısal hakkı” düşüncesinden temellenen monarşi ile egemenliği halka ait bir yetki olarak gören cumhuriyet arasındaki en belirgin fark da yasa kavramı ve bunun uygulanışında ortaya çıkmıştır. Yöneticinin egemenliğini yani monarşiye savunanlar pozitif hukuku yöneticinin açık ya da örtülü olarak ifade edilen iradesiyle özdeşleştirmişlerdir. Yöneticiyi kendisinin ya da seleflerinin yaptığı yasaların önünde ve üzerinde görmüşlerdir. Cumhuriyetin yöneticileri ise halk tarafından yapılan ya da halkla birlikte yaptıkları yasalara bağlıdırlar. Monarkın, yasanın ruhu olarak davranıp mevcut hukuku, her münferit olayda o anın ihtiyacına göre ağızlarından çıkan bir sözle değiştirebilmesi, yasalara bağlı olmayan iktidarlar olgusunu ortaya çıkarmıştır. Egemenliği bütünüyle ya da kısmen halka dayandıran yazarlar ise bu öğretiye cephe almışlardır. Halk egemenliğini temel ilke olarak kabul eden kuramın savunucuları, yönetim biçiminin önemli olmadığını, yasaların bağlayıcı gücünün daima toplumun rızasına dayandığını belirtmişlerdir. Yasama ve yürütme kuvvetlerinin birbirinden ayrılması bu düşünce paralelinde önerilmeye başlanmış ve bu ayırım o andan başlayarak hukukun üstünlüğü (hukuk devleti- Rechtsstaat)düşüncesinin gelişiminde en önemli yeri tutmuştur⁴⁹.

⁴⁹ Özellikle de Padovalı Marsilius ve Nicholas Cusanus bu noktada modern fikirler geliştirirler. Şu da gözlenmiştir ki, Ortaçağda pek çok yazar, Monarşi için kabul etmedikleri yasanın yürütmeden ayrılması sisteminin Cumhuriyet rejiminde olabileceğini belirtmişler ve bu ayırımın da Cumhuriyetin ayırt edici yönü olduğunu

Devlet, modern çağa ait bir kavramdır. Onu hukuki bir yapı olarak tanımlamanın ilk ve temel nedeni ise, yasayı uygulayan bir güç olarak siyasi iktidarın bu yapı içinde varlık kazanmış olmasıdır. Doktrin, yasayı aşkın bir hukuk kaynağına bağlayan doğal hukuk anlayışından, modern devletin ortaya çıkışına paralel bir gelişme ile somut bir iradeye bağlayan bir düşünsel yaklaşıma evrilmiştir. Bir başka deyişle hukukun kaynağını devlette bulan ve hukuki pozitivizm olarak da isimlendirilen bu yeni anlayış, ulus devlet kavramının da merkezinde bulunduğu bir hukuk düşüncesini biçimlendirmiştir. Bu düşünceye göre hukukun kaynağı devlettir. Bu anlayış; yasayı, devlette yönetici sıfatını haiz egemen iradenin ürünü saymak yoluyla, modern bir toplumda siyasi iktidarın her türlü keyfi tasarrufuna açık kapı bırakan tartışmalı bir zeminde oturmaktadır. Yönetim işlevini üstlenmiş, kullandığı egemenlik yetkisini dünyevi bir kaynağa yaslamış siyasal iktidar, günümüzde devlet ve demokrasi ile ilgili tüm sorunların anahtar kavramı olarak hukuk ve siyaset arasındaki ilişkiyi, bu ikisine özgü meşruiyet vb. konulardaki tartışma alanlarının sınırını da kendisi belirlemektedir. A. Y. Sarıbay, konuya ilişkin soruyu şöyle soruyor⁵⁰: “Eğer hukuk, iktidar (egemen) ile ilintili; iktidar, bir toplum kesiminin diğerleri üzerinde uyguladığı bir kontrol mekanizması; anayasa da iktidarın (egemenin) yasası ise ; halkın iktidarı kimin üzerinde uygulanacaktır?” Sartori’nin de “Halk egemenliğinin nesnelere, yöneldiği kimseler kimlerdir?” şeklinde sorup “halkın halk üzerindeki iktidarı” biçiminde verdiği cevap; yine Sartori’ye göre, halkın denetimini yitirecek olması halinde, halk üzerindeki egemenliğin, halk egemenliği ile hiçbir ilgisinin kalmaması tehlikesini içermektedir. Sarıbay, bunun bir tehlike değil modern politikanın izahı mümkün ontolojik bir boşluğu olduğunu söyler⁵¹. Konuya döndüğümüzde; Ortaçağa özgü “dünya ötesi bir odağa bağlı egemenlik” ve bu odak merkezli “dünya ötesi bir kitabın değişmez emirlerinin dünyevi düzlemde yerine getirilmesi”⁵²

söylemişlerdir. Bkz. Otto **Gierke**; “Ortaçağ’da Siyasi Kurumlar: Devlet ve Hukuk”; dipnot 13, s. 506.

⁵⁰ Ali Yaşar **Sarıbay**; “Politik Anayasacılık: Hukukun Politik Mantığı”, İçinde: Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt I - Siyaset Bilimi, s. 383-397 (s. 388).

⁵¹ A. Y. **Sarıbay**; age, s. 388.

⁵² C. Bali **Akal**; age, s. 21.

amaçlı siyaset yapma anlayışının, yeni egemenlik ve sözleşme kurgusuyla yasa yapım yetkisini “ulus” olarak adlandırılan soyut bir bütüne devretmesi, modern düşüncede siyaset-hukuk ilişkisini tamamen farklı kodlarla düşünmemizi sağlamıştır. Buna bağlı olarak; yasa da artık her ulusun kendi koşulları doğrultusunda kendi iktidarı aracılığı ile belirlediği kendi doğrusu veya yanlışı olacaktır. Dolayısıyla iktidarını dünyevi kavramlar üzerinden tanıyıp kurumsallaştıran modern devletin, hukuk devletine evrilmesi, ürettiği hukukun niteliği ve bu hukukla ilişkisi üzerinden değerlendirilmelidir. Ama önce, yasallık, anayasallık ve hukukilik çemberlerine özgül iradesiyle aşama aşama girmiş bu devletin ilk tanımlayıcı karakteri bir ulus-devlet oluşudur. Ulus, hukuk yapma veya yasa yaratıcılık olarak tanımlayabileceğimiz egemenlik yetkisi kendinde olan, bu niteliğiyle meşruiyetini de kendinden alan bir varlıktır. Modern devlet, böyle bir varlığa yaslanmak suretiyle, kendi siyasal çatısı altında egemenlik, bağımsızlık, ulusal yasalara bağlılık, tüzel kişilik kavramlarını da yan yana getirmiştir.

Devlet-hukuk ilişkisinde öncelik ve birinin diğerine kaynaklık edip etmediği sorunu, bu ilişkiye bağlanacak sonuçları da etkilemektedir. Devletin hukuka önceliği görüşü, devletin yalnızca bir hukuk kaynağı olmayıp, bilakis kendisinin bir hukuki yapı olduğu olgusunu engelleyecektir. Hukukun devletin önünde ve üstünde yer aldığını varsaydığımızda ise devlet öncesi ve üstü bir hukuku kabul ve doğal hukuk öğretisinin bir yenilenmesi gerçeği ile karşı karşıya kalırız⁵³.

B. Devletin Hukuku ya da Hukuki Pozitivizm

Hukuki pozitivizmi tarih boyunca diğerlerinden ayıran olgu, hukukun hep yaratılmış bir şey, yapay bir yaratının nesnesi ve sonucu biçiminde norm ya da normlar bütünü olarak ele alınmasıdır. Hukuki pozitivizmin temel ilkesine göre yasanın yaratıcısı gerçeklik değil otoritedir. Yaratılmış hukuktan genellikle yasama hukuku, yani egemen bir irade tarafından yaratılmış hukuk anlaşılmaktadır. Yasamanın yaptığı hukukun meşruiyetine ilişkin başlıca itiraz, bu hukukun halkın inanç ve beklentilerine uygun olma

⁵³ Bkz. G. Radbruch; “Hukuk Devleti”, çev. Hayrettin Ökçesiz, içinde “Hukuk Devleti”, Afa, s. 11-16 (s. 11-12).

yönünde taşıdığı eksiklidir. Bu durumda hukuk yaratmanın diğer yöntemi olan örf ve adetle yasama hukuku arasındaki meşruiyeti karşılama açısından kurulabilecek ilişki nasıl olmalıdır? İki arasında siyasi açıdan anlamlı bir fark; ilkinin görece merkezi bir usulle, ikincisinin ise görece adem-i merkezîyetçi bir usulle yaratılmış olmasıdır. Yasalar yasa yapma amacıyla kurulup bu çerçevede işlev gören bir organ tarafından yapılmaktadırlar⁵⁴. Demokrasiyi “*normların ademi merkezileştirilmiş bir yöntemi*” olarak tanımlayan Kelsen’den esinlenerek, normların yaratılmasının merkezileştirilmiş yöntemi olan yasa yapma iktidarını, otokratik bir yönetim biçimi saymak mümkündür. Görülüyor ki, yasa devleti - parlamentonun üstünlüğü ve çoğunlukçuluk ilkelerini yan yana getiren bir yasa anlayışında temel problem, bu anlayışın demokratik bir temele oturmuyor olmasıdır. **Parlamentolu demokrasileri demokratik kılan, ulusal temsil organı olan parlamentonun yasa yapma iktidarı değil, ulusun bu iktidarı denetlemek ve tasarruflarını hukuki kılmak için yine egemenlik yetkisi içinde var ettiği kurumlardır.** Kelsen, “*özel organlar tarafından yaratılan yasama hukukuna doğru teknik gelişimin dinamik bir merkezileşmeyi ve buna bağlı olarak da demokratik hukuk yaratımı yönteminde de bir küçülmeyi ifade ettiğini*” savunmuştur. N. Bobbio, Kelsen’in bu bakış açısının, yasama hukukunun tanımı gereği otokratik bir hukuk olduğu yolundaki bir düşünceyi yansıtmadığı, temsili demokrasilerde olduğu gibi uyruklara dolaylı da olsa, yasanın yapılmasına katılma hakkı tanındığı anda yasama hukukunun demokratik olabileceği savını da içerdiğini belirtir⁵⁵. Ancak bu durumda da yasanın demokratik niteliğini belirleyen, yurttaşın her bir yasanın oluşumuna katılırken sahip olduğu bilinç düzeyidir.

İlkeler ve kurallar arasındaki anlam farkını görebilmek, bunları birbirine karıştırmadan yerli yerince kullanma ve yapılacak tartışmaların da daha

⁵⁴ Norberto **Bobbio**; “Kelsen ve Hukukun Kaynakları”, İçinde: Devlet Kuramı, s. 462 vd. N. **Bobbio**, burada, hukuk yaratmanın başlıca iki biçimi olan örf ve adet hukuku ile yasa arasındaki ayırıcı unsurlar konusunda Kelsen’in görüşlerine yer vermiştir. Normların yaratılmasının merkezileştirilmiş bir yöntemi olan yasama organınca yasa yapımı, otokratik bir yöntemdir.

⁵⁵ N. **Bobbio**; agm, s. 464.

sağlıklı yürütülmesi açısından yararlı olacaktır. Örneğin ulusal egemenlik ilkesel bir kavramdır. Bu kavramın algısına yönelik karışıklık, devlet kurumlarının görev ve yetkileri konusunda yaşanan kavgaların da sebebinin oluşturmaktadır. Ulusal egemenlik ilkesinin, ulusun egemenliği elinde bulundurma iradesinin ifadesi olarak değil de, her devlette uygulanma biçimi ne olursa olsun, “egemen” denilen ve her zaman ulus içinde gerçek anlamda var olan bir üstün iktidar iddiasını beslemek için kullanılması yanlıştır⁵⁶. Aynı şekilde kuvvetler ayrılığı ilkesi de, uygulamada görev ve yetkilerin nasıl kullanıldığına, kuvvetlerin nasıl iç içe geçtiğine bakılmaksızın salt her devlette bu kuvvetlerin var olduğuna ilişkin bir iddiayla geçiştiriliyorsa, kavramların ruhlarından ve amaçlarından uzaklaştıklarını söylemek mümkündür. Bilhassa, ulusal egemenlik ilkesi ile yan yana ve hatta onunla özdeş kullanılan “parlamentonun üstünlüğü” ilkesi bu yanlış algıdan payını fazlasıyla almış görünmektedir. Egemenliğin kayıtsız şartsız ulusa bağlı bir yetki olarak ortaya çıkması, monarşiye karşı verilen savaşta kazanılan ilk mevzi idi. Ancak “kayıtsız şartsız bağlılık” kavramı, bu savaşın özel koşullarından türeyen bir kavram değil, Ortaçağ soyluluğunun tam göbeğinde yeşermiş bir kavramdı. Feodal ilişkiler piramidinin harcının “efendiye kayıtsız şartsız sadakat” olduğu hatırlanırsa, iddiamızın gerçekliği kabul edilir. Devlet düşüncesindeki gelişme ve modern devletin kurumlarının şekillenmesi aşamasında “kayıtsız şartsız bağlılık” kavramı, geliştirilmesi mi yoksa ortadan kaldırılması mı gerektiği noktasında değil, bu bağlılığın merkezinde kimin olacağı noktasında çekişme konusu edilmiş, kazanan parlamento olmuştur⁵⁷.

⁵⁶ İ. Ö. **Kaboğlu**, Fransa’da 1791 Anayasası ile ulusal meclisin kendisini kurucu meclis ilan ederek yasama erki ile kurucu erki birleştirdiğini ve böylece egemenliğin kurgusal sahibi millet iradesinin halkın belirlediği temsilcilerden oluşan meclis tarafından ifade edildiği için gerçek egemenin yasa koyucu olduğunu ve bu varsayımın, yasayı “genel iradenin ifadesi” olarak kabul eden 1789 Bildirgesi’nden kaynaklandığını belirtir. Bkz. İ.Ö. **Kaboğlu**; Anayasa Hukuku Dersleri, s. 5.

⁵⁷ Arthur Maurice **Hocart**; “Krallar ve Danışmanları: Yasa”, içinde: Devlet Kuramı, s. 90. “...İngiltere’de Parlamento kazandı ve artık, eskiden Kutsal Hak’kın en fanatik yandaşlarının ileri sürdükleri gibi kayıtsız şartsız bir itaat beklemektedir. Monarşiye de teselli ödülü olarak kayıtsız şartsız hanedan hakkı kalmıştır.”, H. **Mayo**; “seçilmiş temsilcilerin (parlamentolar vasıtasıyla) yaptıkları yasalar ve

Bugün, Türkiye örneğinde bir kısım hukukçuların öncülüğünde ulusal egemenlik-parlamento-yasa özdeşliği sağlanarak yaratılan siyasi iktidar fetişizmi ve yargı düşmanlığı, hukuk devletine giden yolda birkaç yüzyıldır alevli bir şekilde yaşanan doktriner tartışmalardan bihaber görünüyor. Oysa Locke daha 18. Yüzyılda, “*yasa koyucu ya da en yüce güç, keyfilikle ve rastlantısal kararlarla yönetebilmek yetkesine sahip olduğu sanısına kapılmamalıdır. Bu güç, adaleti kamuya duyurulmuş sürekli yasalar ve tanınmış ve yetkilendirilmiş yargıçlar yardımıyla gerçekleştirilmelidir*” diyerek sorunun o çağda tıpkı bugünkü gibi açık ve net görüldüğünü ve çözümünün de ne olabileceğini ortaya koymuştu⁵⁸. Çoğunluğa hukuki sınırlar getirilmesi zorunluluğu, her zaman duyulan çoğunluk baskısı korkusundan beslenmiştir⁵⁹

Sorun; siyasi iktidarın yasalar yoluyla çoğunlukçu baskı yaratabilme potansiyelidir ve kanun fetişizmi ile beslenmektedir. Düşünsel kaynaklarını Malberg’de bulduğumuz bu anlayış, çağdaş anayasacılık hareketlerini etkilediği gibi, Türk anayasa doktrininin de şekillendirmiştir. Malberg devlet fonksiyonları tasnifinin organik ve prosedüral unsurlar üzerine kurulu olduğu, devlet işlemleri rejiminin formel verilere göre tespit edildiği görüşündedir, ve kanun kaynağının taşıyıcısı olarak temsili rejim teorisini geliştirmiştir. Bu anlamda kanun teorisi, kanunun hukuki değerini ve asli niteliğini, yapıcısının, Parlamentonun siyasi konumuna bağlamaktadır. Bu

güttükleri siyaseti meşru kılan ve dolayısıyla bağlayıcı hale koyan unsurun arkasında seçmenlerin çoğunun bulunduğu dair bir inanış olduğunu” ifade eder. “Ancak bu kararlar gerçekte seçmenler tarafından doğrudan doğruya alınmadığı için iddianın doğruluğunu göstermek bakımından bazı mantıki bağların kurulması gerekir ki, bu bağlar genellikle çok zayıftır, çünkü (uygulanan) seçim sisteminin etkinliğine bağlıdır.” (bkz. H. Mayo; Demokratik Teoriye Giriş, s. 67), Meşruiyet gereklidir fakat dünyanın hiçbir yerinde demokratik hükümetlerin meşruiyeti bütün seçmenlerin küçük bir modeli olması esasına dayanmaz (s. 69)der, O’na göre; “anayasa düzeni, oyunun kurallarında vardır, yani anlaşma, güdülen kamu siyasetlerini icra edilmeden hatta münakaşa bile edilmeden önce meşru kılar” (s. 70).

⁵⁸ Bkz. AKTARAN: Hayrettin Ökçesiz; “Hukuk Devleti”, s. 18.

⁵⁹ H. Mayo; Demokratik Teoriye Giriş, s. 158.

teoriyi yorumlayan Burdeau, Malberg'in hukuki açıdan devlet organı, siyasi açıdan halkın temsilcisi olan parlamentoyu siyasi iradenin hukuk kuralına dönüştüğü bir pota saydığı sonucuna varmıştır. "Yasadan önce sadece siyasi güçler, yasadan sonra sadece hukuk kuralları vardır"⁶⁰.

Milli egemenliğin tek temsilcisi yasa koyucunun işlemi olan yasaların, diğer devlet iktidarı işlemlerine üstünlüğü anlayışı, parlamentoların hegemonya kaynağını hazırlarken, "yürütmenin düzenleme iktidarı teorisi"nin de alt yapısını meydana getirmiştir. Bu kuramsal açıklama şemasının neredeyse aynen uygulandığı bir model, İngiliz siyasal sistemidir. İngiliz parlamentosu egemen bir anayasa meclisidir. İstedığı kanunu kabul eder, hükümet sistemini değiştirebilir, yeni kral tayin edebilir, adalet sistemine müdahale edebilir ve yurttaşların kişisel haklarını ortadan kaldırabilir. Parlamento ile halk arasında hiçbir hukuksal fark yoktur. Sanki tüm millet o parlamentoda mevcutmuş gibi her türlü hak ve yetkileri parlamentoda temsil edilir, parlamento milletin adeta kendisidir. Parlamento hem pratik hem de hukuki bakımdan millet iradesinin tam olarak tecelli ettiği yegane organdır. A.V. Dicey de bunları hem ifade etmiş hem de uygulamasını savunmuştur fakat parlamentonun üstünlüğü ilkesini bu şekilde savunurken, hukuk devleti yönünden mahkemelerin hukuk yapması anlamında "yargısal yasama"nın varlığını güvence olarak ifade etmişti⁶¹. Bir başka deyişle parlamentonun, prosedüral hukuk devletinin amacı ve gereklerini aşan bir yasa yapması söz konusu değildir. Prosedüral hukuk devleti ile yasa yapma arasında kurulmuş olan bu denge yasalaştırmanın özgürlükler aleyhine bir tehlike yaratmasını engellemektedir.

Parlamentoyu millet iradesinin tecelli ettiği tek yer olarak görme yönündeki kuramsal yargılardan hareketle, Türk siyasi sisteminde de parlamentonun rolü ve işlevi aynı şekilde anlaşılmalı istenmektedir. Özellikle, anayasa yargısının kabul edildiği 1961 Anayasası'nın yürürlük kazandığı tarihten bu yana yargının konumu, ulusal irade ve ulusal egemenlik kavram-

⁶⁰ Carre de **Malberg**, Contribution, s. 694 vd.'dan ve G. **Burdeau**; "L'apport de Carre de Malberg..."den s. 104'den AKTARAN: B. **Çağlar**; Anayasa Bilimi, s. 57.

⁶¹ Bkz. A.V. **Dicey**; Introduction..., s.191, K. **Doehring**; Genel Devlet Kuramı, s. 203., M.T. **Özcan**; Modern Toplum ve..., s. 222.

larının harmanlandığı bir teorik atmosferde hep tartışma konusu yapılmış parlamentonun kaybettiği ileri sürülen itibarın iadesi sık sık dillendirilir olmuştur.

Oysa yazılı anayasa geleneğinin ilk ürünleri olan ABD ve Fransız Anayasaları bu denli güçlü ve egemen bir parlamento tasavvur etmemişlerdir. Amerikan Anayasasına göre, Kongre ve yürütmeyi temsil eden Başkan, anayasaya müştereken bağlıdırlar ve anayasanın çizdiği yetki sınırlarının dışına çıkamazlar, eğer çıkacak olurlarsa bu onlar açısından yetki ihlalidir ve kanuna aykırı hareket etmiş olurlar. Fransız devriminden sonraki tüm anayasalarda yurttaş haklarını yasama ve yürütme organlarının taarruzundan korumak maksadıyla ulusal meclisin üstünde yer alan ve onu kontrol eden bir anayasa düşüncesinde karar kılındığını gösteren ilke ve izler vardır⁶². Amaç açıktır: Ulusal iradeyi temsil iddiasındaki çoğunluğun, kanunlar yoluyla oluşturacağı baskının özgürlükleri yok etmesini önlemek veya daha kısa ve yalın bir anlatımla; çoğunluk baskısı yoluyla kurulan çoğunluk despotizmini engellemek. Çoğunluk baskısı, yönetenlerin yasalar yoluyla kurdukları, yasa yapma yetkisinin kötüye kullanımını da içeren bir baskı türüdür. Bu tarz bir kötüye kullanma, bir tiranın veya bir monarkın eyleminden farklıdır, çünkü hür demokratik sistemlerde çoğunluğun anayasaya uygun olarak yaptığı her tasarruf yasal olacağından çoğunluk baskısını yaratan kötüye kullanımın temelinde anayasa vardır, yasa vardır. Yasama meclislerinin, müstebit bir çoğunluğun kolay kolay bertaraf edemeyeceği anayasal sınırlarla sınırlanması çağdaş demokratik sistemlerde anayasaların en temel işlevidir. Temel hak ve özgürlükler olarak isimlendirilen ve çağdaş anayasaların hemen hepsinde kategorik bir biçimde yer alan özgürlüklere ilişkin anayasal hükümler ve bu özgürlüklerin nasıl düzenleneceği veya sınırlandırılacağına ilişkin yine anayasa ile getirilen kayıtlar dışında, anayasal bir sistem; yasama meclisleri yoluyla yapılan yasama tasarruflarında da aynı kayıtları koymak zorundadır. Yasaların anayasaya uygunluğunu kolaylayıp gözeten anayasa hükümlerinin yöneldiği amaç da budur. Tam da bu noktada, yasama organının yapmış olduğu yasalara karşı yargısal denetim yoluyla oluşturulan barikatın bir milli irade gaspı olduğu, “yargıçlar

⁶² Bkz. J. Bryce, Amerikan Siyasi Rejimi, s. 12-13.

hükümeti” kavramını besleyen böyle bir uygulamanın demokrasi düşüncesi ve uygulaması ile bağdaşmayacağı yolundaki tezlere cevap verebilmek için yukarıdaki açıklamalarımız eksik ama uyarıcıdır.

C. Devlet-Hukuk Özdeşliği

“Her devlet bir hukuki düzendir ama her hukuki düzen bir devlet değildir. Ne ilkel toplumların devlet öncesi hukuki düzeni, ne de, ister devletler üstü ister devletler arası olsun uluslararası hukuki düzen bir devlet sayılabilir. Bir devlet sayılabilmesi için bir hukuki düzenin (sözcüğün dar ve özgül anlamıyla bir örgütlenme niteliğine sahip olması gerekir. Yani onu oluşturan normların yaratılması ve uygulanması için uzmanlaşmış organlar kurması gerekir ve bunun için de belli bir merkezleşme aşamasında olması gerekir. Devlet görece merkezleşmiş bir hukuki düzendir⁶³”.

XX. Yüzyılın ilk yarısında H. Kelsen, klasik egemenlik ve hukuk devleti kuramlarını yeniden düşünmeye zorlayan yeni bir kuram ortaya atmıştır. G. Radbruch “devlet-hukuk özdeşliği” olarak ifade edilebilecek bu kuramın hukukla devletin aynı şey olduğunu ileri sürmekle hukuk ile devlet arasındaki öncelik sorununu gündemden düşürdüğünü belirtir. Devlet kendini yasa biçiminde ifade ettiği sürece yasaların yaratıcısı ve yasada anlamını bulan güç olacaktır. Devlet kural koyan bir etkinlik olarak hukuk, hukuk kurala bağlanmış bir etkinlik olarak devlettir, biri diğerinden ayırt edilebilir ama ayrı tutulamaz⁶⁴. Kelsen’e göre devlet görece merkezleşmiş, mekansal ve zamansal geçerlik alanı içinde sınırlandırılmış, doğrudan uluslararası hukuka tabi, tümüyle ve genel olarak etkili bir hukuki düzendir⁶⁵. Bir başka deyişle devletin gücü, bir egemenlik yetkilendirmesi uyarınca elinde bulun-

⁶³ Hans Kelsen; “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği”, çev. Charles Eisenmann, Paris 1962’den çev. Cemal Bali Akal; İçinde: Devlet Kuramı, s. 426.

⁶⁴ G. Radbruch; “Hukuk Devleti”, içinde: Hukuk Devleti, Ed.: Hayrettin Ökçesiz, s. 12.

⁶⁵ H. Kelsen; “Theorie pure du droit, Dalloz yay., Paris 1962, s. 226’dan AKTARAN: P. Braud; “Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri”, içinde: Devlet Kuramı, s. 375. bkz. Michel Troper; Hukuki Devlet Kuramı Üstüne, içinde: Devlet Kuramı, s. 353. E. McNall Burns; Çağdaş Siyasal Düşünceler 1850-1950, s. 140-145.

durduğu bir gizemli ayrıcalık değildir. Devlet etkinlik kazanmış bir hukuki düzendir. Devletin ülkesi ve halkı yalnızca bu hukuki düzenin geçerlik alanıdır. Yöneticiler, kamusal güçler, siyasi kurumlar anayasanın hukuki olarak düzenlediği ilişkiler içinde varlık gösteren ve görev üstlenen kişilerdir. Yalnızca yürürlükteki hukuk tarafından ve onun buyurduğu usullere göre kendilerine verilen yetkileri gereğince kullandıkları ölçüde devlet organlarına dönüşürler. Kelsen'e göre bir hukuk düzeninde hiyerarşik piramitin en tepesinde bulunan temel norm, bütün hukukun kendisinden çıkarsandığı büyük önermedir. Bu sayede yasama organınca veya içtihat yoluyla konulmuş bir hukuk normunun yürürlükte olması onun hukuk sistemine dahil olması için yeterli değildir, ayrıca temel normdan çıkarsanabilir olması gerekir⁶⁶ Kelsen düşüncesi, devlet ve hukuk ikiliğini reddeder. Kelsenci öğreti ışığında hukuk devleti kuramı yöneticilerin karşı gelemeyecekleri üst kurallara boyun eğmeleri düşüncesinden çok, bu hukuki düzenin belli bir oluşumuna gönderme yapmaktadır. Gerçekten de herhangi bir kurucu iktidar, kuramsal olarak her zaman devlet organlarının aşırılıklarını sınırlandıracığı düşünülen anayasal normlardan kaçınabilir. Ancak bir yandan yöneticiler, diğer yandan yöneticilerle yönetilenler arasındaki etkileşimler öyle bir tarzda hukukileştirilebilir ki, iktidar etkili bir tarzda iktidarı durdurur. Bağımsız yargıçlar normların ihlallerini etkin bir şekilde cezalandırdıkça bu çok daha iyi işler. Elbette bu hukuki düzenin örgütlenmesi her şeyden önce kültürel ve siyasi koşullara bağlı olacaktır⁶⁷.

Kelsen'e göre sosyal bir kolektivite olan devlet, ancak normatif bir düzenle kurulabilir. Yalnızca böyle bir düzen bir kolektiviteyi kurabilir hatta kolektivite bu düzenle özdeşleşir. O zaman devleti kuran normatif düzenin görece merkezileşmiş zorlayıcı bir düzen olduğunu söylemek mümkündür.

Devleti kurumsallaşmış bir hukuk düzeni ve hatta hukukun kendisi ile özdeşleştiren Kelsen'in⁶⁸ bu konudaki temel gerekçelerinden birisi; devletin

⁶⁶ Bkz. H. **Kelsen**; *Pure Theory of Law*, Trans by: Max Knight, University of California, Berkeley 1978, s. 201-208.

⁶⁷ Bkz. P. **Braud**; "Devlet: Hukuki Öğretinin İki kilemleri", içinde: *Devlet Kuramı*, s. 376.

⁶⁸ H. **Kelsen**; *General Theory of Law and State*, Harvard University Pres, Cambridge 1945, s. 186.

temel unsurları ile devlet arasındaki bağın hukukla kurulacak olmasıdır. Yurttaşın devletle arasındaki bağ tamamen hukuksal bir bağdır. Kelsen'e göre devletin halkı, devlet hukuki düzeninin kişisel geçerlilik alanıdır. Bir devletin halkını oluşturan insanların birliğini, tek ve aynı hukuki düzenin tüm bu insanlar için yürürlükte olduğu ve onların davranışlarını kurallandırdığı olgusu dışında başka bir yerde bulamayız. Aynı şekilde açıkça sınırlanmış bir alan olan devlet toprağı da yalnızca hukuk bağlamında saptanabilir. Toprak bir devlet hukuki düzeninin mekansal geçerlilik alanıdır. Yine, devlet iktidarı diye adlandırılan ve devletin hükümeti tarafından devletin halkı üzerinde, devletin toprakları içinde uygulanan şey sadece herhangi bir bireyin fiilen bir başka birey üzerinde uyguladığı keyfi bir yönetme iktidarı değildir. Devlet iktidarı hukuki kurallar içinde kullanılan bir yetkidir. Bir hukuki düzen tarafından yaratılan ve uygulamaya koyulan hukuk normlarıyla verilen bir yetki, devlet iktidarını ortaya çıkarır. Bir başka deyişle devlet iktidarının normatif bir niteliği vardır. Devlet iktidarı, gerçek bir devlet hukuki düzeninin geçerliliğidir. Böylece temel unsurları halk, toprak ve iktidar olan devlet görece merkezileşmiş, mekansal ve zamansal geçerlilik alanı içinde sınırlandırılmış egemen ya da doğrudan doğruya uluslararası hukuka bağlanmış etkin bir hukuki düzendir⁶⁹. M. Troper, hukuk devletini hukukla sınırlandırılmış bir devlet olarak tanımlamanın gerçeğe uygun olmadığını böyle bir devletin var olamayacağını, hukuk devletinin ancak hukuksal bir yapı içerisinde hareket eden bir devlet olarak incelenebileceğini savunur⁷⁰.

3. Hukuk Devletini Kuran Bir Yetki Olarak Yargının Kuvvetler Arasındaki Yeri

Modern devlette demokratik siyasi kurumların işleyişine egemen ilkelere tohumları 16. Yüzyıl'da siyasi iktidarın merkezleşmesine eşlik eden düşüncelerle atılmışsa da boy vermesi, 1640-1688 arasında İngiltere'de,

⁶⁹ H. Kelsen; "Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği", içinde. Devlet Kuramı, s. 428-429. Y. Işıktaç; Hukuk Felsefesi, s. 278 vd.

⁷⁰ M. Troper; "Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi", içinde: Demokrasi ve Yargı, Barolar Birliği Yay., Ankara 2005, s. 16.

1776-1791 arasında ABD’de ve 1789’dan sonra Fransa’da yaşanan devrimlerle olmuştur. Bu devrimlerin her biri benzer öğretiler üretmişlerdir. Her üç devrimin amacı da yönetilenler tarafından kontrol edilemeyen bir rejimi ortadan kaldırmaktı. Yasal düzene karşı isyanı meşru kılmak için isyan edenlerin haklılığını da ortaya koymak gerekiyordu. Bu, ya devletin bir sözleşme temelinde kurulduğunu ve bu anlaşmayı bozan tarafın, yönetimin ta kendisi olduğunu göstererek, ya da egemenin yasalarının üstünde, herkesi koruyan ve bağlayan başka yasaların olduğunu kanıtlayarak olacaktı. İsyanın tanrısal hak iddia eden yönetici sınıfa yönelmiş olması, isyanı yöneten bakış açısının meşrulaştırılmasını da gerektiriyordu. Bu da otoritenin tanrısal bir hakka dayanılarak kullanılamayacağı, insanlığın doğuştan sahip olduğu ama sonradan elinden alınmış hakları bulunduğu öğretisini ortaya çıkardı. L. Lipson, devrimlerin gereksindiği meşruiyet ihtiyacının doğal hak öğretisiyle karşılandığını, Locke, Voltaire, Rousseau, Jefferson ve Paine’in felsefelerinde toplumsal sözleşme ve doğal hak hipotezlerine neden bu kadar vurgu yaptıklarını da devrimlerin dayandığı yeni meşruiyet zeminini yaratmak olarak açıklar. Bu çağın düşünürlerinin ısrarla doğal düzen ve doğal yaşam kurgusunu kullanmaları ve toplumsal sözleşmenin mantıksal temeline doğayı yerleştirmeleri ise örgütlü bir siyasal toplumun doğal düzeni devam ettireceğine ilişkin inançtır. Bu düzen toplumsal yaşama dair avantajlar kadar güçlükleri de barındırır ve yönetimler insanlara avantajlarını kaybettirmek için değil güçlüklerden sakınmak amacıyla kurulmuşlardır. Locke; *“siyasal iktidarı doğru biçimde kavramak ve doğal halinden türetmek için insanların doğal durumları dikkate alınmalıdır, bu onların eylemlerini düzenleyecek olan tam özgürlük halidir. ...Aynı zamanda iktidar ve yasal yetkinin karşılıklı olduğu hiç kimsenin diğerinden fazlasına sahip olmadığı bir eşitlik hali de söz konusudur”* demiştir⁷¹. Devrim bildirelerinde somutlaşan temel ilkeler bu düşüncelerden beslenmiştir. T. Jefferson 1776’da *“Tüm insanlar eşit yaratılmışlardır.”* ve 1793’de onaylanan Fransız Haklar Bildirisi’nde de

⁷¹ J. Locke; Second Treatise of Civil Government, Chapter I/IV, Yay. Hazırlayan: T.L. Cook, New York 1947, s. 118. F. Copleston; Felsefe Tarihi C. 5- İngiliz Görgücülüğü, Çev. Aziz Yardımlı, s. 191. A. Göze; Siyasal Düşünce Tarihi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 180.

“yönetimler insanların doğal ve yasalaşmamış haklarını kullanabilmelerini garanti altına almak için kurulurlar. Bu haklar eşitlik, özgürlük, güvenlik ve mülkiyet haklarıdır. Doğa ve yasalar önünde tüm insanlar eşittir.” derken aynı ilkedен hareket etmişlerdir⁷². Aydınlanmadan itibaren hukuk devletinin temel prensipleri olarak kabul edilen özgürlükler de bunlardır.

Hukuk devleti, yasama ve yürütme güçlerinin yargısal denetimi ve yargının bağımsız bir devlet fonksiyonu olarak kurumsallaştığı bir çağın ve düşüncenin ürünüdür. Hukuk devletine yol alabilmek için, üstünlüğü ilkesel ve kurumsal olarak İngiliz devrimleri ile pekişen parlamento ve Amerikan devrimi ile pekişen anayasanın da siyasal iktidarın sınırlanmasında ve özgürlüklerin bu yolla korunmasında yeterli ve etkin bir denetim gücüne sahip olup olmadığını tartışmak gerekmiştir. İngiltere’de 1700’de imzalanan Act of Settlement yargının ayrıcalıklarına statü kazandıran bir belge idi ama yasamanın üstünlüğünü azaltmamıştır. 17. Yüzyıl, İngiltere’de parlamenter hükümet sisteminin kurum ve kurallarının yerleşmesinde derin ve köklü mücadelelerin verildiği bir dönemdir. Bu dönemde yargıçların, yürütme ve yasama iktidarlarını temsil eden kral ve parlamento ile ilişkileri tartışılmıştır. Yargıçların “tahtın altındaki aslanlar” olduğunu savunan Bacon gibi bir kralcıya karşı, Adalet Bakanı Coke, parlamentonun yaptığı yasaların ve krallığın eylemlerinin anayasaya uygunluğunun yargı tarafından denetimini önermiştir. Coke için common law ilkeleri, hem krallık hem parlamento üzerinde bir kısıtlama getirmekteydi ve bu ilkelere açıklık getirmek yargının göreviydi. Monarşiye karşı başkaldırısının ardından Parlamento, yargıçları kendisine bağlamakta ısrarcı davrandı, ancak onların yürütmeden bağımsız olarak görev yapmayı sürdürmelerine izin verdi. Yargıçlar, krallık ve temsilcileri tarafından baskı altına alınmayacak, yargılanma sürecinde her türlü yönlendirmeden uzak tutulacaklardı. Ancak onlar da Parlamentonun yürürlüğe koyduğu yasaları benimsemeli ve başka hiçbir yasayı bunların üstünde tutmamalıydılar⁷³. Amerikan Devrimi’nin yöneldiği otorite de aşağı

⁷² AKTARAN: L. **Lipson**; Siyasetin Temel Sorunları, s. 126. K. **Doehring**; Genel Devlet Kuramı, s.192 vd.

⁷³ “Coke Doktrini, tabii hukuk düşüncesi ile birleşerek iki asır sonra Birleşik Devletlerde anayasa yargısını kuran Yargıç Marshall’ın 1803 tarihli *Marbury v.*

yukarı aynı nitelikleri taşır. Üstelik bağımsızlığın ilk on yılında benimsenen tüm eyalet anayasalarında Konfederasyon şartlarınca kurulan mekanizmada olduğu gibi ana hedef yasamanın üstünlüğüdür⁷⁴. Bu rol için yasamanın seçilmiş olması, Britanya otoritesine karşı direnişte sömürge meclislerinin payı düşünüldüğünde daha iyi anlaşılır. W. Anderson bunun tipik bir devrimci tavır olduğunu belirtmiş ve “yönetimin tüm iktidarı her eyalette Konvansiyon ya da Kongre gibi tek bir kurumun denetimi altına girmişti. Belki de Büyük Britanya ile bağları kopartmak için gerekli hız ve açıklıktaki önlemler başka türlü alınmazdı. Güçler ayrılığının, yargı ile yürütmeyi birbirinden ayırmanın zamanı değildi.” diyerek savunmuştur⁷⁵. Ancak kısa bir yasamanın üstünlüğü deneyimi, ülke liderlerini güçlerin herhangi bir kurumda toplanmasının kötüye kullanıma yol açacağına inandırmıştır. Dolayısıyla Virginia’nın ilk anayasası hakkında T. Jefferson şunları yazmıştır: “Yönetimin tüm güçleri -yasama, yürütme ve yargı- bir yasama aygıtının içinde erir. Bunların aynı elde toplanması açıkça despotik bir yönetim tanımıdır. Bu güçlerin tek bir el tarafından değil de çok sayıda el tarafından kullanılması durumu hafifletmeye yetmez. Yüz yetmiş üç despot da teki kadar ezicidir.”⁷⁶ J. Madison aynı durumu gözleyerek şöyle bir uyarıda bulunuyor: “Yasama organı her yerde etkinlik çemberini genişletiyor ve tüm iktidarı kendi azgın girdabına çekiyor. ...Onlar (Cumhuriyeti-

Madison kararının kaynakları arasında yerini almıştır ve XX. Yüzyılın son çeyreğinde İnsan Hakları Konvansiyonlarına anayasaüstü değer tanıyan düşünceleri beslemiştir.” Bkz. B. **Çağlar**; Anayasa Bilimi, s. 26, Bkz. L. **Lipson**; Siyasetin Temel Sorunları, s. 278-279, İ. **Arsel**; Anayasa Hukukunun Umumi Esasları Birinci Kitap DEMOKRASİ, Güven Matbaası, Ankara 1955, s. 172 vd., M. **Soysal**; Anayasaya Giriş, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 22 vd., S. **Tüzel**; Anayasa Hukuku, 3. baskı, Ege Ün. Matbaası 1969, s. 174.

⁷⁴ M. **Soysal**; Anayasaya Giriş, s. 32, İ. **Arsel**; Anayasa Hukukunun..., s. 201-207. E. **Özbudun**; Türk Anayasa Hukuku, s. 169.

⁷⁵ **Rinehart & Winston**; American Government, New York 1938, s. 39-40’dan AKTARAN: L. **Lipson**; Siyasetin Temel Kurumları, s. 280.

⁷⁶ T. **Jefferson**; “Federal Cumhuriyet”; içinde: Anayasa Üzerine Düşünceler-Federalistlerin Makalelerinden Seçmeler, çev. Mümtaz **Soysal**, TSİD yay. İstanbul 1962, 19.

mizin kurucuları), yasamanın gasp edilmesindeki tehlikeyi görmüyor gibiler, oysa bu durum en az yürütmenin gasp edilmesi kadar zorbalığa açıktır⁷⁷”

Bununla birlikte güçler ayrımı açık olarak ABD Anayasası’nda belirtilmemiştir. İlkenin açıklaması için Massachusetts Anayasası’na bakmak gerekir. Bu anayasada şu söylenir: “*Bu devletin yönetiminde yasama asla yürütme ve yargı güçlerini kullanmayacaktır. Yürütme asla yasama ve yargının güçlerini kullanmayacaktır, yargı da asla yasama ve yürütmenin güçlerini kullanmayacaktır. Böylece bu, insanların değil hukukun yönetimi olacaktır.*⁷⁸” Yasama yürütme ve yargı olarak tespit edilen belli başlı devlet işlevlerinin farklı devlet organları arasında dağıtılması, her bir devlet organının kendi yetkileri içine hapsedilmesi ve diğer mevkileri ele geçirmesini engellemek içindir⁷⁹. Fakat devlet işlevlerinin üçlü ayrımı ve bu işlevleri üstlenecek organların oluşumu, bu konudaki karışıklıkları hala giderememiştir. Demokratik anayasalar hukuk devletini gerçekleştirmenin ilk koşulu olarak güçler ayrılığı ilkesini kurumsallaştıracak önlemleri almışlardır. Böylece devlete ait işlevsel alanlarda tüm yetkiler tek bir organa verilmemiş, devletin yasama yürütme ve yargı organları arasında dağıtılmıştır. Güçler ayrılığının ve hakların güvence altına alınmasının, anayasal bir devletin temel ilkesi olması, vatandaşları hukuka aykırı devlet müdahalelerinden korumak içindir. Ancak hakların korunması, devletin diğer amaçlarının da dikkate alınmasını gerektirir⁸⁰. Temsili demokrasilerin uyguladıkları hükümet sistemleri içinde bu modelin işleyişine baktığımızda, bu gerekliliğin de göz önünde bulundurulduğu biçimde, her işlevin esaslı kısmının belli bir devlet organına verildiğini, nitelik itibarıyla o işlevsel alanın kapsamındaki bazı kısımların ise diğer organlara değişik şekillerde paylaştırıldığını görüyoruz. ABD gibi sert kuvvetler ayrılığına dayandığı ileri sürülen bir anayasal

⁷⁷ J. **Madison**; “Fren ve Denge Sistemi”, içinde: Anayasa Üzerine Düşünceler, çev. Mümtaz **Soysal**, s. 28.

⁷⁸ Massachusetts Anayasasının Girişi, Kısım 30’dan Aktaran: L. **Lipson**; s. 283.

⁷⁹ Bkz. ABD Anayasası, 1. madde/6. kısım, Sistemin işleyişine ilişkin ayrıntılar için Bkz. T. Z. **Tunaya**; Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, s. 467 vd.

⁸⁰ C. **Starck**; “Anayasal Demokrasi ve Sınırlı Yönetim”, içinde: Demokrasi ve Yargı, Ed. Ozan **Ergül**, s. 28.

sistemde yasa yapma yetkisi Kongre'ye bırakılmışken, Başkan'ın da çeşitli öneriler getirme, Kongre'yi olağanüstü toplantıya çağırma ve yasa tasarılarını veto etme yetkisi vardır. Benzer şekilde Yüksek Mahkeme de adli kararların yeniden incelenmesi yetkisini kullanarak yasama işlevinin bir bölümünde hak sahibi olma iddiasını devam ettirmiştir. Ağırlıklı olarak mahkemeler tarafından üstlenilmiş olmasına rağmen yargı sürecinde de benzer olarak Temsilciler Meclisi'ne yürütme yetkisi verilmişken ve Senato yargı rolü üstlenirken, Kongre yüce divana sevk edilen davalarda hukuki yetki kapasitesine göre hareket eder. Vatan hainliği dışındaki davalarda af yetkisini kullanarak ve federal yargıçları atama suretiyle Başkan da mahkemelere müdahale edebilir.

L. Lipson bu görülen tablo karşısında kuvvetler ayrılığının bir grup karmaşık olgunun fazlasıyla basitleştirildiği anlamına geldiğini ve bu nedenle pek çok kişinin öğretiyi yanlış anladığını belirtir⁸¹. **O'na göre öğretinin aslı; her işlevin parçalarının farklı kadrolara sahip birimler arasında dağıtılması nedeniyle güçler ayrılığının, yürütme ve yargı güçlerinin ayrılması sisteminde sonuç vermek üzere tasarlanmış olduğudur.** Normal olarak bu birimler veya organlar, birbirleriyle uyumlu bir işbirliğine girmedikçe yönetimin temel işlevleri uygun biçimde yerine getirilemez. Güçler ayrılığının mantığı, anayasal yetki sınırlarını aşmaya kalkan organın veya organların diğeri/diğerleri tarafından engellenmesine ilişkin yine anayasanın öngörmüş olduğu mekanizmalarda saklıdır. W. Wilson da ABD'de kuvvetler ayrılığının, siyaseti, çeşitli mekanizmalardan oluşan bir bütün olarak tasarlayan anayasanın kurucu babalarının düşüncesine göre şekillendiğini, hükümeti bir makine değil, canlı ve yaşayan bir şey olarak görmekteki eksikliğin, bu teorinin aksak tarafını oluşturduğunu, hayat ve hareketi sağlayan organların içgüdüye dayanan koordinasyonu olmaksızın başarılı bir hükümetin olamayacağını belirterek, kuvvetler ayrılığı kuramının ABD'deki uygulamasına ilişkin kafa karışıklığını başka bir boyutuyla da ortaya koymuştur⁸².

⁸¹ L. Lipson; s. 283-284.

⁸² Bkz. Woodrow Wilson; Seçme Parçalar, Çev. Nermin Abadan, TSİD Yay., İstanbul 1961, s. 100-101. Bu konuda ayrıca Bkz. Sait Güran; "Anayasa'nın Kuv-

III. BİR HUKUK DEVLETİNDE YARGININ ROLÜ ve ANLAMI

1. Hukukun Uygulayıcısı Olarak Mahkemeler

A. V. Dicey, İngiliz parlamenter düzeninin çoğunluğun iradesinin uygulanması ile bireylerin haklarının korunmasını, yerleşmiş bir yasa düzeninin üstünlüğü altında çelişmeksizin birleştirdiğini savunur. Bunu başarmasının nedeni ise O'na göre, *“Parlamentonun ancak çıkardığı bir yasa ile konuşması ve yasayı çıkarır çıkarmaz sesini kesmesi ve bu yasanın hukuksal yorum konusu edilmesine müdahale etmemesidir. Yargıçlar eğitimden geçmiş kimseler olarak, yorumlarını geçmişin derinliklerinden süzülmemiş olan özgürlüklerle ilgili yüce geleneklere göre yapacaklardır⁸³.”* O. Ergül, İngiliz geleneğinde anayasaya uygunluk denetimi olmamasını hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti arasındaki tarihsel gelişim farklılığına dayandırır ve Von Beyme'ye yaptığı bir gönderme ile *“halkın egemen-*

vetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim-Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, Anayasa Yargısı-11, Ankara 1995, s. 191-200 (s. 193)'de Kenneth Culp **Davis-Richard J. Pierce Jr**; Administrative Law Treatise, 3'rd Ed. Little Brown & Co, 1994, s. 34'den yaptığı bir alıntıda; *“Kuvvetler ayrılığının Madison tarafından bir organa ait yetkilerin diğer organ ya da organlar tarafından kullanılması halinde özgür anayasa düzeninin temel ilkelerinin yıkılacağı”* şeklinde tanımlanmış olmasına rağmen, 1787 ABD Anayasası'nı yapanların egemen olduğu Kongre'nin daha ilk yasama döneminde her üç organın yetkilerinden zengin karışımlar üretmeye başladığını, yargıçları yargı faaliyetini yürütmeleri için gerekli bütün kuralları koymak ve yapmak yasama yetkisi ile donattıklarını, ...yeni Anayasanın uygulanması bakımından sınıflandırılması zor olan geniş kapsamlı ve değişik içerikli işlevler arasında gereken eşgüdümün başarılması amacıyla *“yetkilerin dikkatli bir harmanını”* yaptıklarını belirtir. *“...1989'a gelindiğinde Public Citizen v. US Department of Justice (419 US 440) davasında yazdığı katılma oyunda Yargıç Kennedy, kuvvetler ayrılığının her üç organın birbirinden tamamen ayrı ve uzak olması anlamını taşımadığını çünkü aksi halin anayasa koyucusunun getirdiği; organlar arası karşılıklı denge ve denete dayalı hükümet sistemine aykırı olacağını söyler.”* S. **Güran**; a.g.t, Anayasa Yargısı -11, s. 193.

⁸³ Albert Venn **Dicey**; **Dicey**; Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 8th ed., Mcmillan and Co., London 1915., s. 335.

liği”nin, kendisini “parlamentonun egemenliği” ilkesinde gösterdiği kabulüne bağlar⁸⁴.

Bir yargıç ve aynı zamanda hukuk felsefecisi olan O. W. Holmes da hukuku, “mahkemelerin gerçekte ne yapacaklarını kestirmek” olarak tanımlamıştır⁸⁵. Holmes’a göre hukuk, “hukuk bilginlerinin gökten indirip somut davalara uygulayabilecekleri “gökte sonsuza dek kuluçkaya yatmış gibi duran bir şey” değil, gerçek anlamda mahkemelerin uygulayacakları şeydir, doğrudan doğruya yargıçların düşüncelerinin ve duygularının bir ürünüdür. Böyle bir yorum açısından bakıldığında hak ve adalet gibi mutlak kavramların varlığını düşünmek, boşuna emek harcamaktır. Holmes’a göre yetersiz ya da hatalı kararlar olabilirse de adaletsiz karar diye bir şey olamaz. Bir kararın yeterli ya da hatasız olup olmadığının ölçüsü ise metafizik ya da teolojik bir adalet ya da iyilik ölçütüne uygunluğu değil, topluluğun iradesine uygunluğudur. Hukukçunun görevi, geçmişten günümüze dek gelen kuralları ve örnek kararları alıp onlara günümüzün gereksinimlerine göre biçim vermektir. “Kusursuz bir yasadan söz edebilmek için her şeyden önce onun, topluluğun ister doğru ister yanlış olsunlar duygularına ve isteklerine uygun düşmesi koşulunu yerine getirip getirmediğine bakılır⁸⁶”. Topluluğun duygu ve isteklerinin neler olduğunun saptanması işi önce yasama organına düşer. Holmes, bilge bir yargıcın halk temsilcilerinin yaptıklarını düzeltirken ılımlı davranması gerektiğine inanır. Fakat hukuk alanında sonul erkin mahkemelerde olduğu düşüncesini asla terk etmez. Holmes’un yargıca yönelttiği; “yasaları düzeltirken ılımlı davranma” tavsiyesi; “yargıda ılımlılık öğretisi” olarak bilinir. Bu öğretiyi, yargıçların yasama organı üyelerinin toplumun sorunlarının neler olduğunu anlayacak bilgeliğe ve deneyime sahip oldukları

⁸⁴ Bkz. O. **Ergül**; Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 88.

⁸⁵ Max **Lerner** (ed.); The Mind and Faith of Justice Holmes, Brown, Boston 1946, s. 75 vd.

⁸⁶ Oliver Wendell **Holmes**; The Common Law, Boston 1881, s. 41’den AKTARAN; E. McNall **Burns**; Çağdaş Siyasal Düşünceler, s. 128. Ayrıca Holmes, “elimizdeki modern hukukun tamamen tarihsel bir süreç içinde yaşanmış ve deneyimlenmiş olguların bugünkü yaşamımıza intikal etmiş biçimi olduğu” görüşündedir. Age’den AKTARAN; M. T. **Özcan**; Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 334.

ve bu sorunların çözülmesinde genellikle akıllıca davrandıkları görüşünü veri olarak almaları gerektiği anlamına gelir. Keyfi ya da akla uygun olmayan bir biçimde davranıldığına kanıtları olmadıkça mahkemeler, yasama organı üyelerinin kararlarına karışmamalıdır. Nedeni, özünde devletin kendi varlığını savunmak ve vatandaşlarının sağlık güvenlik ve ahlakını ve genel olarak mutluluklarını geliştirmek için gerekli gördüğü hemen her şeyi, bunlar keyfi ve akla aykırı şeyler olmadıkça yapabileceğini yolundaki kabuldür.

“Akli başında hiçbir hukukçu mahkemelerin kararlarının yasalara eklemelerde bulunmadığını, onları değiştirmedini ileri sürmeye kalkamaz” diyen İngiliz hukukçu F. Pollock’un yaklaşımı da buna benzer. Dicey de *“yargıçların yaptığı yasa, gerçek yasadır”* demiştir. Amerikalı filozof M. Cohen de yargıçları, yalnızca çağlar boyunca kuşaktan kuşağa geçirilerek gelen katı, mekanik yasa metinlerinin sözcüleri olarak gören anlayışı *“hukukun plak kuramı”* diye alaya almıştı. Yine Amerikalı bir hukukçu ve yargıç olan J. Frank’ın hukukun gerçek doğasına dair görüşü şöyledir: *“Hukukçu olmayan herhangi bir kişi için hukuk bir mahkemenin belli bir olay hakkında bu olayın olguları ile ilgili olarak verdiği karardır. Bir mahkeme bu olgularla ilgili bir karara varmadan o konuda herhangi bir yasanın varlığından söz etmek erken olur.”*⁸⁷ J. Frank’e göre çoğunluk, hukuku mahkemelerin tek tek davalara uyguladıkları sabit ve değişmez ilkeler bütünü olarak görür; gökkuşağının ötesinde bir yerlerde hukukun, yargıçların ve avukatların canla başla aradıklarında ellerine geçirebilecekleri bir altın terazisinin bulunduğunu düşünür. Ama hukukun bu kesinliği ve değişmezliği düşüncesi Frank’a göre bir mitosdur. Her toplumsal olgu gibi hukuk da sürekli bir değişim halindedir. Yasama meclisi üyelerinin yasaları değiştirirlerken ve kaldırırken yaptıklarına çok benzer bir biçimde mahkemeler de hukuk koyarlar ve kaldırır. Ama yargıçlar bu gerçeği kabul etmek yerine kaçamak açıklamalar ve dolambaçlı ifadelerle başvururlar. Bu, halkı, hakların, yetkilendirmelerin, yükümlülüklerin ve cezaların gerçekte olduğundan çok daha kesin ölçütlerinin bulunduğunu düşünmeleri yolunda yanlış bir sanıya sürükler. Yargıçların başkalarını bu şekilde aldatmalarının

⁸⁷ Jerome **Frank**; Law and the Modern Mind, Brentano’s, New York 1930, s. 46.

nedeni kendilerinin de aldanyor olmalarıdır. J. Frank bu iddiasını özetle şöyle gerekçelendirir: O'na göre, hukuk insanların güvenlik ihtiyacının simgesi olan baba yerine ikame ettiği b.ır imgedir. Görünürde neyin doğru, neyin yanlış olduğunu açıklıkla ve şaşmaz biçimde saptamak için ve bunları kötü niyetle çığneyenlere ceza vermek için yani genellikle babaya yüklenen görevleri yerine getirmek için geliştirilmiş bir kurallar topluluğudur. Bu nedenle hukuk, yasa, güvenlik ve kesinlik özlemi içinde olan halkın kafasında babanın yerini alan kavram olur. Bu, hukukçu olmayan kimseler kadar avukatların ve yargıçların da kafalarında onların hukuk alanında karşılaştıkları sorunları gerçekçi ve nesnel bir biçimde görmelerini engelleyen duygusal bir set oluşturur⁸⁸. W. Gellhorn; ABD Anayasası ile ilgili olarak yaptığı bir saptamaya dayanarak yargıcın rolünü, F. Frankfurter ve J. Landis'e atıfla belirler. İfade şudur: *“Anayasa, halkın korunmasına yarayacak doğru dürüst yalnız birkaç silaha sahiptir. Anayasanın açık yasaklamaları pek azdır. Anayasayı meydana getiren şeylerin büyük kısmı, içeriği zamanla değişebilecek ilkeler üzerine kurulmuştur (Gellhorn; s. 182) ...Anayasanın sözleri muhtevaca veya teamül, tarih ya da bağlayıcı emsaller tarafından doğrulanmazsa, o zaman yargıçlar anayasanın okunmasından değil, hayatın gerçeklerinin okunmasından anlam çıkarırlar (Gellhorn; s. 184)⁸⁹”*.

2. Özgürlükçü Bir Hukuk Sisteminde Yasamanın ve Yargının Ortak Rolü

Soruna bir başka açıdan yaklaştığımızda; özgürlük sorununun çözümüne dair geliştirilen teknik yöntemlerden biri yasa koyucunun diğeri hukukun yönetimidir. Yasa koyucunun yönetimine dayalı hukuk anlayışı, hukuku yasama organınca çıkarılan yazılı kurallardan ibaret görür. Burada hukuk yasalardan, sistematik yasa yapımından oluşur. İkinci yaklaşımda hukuku yargıçlar ortaya koyar, bir başka deyişle hukuku mahkemeler yaratır.

⁸⁸ J. Frank; Law and the Modern Mind, s. 98.

⁸⁹ Felix Frankfurter- James M. Landis; The Business of the Supreme Court, (1928, s. 310)'dan AKTARAN: W. Gellhorn; Amerikan Hakları, TSİD Yay., Ankara 1965, s. 182-184.

Bu, yargısal kararlar yoluyla yavaş yavaş hukukun ortaya çıkması veya bulunmasının bir sonucudur. Hukukun yasama organının iradesi olduğu biçimindeki çözümde öyle bir noktaya gelinebilir ki, insanlar yasalar olmasına rağmen, yine de başka insanlar tarafından diktatörce yönetilebilirler, başka bir deyişle yasalar, koruma görevini yapamayabilirler. Hukukun mahkemeler eliyle ve zamanla ortaya çıktığına ilişkin ikinci görüş ise G. Sartoriye göre üç açıdan yetersiz kalmaktadır. İlk olarak hukukun üstünlüğü, her zaman kendiliğinden özgürlüğün siyasal boyutunu korumayabilir. İkinci olarak hukukun üstünlüğü, hukukun bulunması demek olduğundan yani yargıçlar bu düşünce doğrultusunda davranacaklarından hukuk hem çok statik bir duruma gelebilir ve hem de çok parçalı olabilir. Ve üçüncü olarak yargıçlar kendilerini hukuku bulan değil hukuku yapan ve yaratan olarak görebilir ve bu yargıçların yönetimine yol açabilir. Yargıçların yönetimi yasa koyucuların yönetiminden daha da tehlikeli olabilir⁹⁰.

Hukuk devleti, yasa koyucunun yönetimi ile yargıçların yönetimi tehlikelerini içinde taşıyan bu iki tarz yönetim anlayışının olumsuz etkilerini azaltan anayasal formüller sunar. Hukuk devletinin önerdiği çözüm, yasa koyucuların yönetimini benimsemekte ancak buna iki sınır getirmektedir: Bunlardan biri sert bir biçimde denetlenen yasa yapım yöntemi ile ilgilidir. İkincisi yasa yapım alanının daha yüksek bir yasayla sınırlanması ve böylece yurttaşların özgürlüğünü sınırlayan temel haklara dokunulmasının engellenmesidir. Diğer yandan liberal anayasal çözüm, sistem içinde hukukun üstünlüğünün korunmasını da sağlamaya çalışmaktadır.

Sonuçta hukuk devleti öğretisinin özünde, devleti yasa yapan bir makine olarak görmemek, fakat yasa koyucunun rolünü hukukun oluşumunda tamamlayıcı bir unsur olarak görmek, kısaca Parlatmentonun, hukuk yaratma (veya bulma) sürecinin yerini almayan ancak onunla bütünleşen bir role sahip olduğunu düşünmek vardır⁹¹. Aynı zamanda bu anlayışın özünde, yargı bağımsızlığının siyasetin dışında, siyasetten bağımsız bir süreç olması

⁹⁰ G. Sartori; Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, s. 334. K. Doehring; Genel Devlet Kuramı, s. 203 vd. bkz. Hamilton-Madison-Jay; Anayasa Üzerine Düşünceler, s. 85-89.

⁹¹ G. Sartori; s. 334.

düşüncesi yatar. Daha doğrusu, liberal siyaset kuramının yargıya biçtiği rol ve yargı bağımsızlığından anladığı budur, ancak liberal siyaset çizgisinin yönü her zaman böyle olmamıştır. Anayasal sistemler, dayandığı kuramın özünü yansıtmakta her zaman başarı sağlayamadıkları gibi, aynı kurama dayanan farklı anayasal sistemlerin sergilediği uygulamalar da birbirinden farklı olabilmektedir. İngiliz yazılı olmayan anayasa geleneğinin ve ABD Anayasası'nın kurmuş olduğu siyasal sistemler hukukun üstünlüğü ilkesi çevresinde biçimlenirken, Napolyon tarafından gerçekleştirilen kodifikasyonlardan sonra yazılı anayasacılık geleneğini başlatan Avrupa'da hukukun yasa koyucu tarafından yaratıldığı görüşü ağırlık kazanmıştır. İki hukuk sistemi arasındaki bu farklılık, yavaş yavaş azalmakta, yazılı hukuka ve yasamaya doğru bir eğilim giderek hızlanmaktadır, fakat bu eğilime rağmen yine de bugünkü anayasaların hukukun üstünlüğü ve yasa koyucuların yönetimi dengesini korumak ve buna göre bir uygulama yerleştirmek kaygısı göze çarpmaktadır. Çağdaş hukuk devleti düşüncesinin, hukukun yasalar biçiminde ortaya konulması yönünde bir zihniyete yaslandığı bir gerçekse de, anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği üstün norm olarak anayasalar muhafaza edildiği, anayasal denetimin etkin olduğu, bağımsız yargıçlar kendilerini hukuksal mantık yürütmeye adadıkları ve hukuka uygunluğa ilişkin ölçütler üzerinden inceleme yaptıkları ve yasa yapımında emredici usul kurallarının varlığına uyulduğu ölçüde, yasama organı, yasa salgılayan egemen bir irade olarak değil, hukukun oluşumuna, denetimli bir işlev alanı içinde yasalar yapmak şeklinde katkıda bulunan bir kurum olarak yerini alır. Yasama organını mutlak egemen bir irade olarak değil, ancak bu şekilde tanımladığımız ve yetkisi çerçevesinde biçimlenen yasalara “hukukun üstünlüğü ilkesi içinde kendine yer bulmuş yazılı hukuk kuralları” olarak anlam kazandırdığımız sürece hukuk devleti çizgisinde kalırız. Burada, genellikle kavramların esnetilip ait olmadıkları zeminlere taşınarak tartışılmasından kaynaklanan bir anlam karışıklığını peşinen önlemek için şu saptamayı yapmalıyız. Halkın özgür iradesiyle seçip görevlendirdiği temsilcilerin yasama organı çatısı altında toplanıp halk adına yaptığı yasalar, bunların denetimi, bunlara müdahalenin doğru olup olmadığı vs. konulardaki tartışmaların, salt seçim ve seçimle oluşturulmuş parlamentolar birer demokratik kurum ve bunları meşrulaştıran söylem demokrasi olduğu için, demokrasi

platformunda yapılması gerektiğini söyleyemeyiz. Yasalar, hukuk devletinin özgürlük silahlarıdır. Devletli bir toplumda, davranışlarımızın ve ilişkilerimizin kurallara bağlanması kaçınılmaz olduğuna göre, uyacağımız bu kuralların herkesin özgürlüğünü aynı anda hem sağlayan hem de koruyan birer kural niteliği taşıması demokrasinin değil özgürlük ideolojisinin konusudur. Bir başka deyişle “yasaları kim yapsın”ı değil “yasaları nasıl yapalım”ı tartışıyoruz. Klasik bir söylemle halkın (çoğunluğun) iradesini yansıtan yasama organlarının yaptığı yasaların içeriği nasıl olursa olsun iyi, doğru ve adil olacağını söylemek bir kral ile bir çoğunluk yönetimi arasında hiçbir fark görmemektir. Özgürlük ideolojisi ve özgürlük sağlama tekniklerinin demokrasi ile doğrudan bir ilişkisi yoktur, demokrasi belki özgürlük sorununun çözüm yoluna ilk taşı koymuştur, bu da yaşamına ve geleceğine ilişkin kararlar alma yetkisinin bu hakkın öznesine yani halka iadesidir. Bu yetkiyi halk adına kimin kullanacağına ilişkin bir ipucumuz da var; halkın seçtiği yasama organlarının. Ama bu andan itibaren sorun demokrasinin değil, demokratik bir yönetimin halkı için gerçekleştirmek zorunda olduğu özgür birey ve özgür toplum projesinin yöntem sorunudur. Şu ana kadar bulunabilen pek çok yöntem arasında en önemlilerinin saf bir demokratik yönetimi sınırlandıran, daraltan yöntemler olduğunu görebiliyoruz. Demokratik bir yönetimin azınlığı, çoğunluk sultasından hatta bireyi kendi çoğunluğundan koruyabilmek adına geliştirdiği bu sınırlama, daraltma tekniklerinin varlığını ve uygulanmasını haklılaştıran ilke ise “meşruiyet”tir. Kelsen bu konuda şu önemli saptamayı yapıyor⁹²: “Meşruluk ilkesi ile temsil edilen kendini sınırlama olmasaydı demokrasi yok olurdu.”

⁹² AKTARAN: G. Sartori; s. 359, Dipnot 28.

SONUÇ

Demokrasi içinde kök salan bir düşünce halk adına, yine demokrasi içinde gelişmiş ve modern demokratik devletlerde kök salmış devlet kurumlarına saldırıyor. Buna meydan okuma da diyebiliriz. Seçim yoluyla sandıktan çıkan iktidarın, halk adına egemenlik yetkilerini mutlak kullanma hakkına sahip olduğu yolundaki bu kanı, halk egemenliği ilkesinden güç alan kuramsal bir mantığa dayanıyor: Halk, egemenlik yetkisini kullanırken hukuki açıdan engellenmemelidir. Bunu demokrasinin kazandığı bir siyasi anlam türü olarak gören E. McNall Burns; “halkın sesi hakkın sesi” sözüyle aynı anlama gelen bir çoğunluk yönetimi ilkesini çağrıştıran bu tarz demokrasi algısının, çoğunluğun iradesini yüce yargıç kıldığını ve azınlığa çoğunluk karşısında varlığını sürdürme ve çoğunluk olmaya çalışma dışında hiçbir hak tanımadığını ileri sürmüştür⁹³. Rousseau'nun geliştirdiği genel irade kuramının demokrasie yansıttığı bu tarz bakış açısı, XVIII. Yüzyıl sonlarında başlayan anayasacılık hareketlerinde Parlamentoyu egemen bir kurum olarak ortaya çıkartmakta çok etkili olmuştur. Demokrasiyi, bir yönetme tekniği olarak çoğunluğun iradesiyle biçimlenen yasa ve hükümet kararlarının çerçevesine sığdıran bu anlayış, liberal devlet düşüncesine özgü bazı ilkelerin etkisiyle biçimlenen başka bir demokrasi anlayışı ile dengelenmiştir. Bu da tüm yönetimlerin hem azınlıkların, hem tek tek bireylerin korunması için frenleme ve sınırlama yöntemleriyle denetim altına alınması ve bu şekilde sınırlı otoriteye sahip kılınması yönündeki anlayıştır. Bu sınırlamaların bir bölümü erkin kötüye kullanılmasını önlemek için başvurulacak mekanik yöntemlerse de daha büyük bir bölümü yurttaşlık hakları ve kişisel haklar için verilecek güvencelerden oluşur. Liberal düşüncenin ünlü yazarları bu inançtan hareketle, demokrasiyi çoğunluğun iradesiyle biçimlenen bir yönetim tarzından çok özgürlüklerle ilgili ve özgürlükleri koruma amacına yönelik bir düşünce ve değerler kümesi olarak görmüşlerdir⁹⁴.

⁹³ E. McNall **Burns**; Çağdaş Siyasal Düşünceler 1850-1950, s. 4.

⁹⁴ J. **Locke** için bu haklar doğal hukukun temel öğeleridir. J. Stuart **Mill**, bu hakların uygarlığın gelişmesi için mutlaka tanınması ve güvence altına alınması gerektiğini savunmuştur. Bkz. **Burns**; Çağdaş Siyasal Düşünceler, s. 5.

Demokrasiye günümüzde, bu felsefi anlayışa uygun bir içerik kazandırılmaya çalışılmaktadır. Ancak tüm XVIII. Yüzyıl'dan XX. Yüzyıl'ın ilk çeyreğini de içine alan geniş bir zaman kesitinde demokrasi, egemenliğin sahibi halkın yasalar yoluyla ortaya koyduğu engellenemez iradesi olarak kabul edilmiş, tek temsili kurum olan parlamentonun gücünün ve etkinliğinin meşrulaştırıldığı bir kuramsal şemsiye ödevi üstlenmiştir⁹⁵. Gerçi bu çağda bir çoğunluk yönetimi olarak demokrasiyi savunanlarda bile demokrasinin bir yönetim tekniği olarak eksiklik ve yetersizliklerine ilişkin itirazlar vardı. Demokrasinin çağına göre siyasal anlamda en gelişmiş ülkelerde bile yetkin bir yönetim biçimi olamaması, dünya halkları arasında bir kardeşlik duygusu yaratamamış olması, nasyonalizmin kötülüklerini azaltamaması, siyasete onurlu bir konum kazandıramaması, toplumsal kokuşmayı önleyememesi, nitelikli kimseleri devlet hizmetine çekememesi vs nedenlerle eleştirilmeyi hak eder ama tüm bu eksiklikleri ve özürlerine rağmen çoğunluğun idaresine dayanan yönetim “zor kullanılmasını önlemek yolunda çoğunluğun kararını kabul etmekten başka seçenek olmadığı için” diğer yönetim biçimlerinden üstün tutulmalıdır⁹⁶. Yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini hukuk sistemlerine sokmakta uzun süre direnen demokratik ülkelerin düşünsel hareket noktası buydu. Modern hukuk devleti öğretisi, siyasi iktidarın hukuki normlara boyun eğmesi düşüncesini öne çıkartarak bu problemi aşmaya çalışıyor⁹⁷.

Hukuk devleti anlayışı, hukukun üstünlüğü ilkesinin somutlaştığı bir devlet anlayışıdır. Hukukun egemenliği veya hukuka bağlı devlet, ulusal

⁹⁵ Bkz. J. Bryce; *Modern Democracies*, Macmillan, New York 1921, s. 22’de demokrasiyi; “toplumun, nitelikli vatandaşlarının iradesiyle yönetildiği bir yönetim biçimi” olarak tanımlıyor. Yazar başka bir eserinde; “...çoğunluğun siyasal egemenliği Birleşik Devletler’e gölge düşüren bir şey değildir. ...Bir kimsenin yasanın sınırlarının ona tanıdığı geniş bir alan içinde görüşlerini dile getirmesi ya da istediği gibi davranması yönünde Birleşik Devletler’de görülenden daha eksiksiz bir özgürlük düşlemek kolay değildir.” demektedir. Bkz. J. Bryce; *The American Commonwealth*, New York 1922, s. 342-343.

⁹⁶ J. Bryce; *Modern Democracies II*, s. 390, s. 608.

⁹⁷ Bkz. Philippe Braud; “Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri”, içinde: *Devlet Kuramı*, s. 372.

egemenlik yetkisinin hukukla sınırlandırıldığı, ulusal yargı organlarının da seçimle gelen iktidarın egemenliğini kısıtlayan en önemli unsurlardan biri olduğu devlettir. Bu da çağdaş dünyada demokrasinin sandıktan çıkan ve siyasi sistemi kendi algıladığı öncelikler ve kendi ideolojisi doğrultusunda yeniden dizayn etmeyi hedefleyen siyasi iktidarların uyguladığı politika ve aldıkları kararlara indirgenemeyeceği demektir. Siyasi iktidar, demokratik değerler sistemine bağlı kaldığı ve bu sistemi koruduğu sürece meşruiyetini koruyabilir. Bizatihi hukuk devleti, iktidarı demokratik değerlerle sınırlandırmanın en üst teknik yöntemler ve ilkeler demetidir. Yasalar iktidarın içinde oynayacağı alanın sınırlarını dilediğince çizmesi için kendi yetkisi dahilinde çıkarıp kullanabileceği keyfi oyun kuralları değil, görevlerini ve yetkilerini belirleyen, sınırlayan üstün hukuk kurallarıdır. İktidar bu üstün hukuka tabi olmayı göreve gelirken kabul ve taahhüt etmiştir, bir başka deyişle anayasa ile kurulan siyasi ve toplumsal birlik, yurttaşlar kadar siyasi iktidara da yasalara saygılı olma ve demokrasi içinde hareket etme ödev ve sorumluluğunu yükler. Yargı, demokratik anayasal sistemde, bu sorumluluğun ihmalı veya ihlaline karşı tetikte bekler. Yargıyı, siyasi iktidarın kafasındaki planları uygulamak için, sayısal çoğunluğuna dayanarak biçimsel demokrasi içinde biçimsel olarak çıkardığı yasaların biçimsel uygulayıcısı kurumlar olarak tasarlamak, devletin giderek hukukla örtüşen ve bütünleşen uzun tarih yolculuğundan bugüne eli ve beyni boş gelmiş olmak demektir. Yasama ve yürütmenin yetki sınırlarını çizen anayasadır ama o sınırlar içinde kalmalarını sağlayan mahkemelerdir. Bu mantık ve uygulama, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin hukuk sistemine özgü değildir, çağdaş demokratik düşünce içinde gelişen bir yönetim tekniği formülasyonudur. Hukukun üstünlüğü ilkesi ile takviye edilen bu formülasyonun, siyasi iktidara devlet içinde sunduğu manevra alanı, kendisinin genişletme yetkisine sahip olmadığı bir alandır. Bu nedenle siyasi iktidarın, anayasal çerçevede kalmasını sağlamak üzere tetikte bekleyen yargıdan rahatsız olması doğaldır. Buna rağmen yargının bağımsızlığını sağlamak iktidarın anayasal görevidir. Siyasi iktidarın ne kadar demokratik olduğu, yargı ile ilişkilerinin sınırdığı durum ve koşullarda ortaya çıkar. İktidar, yargıyı baskı altına almaya çalışıyorsa, tehdit ediyorsa, mahkemelerin yetki alanını ve kurumsal yapılarını kendi çıkarlarına göre değiştirme çabasına girmişse, demokrasi ve hukuk devleti

tehlike altında demektir. Yargının tarafsız ve bağımsız statüsünü aşındıran her türlü siyasi iktidar tasarrufu demokrasiyi pekiştirmeye değil, zayıflatmaya giderek ortadan kaldırmaya neden olacaktır. Yargı bağımsızlığı, demokratik hukuk devletlerinde salt ilkesel düzeyde savunulacak bir kavram değil, tüm kurum ve kurallarıyla işlevsellik kazanması gereken bir hukuk devleti olabilme kriteridir. Hukuk devleti, siyasal kültürün bilinç düzeyine yükselttiği ve kurumlarıyla varlık kazandırdığı bir üst siyasal toplum modelidir. Dolayısıyla yargı bağımsızlığının işselleştirilmediği, siyasal kültürün bir parçası haline getirilmediği, yargının ısrarla siyasal iktidarların keyfi tasarruflarına açık bir yapı halinde muhafaza edildiği bir sistemde, yargı bağımsızlığını sağlama söylemiyle yola çıkanların getirdiği model, yargıyı bağımsız kılmak suretiyle hukuk devletini tahkim etme amacına değil, yargıyı kontrol altında tutmak suretiyle yasa devletine dönüş iradesine hizmet ediyor.

Ulusal yargı organları, seçimle gelen siyasi iktidarı kısıtlayan en önemli unsurlardan biridir. Hukuka bağlı egemenlik anlayışının hukuk devletinin kurumsal güvencesinde biçimlenip yerleştiği çağdaş demokratik sistemlerde artık iktidarın seçimler yoluyla elde ettiği temsil yetkisini egemenlik olarak anlamak mümkün değildir. Günümüz dünyasında demokrasi, seçimler yoluyla iktidara gelen bir hükümetin tasarruflarına milli irade adına onay sağlayan, meşruiyeti sandığa indirgeyen ve sandıkla sınırlayan bir tanıma ve anlama hapsedilemeyecek kadar geniş ve çetrefil bir kavramdır. Hukuk devletinde iktidar, hukuku kendi arzu ve iradesine göre değiştiren ve dönüştüren bir siyasi erk değil, demokrasiyi meydana getiren değerler sistemine bağlılığı taahhüt ederek göreve gelmiş ve bu değerler sisteminin yürürlüğünü koruduğu sürece ve ancak bu şartla meşruiyetini koruyan bir sınırlı erktir. Türkiye’de siyasi iktidarın yargı ile sürekli kavga etmesinin, kendisini görevleri ile değil, yetkileri ve sahip olduğu güç ile tanımlamak konusundaki algısal bozukluktan kaynaklandığı da düşünülebilir.

Demokrasinin en önemli unsurlarından biri hukuk devletidir. Hukuk devleti aslında iktidara bir sınırlama getirilmesi ihtiyacından doğmuştur. Yasalar ve anayasa dahilinde gücünü kullanmayı taahhüt eden iktidarı, bu sınırlar içinde tutacak güç ise yargıdır. Dolayısıyla yargı işlevi itibarıyla

bizatihi siyasi iktidar ile anayasal demokratik düzen arasında hakemlik yapan bir erktir. Bu yönüyle demokrasinin dayandığı değerler sisteminin de koruyucusudur. Bu nedenle, anayasanın yorumu ve yasama ile yargı arasındaki anlaşmazlıklarda son söz daima yargıya aittir. Dolayısıyla yargı, yürütme ve yasamanın sınırlarını çizer ve o sınırlar içinde kalmalarını sağlar. O halde, Anayasa Mahkemesinin yeni çıkan bir kanunu iptal etmesi, yasama ve yürütmeden müteşekkil siyasi iktidarın temsilcisi hatta sahibi olduğunu iddia ettiği milli iradeyi gasp ettiğini değil, anayasayla kendisine çizilmiş yetki sınırları içinde görevinin gereğini yerine getirdiği anlamına gelir.

Sonuçta, hukuk devletinin kurumsal yapısının korunması ve sürdürülmesi, siyasi iktidarın görevleri arasındadır. Yargının bağımsızlığını sağlamak ve korumak, baskı altında tutulmaması için her türlü önlemi almak da bu görevler kapsamındadır. Bunun için de siyasi iktidarın, yargı kurumlarının yapısında yasalar ve anayasa değişikliği yoluyla yapacağı değişikliklerde gözetmesi gereken amaç, yargıyı kendisine bağımlı ve taraflı kılmak değil, bir hukuk devleti ilkesi olan yargı bağımsızlığını daha da kuvvetlendirmek olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akal** Cemal Bali (Der.); Devlet Kuramı, Dost Kitabevi, Ankara 2000.
- Arsel**, İlhan; Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları I, Mars Matbaası, Ankara 1965.
- Bryce**, James; Amerikan Siyasi Rejimi, Çev. T. Ataöv-A. Payaslıoğlu, TSİD Yay., İstanbul 1962.
- Bryce**, James; Modern Democracies, Mac Millan, New York 1921.
- Burns**, Edward McNall; Çağdaş Siyasal Düşünceler 1850-1950, Çev. Alaeddin Şenel, Birey ve Toplum Yay., 2. bası, Ankara 1984.
- Cassirer**, Ernst; Devlet Efsanesi; Çev. Necla Arat, Remzi Kitabevi, İstanbul 1984.
- Copleston**, Frederick; Felsefe Tarihi C.5- İngiliz Görgücülüğü HOBBS-LOCKE-BERKELEY, Çev. Aziz Yardımlı, İdea, İstanbul 1991.
- Corkery**, Jim; "The Rule of Law", The National Eagle, November 2000, pp.3-7.
- Çağıl**, Orhan Münir; "Filozof Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlak ve Hukukun Felsefi Esasları", İ.Ü.H.F.M., C.XIII, sayı 3, Yıl 1947.
- Çağlar**, Bakır; "Kıta Avrupasında Yeni Kurumsallaşma Denemeleri: Hukuk ve Demokrasi", Anayasa Yargısı 9, A.Ü. Basımevi, Ankara 1993, s. 233-282.
- Çağlar**, Bakır; "Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı: Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", içinde: Anayasa Yargısı 8, Ankara 1991, s. 13-57.
- Çağlar**, Bakır; Anayasa Bilimi, BFS yay., İstanbul 1989.
- Ergül**, Ozan (Ed.); DEMOKRASİ VE YARGI, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara 2005.
- Dicey**, Albert Ven; Introduction of the Study of the Law of the Constitution, 8 th ed., London Mac Millan and Co, 1915.
- Doehring**, Karl; Genel Devlet Kuramı, 2. basıdan Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap, İstanbul 2002.
- Frank**, Jerome; Law and the Modern Mind, Brentano's, New York 1930.

- Friedrich**, Carl J.; Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America, Ginn and Company, Boston 1950.
- Friedrich**, Carl J.; Sınırlı Devlet, çev. Mehmet Turhan, Gündoğan Yay., Ankara 1999.
- Gellhorn**, Walter; Amerikan Hakları – Anayasanın Uygulanması, Çev. Ünal Oskay, Türk Siyasi İlimler Derneği Yay., Ankara 1965.
- Göze**, Ayferi; Siyasal Düşünce Tarihi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- Güran**, Sait; “Anayasanın Kuvvetler Ayrılığı ve Yönetim-Yargı İlişisine Bakış Açısında Temel Bir Değişiklik”, Anayasa Yargısı-11, Ankara 1995, s. 191-200.
- Hamilton-Madison-Jay**; Anayasa Üzerine Düşünceler-Federalistlerin Makalelerinden Seçmeler, Çev. Mümtaz Soysal, Yenilik Basımevi, İstanbul 1962.
- Işıқтаç**, Yasemin; Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Kaboğlu**, İbrahim Ö.; Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 3. bası, Legal Yay., İstanbul 2006.
- Kelsen**, Hans; General Theory of Law and State, Harvard University Pres, Cambridge 1945.
- Kelsen**, Hans; Pure Theory of Law; Trans by: Max Knight, Berkeley University of California, 1978.
- Koçak**, Mustafa; Devlet ve Egemenlik, Seçkin Yay., Ankara 2006.
- Lipson**, Leslie; Siyasetin Temel Sorunları, Çev. Fügen Yavuz, TİB Yay., İstanbul 2005.
- Lerner** Max (Ed.); The Mind and Faith of Justice Holmes, Brown, Boston 1946.
- Locke**, John; Two Treatises of Civil Government, Yay. Haz. T.I. Cook, New York 1947.
- Lowenstein**, Karl; Political Power and the Governmental Process, University Chicago Press, 1957,
- Machacek**, Rudolph; “Temel Hakların Korunması ile Siyaset Arasındaki Gerilimde Anayasa Yargısının Konumu”, Anayasa Yargısı 9, A.Ü. Basımevi, Ankara 1993, s. 47-62.
- Mills**, C. Wright; The Power Elits, Oxford University Pres, New York 1957.

- Ökçesiz**, Hayrettin (Haz.); Hukuk Devleti, HFSA Yay:4, Afa Yayıncılık, İstanbul 1998
- Özbudun**, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 6. bası, Yetkin Yay., Ankara 2000.
- Özcan**, Mehmet Tevfik; Modern Toplum ve Hukuk Devleti, XII Levha Yay., İstanbul 2008.
- Özcan**, Mehmet Tevfik; Hukuk Sosyolojisine Giriş, 3. bası, Kavim Yayıncılık, İstanbul 2007.
- Poggi**, Gianfranco; Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım, Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2001.
- Raz**, Joseph; The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford University Pres, Oxford 1979.
- Sarıbay**, Ali Yaşar; “*Politik Anayasacılık: Hukukun Politik Mantığı*”, içinde: Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan Cilt: I, Yetkin, Ankara 2008, s. 383-397.
- Sartori**, Giovanni; Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu-Mehmet Turhan, Yetkin Yay., Ankara 1996.
- Schmitt**, Carl; Siyasal Kavramı, Metis Yay., İstanbul 2006.
- Soysal**, Mümtaz; Anayasaya Giriş, AÜSBF Yay.: 240, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.
- Tanör**, Bülent-Yüzbaşıoğlu, Necmi; “1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 9. bası, Beta, İstanbul 2009.
- Teziç**, Erdoğan; Anayasa Hukuku, 13. bası, Beta, İstanbul 2009.
- Tunaya**, Tarık Zafer; Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 4. bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- Türkbağ**, Ahmet Ulvi; “Immanuel Kant’ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet”, H.F.S.A., 2. Kitap, Afa Yay., İstanbul 1995.
- Tüzel**, Sadık; Anayasa Hukuku, 3. baskı, Ege Ün. Matbaası, İzmir 1969.
- Wilson** Woodrow; Seçme Parçalar, Çev. Nermin Abadan, Türk Siyasi İlimler Derneği Yay., İstanbul 1961
- Vecchio**, Giorgio Del; Hukuk Felsefesi Dersleri, Çev. Sahir Erman, İ.Ü. Yay: 515, Sermet Matbaası, İstanbul 1962.