

HUKUK DEVLETİNİN KANUN DEVLETİNE ANAYASAL DEVLETİN ANAYASALI DEVLETE EVRİLMESİ

*(The Evolution of the State of Law into the State of Statute and the
Constitutional State into the State with Constitution)*

Ömer KESKİNSOY*
Semih Batur KAYA**

ÖZ

Hukuk insan hak ve özgürlüklerini koruyan ve geliştiren bir ilkelerin toplamıdır. Bu ilkelerin en başat olanı ise hukuk devletidir. Biz hukuk devletini demokratik devleti de içine alacak şekilde düşünmekte ve genişletmekteyiz. Buradan karşımıza anayasal demokrasi çıkmaktadır. Anayasal demokrasi anayasal devlet ile demokratik devletin birleşimidir. Hukuksal bir birleşim olan anayasal demokrasi her iki olgunun, yani anayasal devlet ve demokratik devletin, ahlaki temellerini içermektedir. Anayasal devletin ahlaki temeli anayasacılıktır. Anayasacılık iktidarın sınırlandırılması ve hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanmasıdır. Dolayısıyla anayasacılığın özü denge ve denetimdir. Demokratik devletin ahlaki temeli ise çoğulcu demokrasidir. Çoğulcu demokrasi sanıldığı gibi yönetime ilişkin bir irade daralması değildir; aksine çoğulcu demokrasi bir irade genişlemesidir. Zira çoğulcu demokraside çoğunluğun yönetim hakkı korunmakla birlikte azınlıkta kalanların hak ve özgürlükleri ve ileride çoğunluk haline gelme potansiyelleri göz ardı edilmemektedir. Şu hâlde anayasal demokrasi anayasal devlet ile demokratik devletin zoraki bir birleşimi değildir. Anayasal devlet ile demokratik devlet yönetime yönelik bir madalyonun iki yüzü gibidir. Biri olmadığı takdirde yönetim demokratik hukuk devleti niteliğini yitirir. Son

Makale Geliş Tarihi: 10.04.2020, **Makale Kabul Tarihi:** 25.02.2021.

* Doç. Dr., Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, (omer.keskinsoy@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7441-9547)

** Dr. Öğretim Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, (drsemihbatur@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5888-1750)

olarak kanımızca anayasal demokrasi gerek ülkemizde gerek dünyada bir anlam ve uygulama aşınmasına uğramaktadır. Amacımız gelinen noktada hukukun evrensel ilkelerine yeniden dikkat çekmektir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Hukuk Devleti, Çoğulcu Demokrasi, Kuvvetler Ayrılığı, Anayasal Demokrasi

ABSTRACT

Constitutional democracy is the combination of constitutional state and democratic state. Constitutional democracy that is a legal combination is based on the moral foundations of both elements, i.e. constitutional state and democratic state. Constitutionalism is the moral foundation of constitutional state. Constitutionalism is about limitation of power and guaranteeing the rights and freedoms. Therefore, there is balance and inspection in the essence of the constitutionalism. Moral foundation of a democratic state is the pluralistic democracy. In contrary to the general belief, pluralistic democracy does not limit the willpower, but it extends the willpower. In pluralistic democracy, majority's right to govern is protected, and on the other hand, rights and freedoms of the minorities and their potential to become majority in the future are protected. Thus, constitutional democracy is not a forced combination of the constitutional state and democratic state. Constitutional state and democratic state are like two faces of a medal that reflects the governance. Governance lacking one them would diminish the character of the democratic law state.

Keywords: Constitution, Rule of Law, Pluralistic Democracy, Separation of Powers, Constitutional Democracy

Giriş

*“Hükümdar haksız olarak bir köylüden yumurta alırsa,
adamları köylülerin tavuklarını alır.”
Sadi Şirazi*

“Anayasaların cildi insan derisi, mürekkebi insan kanıdır.”

Anayasa toplumun siyasal kurumlarını dizayn eden, bir diğer söylemle yönetim faaliyetini düzenleyen normlar bütünüdür.¹ Ancak anayasa bunun ötesinde anlamlar taşır; zira anayasa insan hak ve özgürlüklerini koruyan ve geliştiren değerler ve düşünceler toplamıdır. Anayasa metinlerinin evveliyatındaki felsefi, doktriner, sosyal, siyasi ve benzeri diğer harekete geçirici unsurların bütününe tekabül ettiğini ifade edebileceğimiz süreç olan ‘anayasacılık’ ile bu sürecin ürünü olarak ortaya çıkan ‘anayasa’ aynı anlama gelmemektedir. Butleritchie’e göre anayasacılık muğlak bir kavramdır ve pek çok anlamda belirsiz bir şekilde kullanılmaktadır. Gerçekten de her modern siyasal teorisyen siyasal anayasa kavramını bir şekilde kullanmaktadırlar. Ancak bu kullanımlar arasında tam manasıyla bir konsensüs olduğu söylenemez.² Ancak modern anayasacılığın siyasal ve hukuksal olguların kavranmasında oldukça etkin bir rol oynadığı söylenebilir. Bunların yanı sıra modern anayasacılıktan kastedilenin sınırlı yönetim, hak ve özgürlüklerin korunması ve temsili demokrasiyle ilgili olduğu ifade edilmektedir.³

Anayasacılık gerek devlet iktidarını gerekse siyasi iktidarı sınırlandırır ve iktidarın hareket kabiliyetinin sınırlı bulunduğu bu ortamda hak ve özgürlükleri güvenceye bağlamayı amaçlar.⁴ Bu yönüyle anayasacılığın özü denge ve denetimdir. Tam bu noktada Homeros’un Odeyssea Destanı’ından aktarabileceğimiz Ulysses metaforu dikkat çekicidir:⁵ Anlatıya göre Ulysses, Siren’lerin kışkırtıcı ve baştan çıkarıcı şarkılarından etkilenmemek üzere,

¹ Dennis C., Mueller: **Constitutional Democracy**, Oxford University Press, New York, 1996, s. 43.

² David T., Butleritchie: “The Confines of Modern Constitutionalism”, **Pierce Law Review**, V. 3, N. 1, 2004, 1-32, s. 1.

³ Butleritchie, a.g.e., s. 30.

⁴ Loughlin’in belirttiği gibi anayasacılık sınırlı bir hükümet biçimi olmakla beraber modern anayasaların içermesi gereken normlarla ilgilidir. Bu normlar yalnızca iktidarın sınırlandırılmasına ilişkin değildir; aynı zamanda bu iktidarın işleyiş biçimine de yöneliktir. Onun esas ilkeleri yargının bağımsızlığı, kuvvetlerin ayrılığı, bireysel haklara saygı ve anayasal normların koruyucusu olarak yargının rolüdür. Martin Loughlin, **The Twilight of Constitutionalism**, Oxford University Press, New York, 2010, s. 55.

⁵ Ayrıca bkz. Ozan, Varol: “Temporary Constitutions”, **California Law Review**, C. 102, S: 2, 2014, 409-464, s. 410.

gemideki tayfalarından kendilerini bir direğe bağlamalarını ve ne olursa olsun onu çözmelerini emreder. Kontrol ve dengesini kaybetmemek için Ulysses, Siren'lerin şarkısını duyunca her ne kadar sesin cazibesine kapılıp kendilerini çözmeleri hususunda tayfalarına emir verse de tayfalar baştaki emri dikkate alarak, ikinci emri uygulamamıştır.

İktidar burada geçen anlatıdaki gibi istisnai zamanlarda gerçekleştirme potansiyeline sahip oldukları “çılgınlıkların” önüne geçmek için anayasaya ihtiyaç duyar. Dolayısıyla anayasalar güçlü iktidarı ve onu temsil edenleri zapturapt altına alma gayesi ile ortaya çıkan metinlerdir. Tersine bir durum zorbalığa yol açar ve insan hakları ihlallerini olağanlaştırır. Oysa anayasaların garanti altına aldıkları insan hak ve özgürlükleri uzun bir siyasi ve sosyal mücadelenin ürünüdür. İnsan hak ve özgürlükleri bağlamında anayasal düzenin gelişmesi ve bugünkü konumuna gelmesi oldukça zor şartlar altında verilen siyasi ve sosyal mücadeleler zincirinin ürünüdür. Bu mücadele kimi zaman dram ve trajedilerle kimi zaman başarı ve mutlulukla örülü çok değişkenli bir denklem niteliğindedir. Burada, 1791 Fransız Anayasasının yapılış sürecinden mühlhem bir şekilde kitapların ismi olarak seçilme noktasına dahi taşınan, “*insan derisiyle kaplı*” anayasa⁶ ifadelerinin kullanılmasının bir tesadüf olmadığı, tam tersine anayasa metinlerinin çok büyük mücadelelerin sonucu ortaya çıktığının en güzel özeti olduğu ifade edilmelidir. Biraz önce ifade edilen denklemin çözüldüğü en önemli nokta ise anayasacılık düşüncesinin ide olarak gökyüzünde bulunduğu soyut halinden yeryüzünde siyasi ve sosyal yaşam pratiğine dökülmesi olmuştur. Gerçekten de insan hak ve özgürlüklerinin tanınıp güvenceye bağlanması siyasi iradeye dair meşruiyet algısının iyi yöneticiden iyi yönetime evrilmesi ve kurumsallaşması ile birinci aşamasını tamamlamıştır. Böylece insan merkezli bir dünya ve bir yaşam alanı hayalini canlandırması açısından tarihin önemli bir dönüm noktası olmuştur.

Bir yandan hak ve özgürlük bilincini geliştiren birey belli bir hukuk düzeni içerisinde yaşamak istemiş diğer yandan yaşadığı ortamın düzenleyici işlerine, bir başka söylemle yönetim faaliyetine katılım göstermek arzusu içinde olmuştur. Zira yönetime katılım birey için hak ve özgürlükleri korumada bir güvence oluşturmaktadır. Bu noktada nirengi noktasının anayasacılık düşüncesi ve bu düşünce etrafında şekillenen somut anayasa yapım süreci olduğu söylenebilir. Gerçekten de anayasacılık bir taraftan siyasi iktidarı sınırlandırmayı diğer taraftan da hak ve özgürlüklerin tanınıp güvenceye bağlanmasını hedeflemektedir. Nitekim gerek modern anlamda ilk

⁶ Tunaya, Tarık Zafer: İnsan Derisiyle Kaplı Anayasa, Çağdaş Yayınları, Ankara 1979.

anayasa olarak 1787 ABD Anayasası'nın gerek özellikle II. Dünya Savaşı sonrası gelişen anayasa yapımı dalgasının bu doğrultuda bir gelişim gösterdiği gözlemlenmektedir.

Bu bağlamda siyaset ve hukukun karakteristik özelliklerini üzerinde taşıyan anayasacılık düşüncesinin somutlaşmış biçimi olarak anayasa zaman içerisinde gelişim göstermiş ve kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değerlerle bütünleşmiştir. Böylece anayasa hukuki bir metin olduğu kadar siyasal bir metin özelliğini de bünyesinde barındırmaktadır. Zira insan hak ve özgürlüklerinin koruma altına alınması ve dolayısıyla siyasal iktidarın sınırlanması siyasal iktidara ilişkin meşruiyet algısını da değiştirmiştir. Toplumsal düzlemde siyasal iktidarın meşruiyeti meşru yöneticiden meşru yönetime doğru bir geçiş süreci yaşamıştır. Şüphesiz bunda aynı zamanda birer siyasal metin olan anayasaların önemi büyüktür. Ezcümle siyasi liderin şahıs olarak meşruluğu kurumsal meşruluğa evrilmiş ve bu süreç anayasa metinleriyle taçlandırılmış ve teminat altına alınmıştır.

Bu çalışmanın amacı, hukuk devletinin kanun devletine, anayasal devletin anayasalı devlete dönüştürülme tehlikesini ele almaktır. Öte yandan hukuk devleti görüntüsü altında kanun devletine evrilme, hakeza anayasal devlet şemsiyesi altında anayasalı devlete dönüştürme sürecinin sürdürülmesi tehlikenin odak noktasını teşkil etmektedir. Burada anayasaya göre işleyen ve yönetilen devlet mi, yoksa konjonktürel olarak devlete ve yönetenlerin arzularına göre anayasa mı soruları akla gelmektedir. Başka bir ifade şekliyle devletin ve yöneticilerin uyması gereken anayasa mı yoksa devlete ve hususiyyle yöneticilerin arzularına uydurulan anayasamı soruları akla gelmektedir. Öz ifade şekliyle hukuki duruma uygun bir devlet gücü mü yoksa fiili durumu meşrulaştırma arayışının ürünü olan anayasa mı? Çalışma çerçevesinde evvela; mülk devlet, polis devlet, hazine teorisi ve kanun devleti gibi konu başlığıyla ilgili temel kavramlar ele alınmıştır. Daha sonra çalışmada hukuk devletinin öncü bir ilkesi olarak kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve nihai olarak da hukuk devletinin tamamlayıcı bir ilkesi olarak anayasal demokrasi kavramı ele alınmıştır. Sonuç olarak da tüm bu maddi kavramlar bakımından bir Türkiye değerlendirmesi yapılmıştır.

1. Kavramsal Çerçeve

1.1. Mülk Devlet

Mülk devlet; devletin hakimiyeti altındaki toprakların egemen gücü temsil eden derebeyin özel mülkü sayıldığı feodal düzen olarak tarif

edilebilir.⁷ Mülk devletin temeli feodal düzendir.⁸ Feodal düzende zayıf konumdaki yönetilenlere güçlü yönetici nezdinde hak arama hürriyeti tanınmamıştır, zira bu düzende yönetilenlerin krala tabi olmaları ve onun emrinde çalışma mükellefiyetleri esastır.⁹ Netice olarak, iktidarın ziyadesiyle bölünmüş hali şeklinde ortaya çıkan feodal düzende,¹⁰ özgür iradeye dayalı hak talebi kabul edilmemiştir. Çünkü mülk devlette, asıl olan baştaki derebeyin mutlak hakimiyetidir.

Mülk devletinde (petrimonialstaat) hükümdar, hükümranlığı sürdüğü saha üzerinde adeta bir yaşam rejimi kurgulamaktadır. Bu yaşam rejiminde pozitif anlamda hukuka yer yoktur. Ancak şüphesiz doğal hukuk doktrini burada devreye girmekte ve özellikle müktesep haklar bakımından bir anlam ifade etmektedir.¹¹ Ancak her halükârda mülk devletinde *ülke adeta kralın çiftliği konumundadır.*¹² Dolayısıyla mülk devletinde hükümdarın hükümranlığını sınırlandıran bir iktidar pratiğinden söz edilemez.

Öyle ki doğal hukuk dahi hükümdarların hükümranlığını pekiştirmektedir.¹³ Çünkü halkın tüm sorumluluğunu üzerine alan hükümdar paradoks bir şekilde tüm yetkileri şahsında toplamakta ve sorumluluktan kaçabilmekteydi. Bir diğer söylemle burada “devlet reisi, kendisi için lüzumlu olan yetkileri kendisine tanıyabilir” anlayışı hakimdir.¹⁴ Bir nevi hükümdara göre kural. Hükümdarın kendi kendisinin yetkisini belirleme yetkisi (la compétence de déterminer sa propre compétence) aslında egemen (soveraine) olmanın doğal ve buna uzantılı bir neticesidir. Bu haliyle mülk devletinde kamu alanına ilişkin haklar da hükümdarın şahsına sıkı sıkıya bağlıdır. Burada hükümdarın yetkisi bir çeşit üst mülkiyet (Obereigentum)

⁷ Ülgen, Pınar: “Ortaçağ Avrupa’sında Feodal Sisteme Genel Bir Bakış”, **Mukaddime**, S. 1, Y. 2010, 3, 4; Yıldız, Hayrettin: “Hukuk Devleti’nin Gelişim Sürecinde Mülk Devleti Ve Polis Devletinin Yeri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, S. 2; Köktürk, Abdullah: “Modern Öncesi Devletin Yönetim Anlayışı”, **Güvenlik Stratejileri Dergisi**, S. 13, Y. 2013, s. 79, 80.

⁸ Çın, Selim: **Demokrasi ve Hukuk Devleti İkilemi**, Astana Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2019, s. 39, 40.

⁹ Beriş, Hamit Emrah: **Küreselleşme Çağında Egemenlik**, Lotus Yayınevi, Ankara 2006, s. 69, 70.

¹⁰ Salihpaşaoğlu, Yaşar: **Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 86, 87.

¹¹ Onar, Siddik Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 1, İsmail Akgün Matbaası, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, s. 123.

¹² Gözler, Kemal ve Kaplan, Gürsel: **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, 14. Baskı, Bursa 2013, s. 60.

¹³ Onar, a.g.e., s. 125.

¹⁴ Aktaran, a.g.e., s. 125.

şeklinde ortaya çıkmaktadır.¹⁵ Dolayısıyla burada bireylerin temel haklarından söz edilemez. Kaldı ki bireylerin haklarını koruyacak bir hukuki mekanizma da söz konusu değildir. Bir bakıma idari yetkiler ile yargısal yetkiler iç içedir.¹⁶

1.2. Polis Devlet

Polis devlet düşüncesinin ortaya çıktığı ülke Almanya'dır.¹⁷ Polis devlet ibarelerindeki polis kelimesi kolluk kuvveti anlamındaki polisi kastetmek üzere kullanılan bir kelime değildir.¹⁸ Kökeni Yunanca olan bu kelimenin sözlük anlamı, "kent'in idaresi ve siyasi yönetimi" demektir. Mülk devletten farklı olarak polis devlette belli kurallara göre işleyen bir düzen vardır. Lakin polis devlette kurallar sadece yönetilenleri bağlar, yönetenleri bağlamaz. Dolayısıyla yönetenler devletin üstün ve âli menfaatleri adına kuralları ihlal etme hakkını kendilerinde görürler.¹⁹

Şu halde polis devleti (polizeistaat) "iç ve dış tehlikelere karşı tebaayı himaye etmeye, onun mutluluk ve refahını sağlamaya yarayan araçların feodal efendi tarafından sağlanması" olarak anlaşılmalıdır.²⁰ Bu doğrultuda polis devleti, kamunun refah ve selametini sağlamak amacıyla her türlü önlemi almak konusunda yetkili olan, aynı amaç doğrultusunda bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunabilen, bunu gerçekleştirirken bireylere çeşitli külfetler yükleyebilen, ancak bunların tümünü yaparken kendisi herhangi bir hukuk kuralı ile bağlı olmayan devlet demektir.²¹ Dolayısıyla polis devleti ifadesinde yer alan "polis" kavramı, kamunun menfaati ve selameti için yerine getirilen bütün faaliyetleri kapsayan bir anlamda kullanılmaktadır. Devletin bu faaliyetleri yerine getirmek için sahip olduğu sınırsız ve denetimsiz güce de "polis kudreti" (Polizeigewalt) denmektedir.²²

Polis devletinde mülk devletinden farklı olarak, hükümdarın egemenlik yetkisinin kaynağı mülkiyet anlayışına dayanmamakta, buna karşın

¹⁵ Balta, Tahsin Bekir: **İdare Hukuku I: Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1970-72, s. 84.

¹⁶ Balta, a.g.e., s. 84.

¹⁷ Yıldız, a.g.e., s. 218.

¹⁸ Bilgiç, Veysel K.: **İdare Hukuku**, Polis Akademisi Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 70.

¹⁹ Yıldız, a.g.e., s. 217-220.

²⁰ Hafizoğulları Zeki: İnsan Hakları Polis Görevi ve Yetkisi, Polis Akademisi Seminer, Konferans, Sempozyum Bildirileri Dizisi: 2, Ankara, s. 566.

²¹ Günday, Metin: **İdare hukuku**, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 38.

²² Gözler, Kemal/Kaplan, a.g.e., s. 60.

hükümdarın bizatihi şahsına dayanmaktadır. Dolayısıyla polis devletinde, devlet ile hükümdarın şahsının birleştiği söylenebilir.²³ Bu bakımdan söz konusu devlet yönetimi türünün mutlakıyetçi rejimleri temel aldığı görülmektedir.²⁴ Çünkü devletin menfaatlerini korumakla yükümlü hükümdarın ve onun organları sıfatıyla işlemler tesis eden memurların gerçekleştirdiği tasarruflar devletin işi sayılmakta ve bu tasarruflardan dolayı devleti temsil eden hiçbir şahıs aleyhine yargıya müracaat edilememektedir.²⁵

Polis devletinde hükümdarın ve ona tabi olan memurların devletin yüksek menfaatlerini korumak gayesi ile yaptıkları işler her türlü yargısal denetimin dışında kalıyor ve bu işler yargı karşısında mutlak bir korunmadan yararlanıyordu. Bu uygulama ve yargısal korumanın temelinde de İngiltere’de “*Kral fenalık yapmaz*” düşüncesi vardır.²⁶ Öyle ki 1946 yılında, bir İngiliz mahkemesi “*hükümdarın şahsen yaptıklarının fena olmayacağını kanun farz eder; hükümdarın emri ile yapılan hareketlere gelince bunlar kanuna muhalif iseler hukuken yok farz edilirler ve hükümdara izafe edilemezler*” diyerek, hukuka aykırı hükümdar tasarruflarını dahi meşrulaştırmaktadır.²⁷

Görüldüğü gibi polis devletinde egemen kişi hiçbir hukuk kuralı ile sınırlandırılmamış olup hükümdar sadece Tanrıya ve kendi vicdanına karşı sorumludur.²⁸ Bu yönetim türünde devlet memurları, hükümdarın emirlerini yerine getiren birer vasıtadan ibarettirler. Hükümdarın emirleri de yine birer hukuk kaidesi sayılmaz. Çünkü hükümdar kendi çıkardığı emirlere uymakla mesul ve onlarla bağlı olmadığından, dilediği zaman bu kurallara aykırı hareket edebilir ya da uygun görmezse değiştirebilir.²⁹ Bu yönüyle polis devletinin en büyük özelliği egemen kişinin hiçbir hukuk kuralıyla bağlı olmaması, yönetimin bütünüyle hükümdarın takdir ve keyfiyetine tabi olmasıdır.³⁰

1.3. Hazine Teorisi

Hazine teorisine dayanan devlet yaklaşımı, Almanya’da ortaya çıkmıştır. Polis devlette olduğu gibi hazine teorisi yaklaşımında da yürürlükte kurallar

²³ Yıldız, Hayrettin: “Hukuk Devletin Gelişim Sürecinde Mülk Devleti ve Polis Devletin Yeri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S: 2, 2013, 211-230, s. 218.

²⁴ Yıldız, a.g.e., s. 218.

²⁵ Onar, a.g.e., s. 131.

²⁶ Onar, a.g.e., s. 131.

²⁷ Onar, a.g.e., s. 131.

²⁸ Özay, İl Han: *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 26.

²⁹ Onar, a.g.e., s. 131.

³⁰ Günday, a.g.e., s. 38.

vardır ve kurallar sadece yönetilenleri bağlar. Hazine teorisinde devlet ile hazine birbirinden ayrılmıştır ve hazineye ayrı bir tüzel kişilik verilmiştir.³¹ Polis devletten farklı olarak hazine teorisinde, devletin faaliyetlerinden zarar gören yönetilenlerin, hazineden zararlarının tazminini talep etmeleri mümkündür. Bu durum zayıf konumdaki yönetilenlerin güçlü konumdaki devlete karşı korunması adına önemli bir adımdır ve hazine teorisi yaklaşımının polis devletten en temel farkıdır.

Görüldüğü gibi polis devleti bireyleri bütünüyle hukuki güvenceden yoksun bırakırken, hazine teorisi ile bu katı yapı yumuşatılmakta ve bireylere bazı hukuki güvenceler tanınmaktadır.³²

Hazine teorisinin kökeni esasında Roma hukukuna dayanmaktadır.³³ Roma hukukunda hazineye, hükümdardan ayrı olarak bir tüzel kişilik tanınıyor ve devlet faaliyetleri dolayısıyla zarar gören vatandaşlara yargısal yolları kullanarak zararlarını tazmin etme imkanı veriliyordu.³⁴ Bu şekilde, kamu gücünü temsil eden ve kullanan ve kamu hukukuna dayanarak yaptığı işlemlerden dolayı hiçbir denetime tabi olmayan devlet ile özel hukuk hükümlerine tabi olan ve aleyhine yargı yoluna başvurulabilen “hazine” birbirinden ayrı tutuluyor ve günümüz hukuk devletindeki gibi olmasa da bireylere bazı mali haklar tanınarak kısmi bir hukuki güvence sağlanmış oluyordu.³⁵ Örneğin, devlet hakimiyeti dolayısıyla gerekli gördüğü vakit bir vatandaşın taşınmazını rızası hilafına kamulaştırabiliyor, bireyi zor kullanarak başka işte çalıştırabiliyordu.³⁶ Ancak vatandaş devlete karşı, hakkında tesis edilen işlemlerin hukuka aykırı olduğu savını ileri süremiyor, bir bakıma devleti dava edemiyordu. Ancak söz konusu taşınmaz, devletin hazinesine dahil olduğundan, hazine artık bu mala sahip olması dolayısıyla bir kamulaştırma bedeli vermekle yükümlü hale geliyordu.³⁷ Böyle bir durumda, kamulaştırılan taşınmaz satış akdi olarak, bireyin çalıştırılması da hizmet akdi olarak görülüyor ve her iki durumda da özel hukuk hükümleri uygulanarak uyumsuzluk çözüme kavuşturuluyordu.³⁸ Bedel ihtilafı da yine adi bir alacak davası olarak ele alınıyordu. Aynı şekilde, devlet bireyi bazı mali külfetlere sokarsa aradaki uyumsuzluk sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak,

³¹ Gözler ve Kaplan, a.g.e., s. 61.

³² Gözübüyük, Şeref ve Tan, Turgut: **İdare Hukuku: Genel Esaslar**, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 32.

³³ Onar, a.g.e., s. 129.

³⁴ Günday, a.g.e., s. 38.

³⁵ Günday, a.g.e., s. 38.

³⁶ Günday, a.g.e., s. 38.

³⁷ Onar, a.g.e., s. 130.

³⁸ Balta, a.g.e., s. 88.

yani medeni hukuk hükümleri uygulanarak çözülyordu.³⁹ Bu uygulamaların tümünün nedeni devletin bir kamu hukuku kişisi, hazinenin ise bir özel hukuk kişisi olarak görülmesinden kaynaklanıyordu.⁴⁰

1.4. Kanun Devleti

Kanun devleti, yönetilenlerin haklarının ihlal edilip edilmediği önem arz etmeksizin devlet işlemlerinin sadece yasal dayanağının bulunduğu devlet demektir. Kanun devletinde, gayrimeşru yönetim tarzlarının biçimsel meşruluğunu sağlamaya matuf yasalar vardır, ancak salt yasaların varlığı hukuk devleti olarak kabul edilmek için yeterli değildir.⁴¹ Zira güçlü konumdaki yönetenleri zayıf konumdaki yönetilenler lehine sınırlandırıcı düzenlemeler ve mekanizmalar bulunmadığı sürece hukuk devletinin varlığından söz edilemez. Dolayısıyla kanun devletinde her ne kadar yürürlükte kanunlar ve kanunlara aykırılıkları engellemek amacıyla kurulmuş mahkemeler bulunsada bunların asıl varlık gayesi adaleti, hakkaniyeti tesis etmek değildir. Çünkü kanun devletinde yasaların ve yargı mercilerinin varlık gayesi zayıf konumdaki yönetilenleri güçlü devlet karşısında korumak değildir. Aksine kanun devletinde kanunlar ve yargı mercileri güçlü konumdaki devleti daha da güçlü hale getirmek için vardır. Ezcümle kanun devletinde, yasal düzenlemelerin ve mahkemelerin işlevi, devleti yasal zeminde hareket ediyor gibi göstermek ve bu yolla devlete biçimsel meşruluk kazandırmaktır.⁴² Böylece devletin hukuk dışına çıktığının kamufle edilmesi sağlanmaya çalışılır.

2. Kanun Devletinden Hukuk Devletine, Hukuk Devletinden Anayasal Devlete: Devletin Hukuksal Maddi Mahiyetinde Evrilme

Dünya tarihine ilişkin bir değerlendirme yapılacak olursa bireye ve bireyi destekleyici kurumlara verilen önem, Avrupa'da despot hükümet biçimlerine karşı bir yönelimin gelişmesine de neden olmuştur. Avrupa'da despot hükümetlerin varlığına rağmen, despotizm karşıtlığı devam etmiş ve sonuç itibarıyla ifadesini karma anayasalar ve kuvvetler ayrılığında bulmuştur. Kuvvetler ayrılığı diğerlerini yönetme gücüne sahip olan bireylerin, söz konusu yetkilerini kötüye kullanabilecekleri ve dolayısıyla bunun denetlenmesi gerektiğine ilişkin antropolojik varsayıma dayanmaktadır. Bu nedenle idare, yetkinin ancak sınırlı olarak kullanılacağı güvencesini vermek durumundadır.

³⁹ Onar, a.g.e., s. 130.

⁴⁰ Yıldız, a.g.e., s. 221-222.

⁴¹ Gülener, Serdar: **Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu**, XII Levha Yayınları, 1. Baskı İstanbul 2012, s. 137.

⁴² Gülener, a.g.e., s. 137.

Sınırlı yönetimin ilk örnekleri mutlakıyetçilik döneminde kimi Avrupa devletlerinde kendini göstermeye başlamıştır.⁴³ Anayasal devlet her ülkede farklı gelişmiş olmasına rağmen temelinde ortak bir fikir yatmaktadır. Sonuç itibarıyla, bireysel bağımsızlık önem kazanmış ve iki hukuki prensip ile korunmuştur: kuvvetler ayrılığı ve hukukun üstünlüğü. Bu iki ilke 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları'na İlişkin Fransız Bildirgesi'nin 16. maddesinde de her anayasanın zorunlu bir unsuru olarak tanımlanmıştır. Anayasal devletler bu ilkelerin korunması amacıyla kısmen daha önceki sınırlı hükümete ilişkin deneyimlere ve "imperium limitatum"a ilişkin teorilere dayanmak suretiyle önemli hukuki metot ve teknikler geliştirmişlerdir.⁴⁴

Anayasal devletin düşünsel temeli ve çeşitli kurumlarıyla tarih süreci içerisinde hep varlık bulduğu söylenebilir. Ancak olgun hali modern görünüm biçimi pek o kadar eskiye gitmez. Gerçekten de anayasal demokrasi Avrupa ve Amerika Birleşik Devletlerinde son 200 yıl içerisinde tedricen gelişmiş ve farklı biçimlerde kendisini göstermiştir.

Anayasal devlet temelini Avrupa tarihi ve Antik döneme dayanan önemli bir kültürel gelişim olarak kabul edilmelidir. Söz konusu bu gelişim bireylerin sorumlu ve bağımsız kabul edilmeleri fikrine dayanmaktadır.⁴⁵ Bireyin önemi Avrupa kültürünün en önemli veçhelerinden birini oluşturmada ve kişilerin Tanrıya karşı sorumluluğuna ilişkin dinsel kanaate dayanmaktadır. Söz konusu dinsel bireycilik, hümanizm çağı ve aydınlanma dönemlerindeki laiklik hareketlerinden de etkilenmiştir. Bu hareketler sonucunda Avrupa tarihini ve Avrupa hukukunu kesin olarak etkileyen bireyin hukuki statüsü doğmuştur. Günlük hayatta bireyler, aile, kilise veya işyeri gibi sayısız destekleyici ve yönlendirici kuruma dahil olmuşlardır. Bugün söz konusu kurumlar farklı görünüm biçimleri kazanmış ve önemleri azalmış olmasına rağmen, varlıklarını hala sürdürmektedirler.⁴⁶

2.1. Devletin Hukuksal Maddi Mahiyetinin Farklılaşması ve Görünüm Biçimleri

2.1.1. Anayasacılıktan Sapma: Anayasalı Devlet

Sartori'ye göre "anayasalı devlet" ile "anayasal devlet" arasında derinden bir farklılaşma söz konusudur.⁴⁷ Her devletin bir şekilde yönetim şemasını

⁴³ Starck, Christian: "Anayasal Demokrasi ve Sınırlı Yönetim", **Demokrasi ve Yargı**, Çev. Gülüm Bayraktaroğlu, Ed. Ozan Ergül, Ankara, 2005, s. 25-26.

⁴⁴ Starck, a.g.e., s. 26-27.

⁴⁵ Starck, Christian: "Anayasal Demokrasi ve Sınırlı Yönetim", **Demokrasi ve Yargı**, Çev. Gülüm Bayraktaroğlu, Ed. Ozan Ergül, Ankara, 2005, s. 25.

⁴⁶ Starck, a.g.e., s. 25.

⁴⁷ Sartori, Giovanni: "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", **The American Political Science Review**, C. 56, S. 4, 1962, s. 853-864.

çizen bir anayasası söz konusudur, ancak bunlardan ancak kimileri “anayasal devlet” olma vasfını haizdir.⁴⁸ Çünkü sadece devlet anlamına gelen anayasa (constitution), anayasacılık ve buna bağlı ilkeler dizisi ile desteklenip belirli garantiler bahsettikleri oranda “anayasallık” niteliğini haiz olmaktadır. Anayasal devletin temel referansı olan anayasacılık ve buna bağlı ilkelerin maddi muhteviyatı hiç şüphesiz sınırlı değildir. Anayasa bu yönüyle dinamik birer belgedir. Anayasalı devlet biçimleri doktrinde “nominal anayasa”⁴⁹ veya “sahte anayasa”⁵⁰ olarak da adlandırılmaktadır. Her halükârda anayasalı devlet üst başlığında toplanabilecek bu tür anayasa biçimleri iktidarı sınırlandırma ve hak ve özgürlükleri koruma çifte işlevini haiz olmadıklarını söyleyebiliriz.

Anayasalı devlet, görünüşte bir anayasası bulunmakla beraber kendisini anayasayla bağlı görmeyen devlet demektir. Anayasalı devlette anayasa ‘sözde anayasa’ olmaktan öte bir anlam ifade etmez. Zira anayasalı devlette, anayasanın zayıf konumdaki yönetilenleri güçlü devlet karşısında koruyucu hükümler ihtiva etmesi gibi bir doktrini bulunmaz. Tam tersine anayasalı devletin anayasası, güçlü devleti daha güçlü hale getirmek için gerektiğinde anayasa hükümlerini değiştirilmesi veya yok sayılmasından öte bir gaye gütmemektedir. Binaenaleyh anayasal devletler demokratik olmayan devletlerdir. Diktatörlüklerin dahi anayasalı devlet kategorisinde değerlendirilmesi mümkün olabilir. Zira anayasalı devlette aslolan devletin işlemlerinin yasal dayanağa bağlanmış olmasıdır. Bu işlemlerin güçsüz konumdaki yönetilenlerin haklarını ihlal edip etmediği önem arz etmez.

Bir devlet, hukuk devleti olmanın asgari gereklerini kabul etmemekle beraber, bireylere yönelik tasarruflarına anayasa dahil, alt mevzuatıyla yasal dayanak kazandırmış olabilir. Bu neviden devletler ‘anayasal devlet’ olarak değil, ‘anayasalı devlet’ olarak kabul edilir. Zira bu neviden devletlerde; devlet gücünü sınırlandıran ve bireyin özgürlüklerini garanti altına alan gerçek anlamda bir ‘anayasa’ yoktur, sadece sözde, ya da ismi ‘anayasa’ olan lakin ‘cismi anayasa olmayan’ bir metin vardır. Bu türden anayasa yozlaşmış bir anayasacılık örneğini sergilemektedir. Bu yozlaşma şu unsurları içermektedir:

a. Görünüşte liberal anayasacılığın kurumları vardır. Ancak bunlar gerçek manada işlevsizdir.

⁴⁸ Sartori, a.g.e., s. 856.

⁴⁹ Sartori, a.g.e., s. 861.

⁵⁰ Bu bakımdan anayasa, Mark Tushnet tarafından “otoriteryan anayasacılık”(authoritarian constitutionalism) ile kavramsallaştırılmıştır. Tushnet bu çalışmasında, Singapur özgül siyasi ve hukuki tahlilini gerçekleştirmektedir. Ulaştığı sonuç söz konusu bu ülkenin “otoriteryan anayasacılığa” sahip olduğudur. Bkz. Mark Tushnet, “Authoritarian Constitutionalism”, *Cornell Law Review*, C. 100, S. 2, 2015, s. 391-461.

b. Yarışmacı ve serbest seçimler söz konusudur. Ancak bunlar manipülasyonla dominant tek parti tarafından yönlendirilmektedir.⁵¹

c. Rejimde muhalif unsurlar mevcuttur. Ancak bunlar vergi gibi çeşitli araçlarla sindirilebilmektedir. Bu şekilde kamu hizmetine erişim hakkında dahi yoksun bırakılabilmektedir.⁵²

d. Özellikle ifade özgürlüğü ekseninde bir dizi kısıtlama getirilmektedir. İktidar siyasası, kimi hukuk görünümü araçlarla ifade özgürlüğünden soyutlanmaktadır.⁵³

e. Burada iktidar odağı özellikle görünürde kamu düzeni ve demokratik sistemin işleyişini tesis etmek amacıyla ihdas edilen “nefret söylemi yasağı” gibi hususlarda araçların iktidar lehine işletildiği görülmektedir.⁵⁴

f. Medya neredeyse bütünüyle iktidar odağı tarafından yönlendirilmekte ve tekil ve tekel haline getirilmektedir. Kimi zaman internet ortamına erişim kısıtlanmakta ve bu şekilde sosyal yaşama da müdahale edilmektedir.⁵⁵

Sonuç olarak “anayasalı devlet” sahip olduğu görünüşte (çünkü *de jure* ile *de facto* yönüyle⁵⁶ bir sahtelik söz konusudur) demokratik ve hukuk devleti kurumlarıyla atipik bir otoriter rejim kurgulamaktadır. Kimi zaman anayasadan başlayarak normatif düzenlemelerle iktidar odağının çıkar ve tercihleri öncelenmektedir. İktidarın kurguladığı bu “yaşam rejiminde” yönetime ilişkin gerek siyasal gerek hukuksal boyutlar öyle ya da böyle kontrol altında tutulmaktadır. Bu durum herhalde atipik özelliği ile “Frankenstein Devlet” formülüyle ortaya konulabilir.⁵⁷ Çünkü görünüşte meşru olsa da ortada bir canavar söz konusudur. Bu canavarın hak ve özgürlüklere yönelik ihlalleri potansiyel bir tehlikenin ötesine geçmektedir. Nitekim Scheppele’nin kurduğu bu analojinin bir sağlamasını, yani anayasal garanti araçlarını öngören anayasal sistemlerin içerdikleri kimi hükümlerin işletilerek dönüşüme uğraması ve bir “canavara” doğru başkalaşması olağandır. Nitekim Alman Weimar Anayasası buna en talihsiz örnektir.

⁵¹ Tuhsnet, a.g.e., s. 414.

⁵² Tuhsnet, a.g.e., s. 401-402.

⁵³ Tushnet, a.g.e., s. 401.

⁵⁴ Tushnet, a.g.e., s. 401.

⁵⁵ Tushnet, a.g.e., s. 407-408.

⁵⁶ Sartori, a.g.e., s. 862.

⁵⁷ Scehpele, Kim Lane: “The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work”, **Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions**, C. 26, S. 4, 2013, s. 559-562.

2.1.2. Anayasalı Devletin Özel Bir Görünüm Biçimi: “Suiistimalci Anayasa”

David Landau bir makalesinde “abusive constitutionalism” kavramını kullanmaktadır.⁵⁸ Landau “suistimalci anayasacılık” ya da “istismarcı anayasacılık”⁵⁹ kavramı olarak da çevrilebilecek “abusive constitutionalism” kavramını şu şekilde belirtmektedir:⁶⁰ “*Bu makale, suistimalci anayasacılık olarak isimlendirdiğim gittikçe önemi artan bir fenomeni tanımlar. Suistimalci anayasacılık, anayasal değişim mekanizmalarının –anayasada değişiklik yapılması ve anayasanın yeni bir anayasayla değiştirilmesi– demokrasiyi tahrip etmek amacıyla kullanılmasını içerir. Onlarca yıldan beri, askerî darbe gibi demokrasiyi devirmenin klasik metotları gözden düştüğü için, otoriter ve yarı-otoriter rejim kurmak için anayasal araçların kullanılması giderek yaygınlık kazanmıştır. İktidardaki güçlü başkanlar ve partiler, anayasal değişmeyi, onları görevlerinden almayı çok güçleştirecek ve onların iktidarlarını kullanılmasını denetlemeye yönelik mahkemeler gibi kurumları etkisiz hâle getirecek şekilde inşa etmektedirler. Bu şekilde biçimlendirilen anayasalar uzaktan hâlâ demokratikmiş gibi görünürler ve bu anayasalar, liberal demokratik anayasalarda bulunanlardan farksız pek çok unsur barındırırlar. Ama yakından bakıldığında, onlar, esasen demokratik düzeni yok etmek için tasarlanmışlardır.*”

Gözler’in deyimiyile Landau kısaca şunu belirtmektedir:⁶¹ “*Artık askerî darbe yoluyla demokratik rejimleri devirip otoriter rejim kurmanın modası geçti. Onun yerine artık demokratik rejimler anayasa değişikliği yoluyla ortadan kaldırılıyor. İktidardaki güçlü başkanlar, ustaca ve kurnazca plânlanmış anayasa değişiklikleri yoluyla (subtle changes, subtle ways) kendilerinin görevde kalmasını sağlayacak bir anayasal sistem kurarlar. Özellikle anayasa değişikliği yoluyla kendilerini denetleyecek mahkemeler gibi organları etkisiz hâle getirirler. Bu şekilde yeniden biçimlendirilen anayasa, tam anlamıyla otoriter değildir; seçimler yapılmaya devam edilir. Uzaktan bakıldığında anayasa hâlâ demokratikmiş gibi görünür. Ama yakından bakıldığında, anayasanın, gerçekte demokratik düzeni yok etmek için anayasa değişiklikleri yoluyla yeniden tasarlandığı görülür.*”

⁵⁸ Ayrıca bkz. Albert, Richard: “Constitutional Amendment by Stealth”, **Mc Gill Law Journal**, C. 60, S. 4, 2014, s. 673-735.

⁵⁹ Oder, Bertil Emrah: “Anayasa Nedir? Anayasacılık Nedir?”, in **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, (Derleyen İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul, İletişim, 2016, s.15.

⁶⁰ Landau, David: “Abusive Constitutionalism”, **University of California Davis Law Review**, Cilt 47, Sayı 1, 2013, s.189-260, s. 189. Çeviri için bkz. Gözler, Kemal: “16 Nisan’da Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Bir ‘Suiistimalci Anayasa Değişikliği’ Midir?” <http://www.anayasa.gen.tr/suistimalci.pdf>, erişim 25.03.2020.

⁶¹ Gözler, a.g.e., s. 2-3.

Benzer bir suiistimalcilik⁶² anayasa yargısında da yaşanmaktadır. Bu bağlamda bir diğer teori olarak “hegemonyacı koruma tezi”den söz edilebilir. Hegemonik koruma tezinin siyaset ve hukukun kesişiminde yer alan anayasa yargısının doğuşu ve gelişiminde açıklayıcı veriler taşıdığı söylenebilir. Hirschl gerçekleştirdiği bir çalışmada İsrail, Kanada, Yeni Zelanda ve Güney Afrika’daki anayasal gelişmeleri mercek altına almış ve söz konusu ülkelerdeki anayasal hareketlerin yaygınlaşan anayasal değişim ve dönüşümle uygun olmadığını ortaya koymuştur. Hirschl bu dört ülkedeki anayasal gelişmelerin yalnızca yargısal bir güçlendirme yönünde ve niyetinde olmadığını belirtmiştir; tersine bu yöndeki eğilim çoğunluk karşısında korku ve tehdit altında olduğunu düşünen siyasal ve iktisadi elitlerin bilinçli bir stratejisidir. Burada elitlerin “çevre”nin çoğunluk olarak siyasi arenada önemli bir aktör haline gelmeleri karşısında kendi hegemonyalarını koruma güdüsü bulunmaktadır.⁶³

Bu nedenle hukuki alan üzerinde büyük bir etkiye sahip olan seçkin grup anayasal düzeyde hak ve özgürlüklere yönelik normları güçlendirerek görünürde anayasa yargısını bireyin hak ve özgürlükleri doğrultusunda geliştiriyor gibi gözükse de aslında çoğunluk iradesinin siyaset üretimini sınırlandırma amacını taşımaktadır. Böylelikle elit grup siyasi tercihlerinin daha fazla destek bulması doğrultusunda iktidar araçlarını ve karar alım sürecindeki manevra kabiliyetini çevreden alıp ulusal yüksek mahkemelere aktarmaktadır. Tabii yargısal güçlendirme ve yetkilendirmenin bu meyanda bir anlam bulması için yargı erkinin siyasi tarafsızlık ve dürüstlük açısından halk nezdinde bir itibara sahip olması gerekir. Bununla beraber elbette yargılama sürecinde ortaya konulan kararların elitlerin kültürel değerleri ve siyasi tercihleri ile uyumlu olması gerekmektedir.⁶⁴ Şu hâlde siyasi alana egemen olan aktörler kendi tercihleri ve ihtiyaçlarına hizmet eden bir yargı mekanizması için gerçek anlamda yargı bağımsızlığında da istikrarlı bir biçimde karşı çıkmaktadırlar ve yargı mekanizmasını kendi çıkar ve tercihleri doğrultusunda kullanılabilen uyumlu bir araca dönüştürmek istemektedirler.⁶⁵

⁶² Ayrıca bkz. Albert, Richard: “Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude”, **The American Journal of Comparative Law**, C. 62, S. 3, 2014, s. 641-686.

⁶³ Hirschl, Ran: “The Political Origins Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions”, **Law and Social Inquiry**, C. 25, S. 1, 2000, s. 91.

⁶⁴ Hirschl, The Political Origins Judicial, s. 91.

⁶⁵ Whittington, Keith E.: “Legislative Sanctions an the Strategic Environment of Judicial Review”, **Oxford University Press and New York University School of Law**, I. CON, C. 1, S. 3, 2003, s. 446.

Görüldüğü gibi anayasalarda görünüşte hak ve özgürlüklerin korunması doğrultusunda elit grup tarafından hakların anayasalarda katalog olarak tanınması ve anayasa yargısı ile bu yönde bir denetimin getirilmesinin altında yatan temel itki olarak burada iyi organize olmuş elitlerin çoğunluğun siyasi tercihlerini sınırlandırmasının ve çoğunluğa bağlı olarak siyasi sistem üzerinde gelişen muhtemel yan etkilerin, örneğin siyasi açıdan yönetimin dağılmasının, çoğunluklara liderlik eden siyasi aktörlerin yararlı ve iyi yöndeki girişimleri ile beraber anayasal düzenin oydaşmacı bir hale getirilerek engellenmesi olduğu söylenebilir.⁶⁶ Bununla beraber Hirschl'in belirttiği gibi burada rol oynayan temel etkenin siyasi oluşum sürecine hakim olan ve kurumsal yapıyı yöneten elit grupların kendi çıkarları doğrultusunda siyasi mekanizmayı dizayn etme güdüsü olduğu görülmektedir.⁶⁷

Landau ve Gözler ifadeleri, Hirschl'in tespitleri anayasal devletin anayasalı devlete, hakeza hukuk devletinin kanun devletine, hatta belki de demokratik rejimlerin otoriter ve totaliter rejimlere evrilme sürecinin özetidir. Bütün bunlar hukuk devleti, anayasa, demokrasi adı altında aynı değerlerin yok edilmesi sürecidir. Hukuk devleti, anayasa ve demokrasi gibi herkes tarafından savunulan evrensel değerlerle ve yine herkese aşikâr bir şekilde ve bu değerlerin korunması ve yüceltilmesi söylem ve uygulamalarıyla bunların, çok az kişinin farkında olduğu bir atmosfer oluşturmak suretiyle yok edilmesi ise en tehlikeli olandır. Her ağacın kurdu kendi özünden olur misali hukuk, anayasa ve demokrasinin özünden olan argümanlarla yok edilme tehlikesi içinde olduğu bir gerçektir.

Her halükârda burada suiistimalciliğe konu haklardır. Sweet'in belirttiği gibi “*Bundan şu sonuç çıkar ki anayasal kural koyuculuğun meşruiyeti en nihayetinde hakların meşruiyeti hükümlerine bağlıdır.*”⁶⁸ Burada “suiistimalci anayasacılık” ile kanaatimizce haklara yönelik operasyonel bir dizayn etme güdüsü söz konusudur. Bu durum aynı zamanda haklar karşısında bir iktidar sorununa da işaret etmektedir. Buna göre iktidar odağının el değiştirmesi sürecinde seçkin gruplar arasında bir savaşım söz konusudur. Bu mücadelede ise her halükârda haklar seçkin grupların çıkarları doğrultusunda düzenlenmek istenmektedir. Şöyle ki; günümüzde anayasa koyucunun, en başta da kurucu iktidarın, temel meşruiyet referansı haklar olmuştur. Burada haklar üzerinden bir meşruiyet devşirme yetisi söz konusudur. Hakları düzenleyebilme gücü, odak iktidarın çıkar ve tercihlerini önceleyebilme yetisinin operasyonel yolu olarak kullanılmaktadır.

⁶⁶ Hirschl, *The Political Origins Judicial*, s. 94.

⁶⁷ Hirschl, *The Political Origins Judicial*, s. 94.

⁶⁸ Sweet, Alec Stone: **Governing With Judges**, Oxford University Press, New York 2002, s. 150-152.

2.2. Devletin Anayasa İle Cihazlanması: Anayasal Devlet

Anayasa ve alt mevzuatında hukuk devleti olmanın asgari gereklerine yer veren ve onlarla kendisi de bağı olan devletlere anayasal devlet denir. Zira anayasacılığın esası, güçlü konumdaki devletin zayıf konumdaki bireylere karşı hukuka aykırı davranışlarını engellemek amacıyla iktidarın sınırlandırılması fikrine dayanır.⁶⁹

Hukuk devleti kanun devleti ifadeleri, anayasal devlet anayasalı devlet ifadeleriyle çok yakın ilinti içerisindedir. Bu bağlamda anayasal devlet olmak hukuk devleti olmayı da gerektirir. Oysa anayasalı devlet olmak için kanun devleti olmak yeterlidir. İstisnaları saklı kalmak üzere, hükümet modellerinden kuvvetler birliği modellerini esas alan devletler sadece anayasalı devlet, kuvvetler ayrılığına dayanan hükümet modellerini esas alan devletler ise anayasal devlet olarak kabul edilir. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, yasallık ya da kanunilik ancak dar anlamda meşruiyet için bir karine teşkil edebilir. Bunun dışında meşruiyet yasal olmayı da kapsayan geniş bir kavramdır.⁷⁰

Anayasal devletin esaslarının anayasanın normatifliği, anayasanın üstünlüğü ve anayasa yargısı olduğu söylenebilir. Anayasal devlet yazılı anayasanın temel norm olduğu ve hukuk düzeni içinde en yüksek otorite konumunda olduğu yaklaşımına dayanır. Söz konusu anlayışın gerçekleşmesi anayasanın üstünlüğü ve anayasanın normatifliği ilkelerinin tanınmasına bağlıdır. Anayasanın normatifliği yazılı anayasanın bir bildirge veya siyasi bir program değil bağlayıcı nitelikte temel normlar olduğu anlamına gelir. Anayasanın üstünlüğü ilkesi ise normlar arasında hiyerarşik bir ilişkinin bulunduğu teorisine dayanır ve anayasanın normlar hiyerarşisinde en üstte bulunmasını ortaya koyar. Anayasanın üstünlüğü ilkesi gereğince hiyerarşik bakımından anayasanın altında yer alan normların anayasaya uygun olması gerekir. Anayasanın söz konusu üstünlüğü ancak anayasa yargısı, yani normların yargısal denetimi yoluyla gerçekleştirilebilir. Yargısal denetim ile içerik olarak anayasaya aykırı olan normlar hukuk düzeninden ayıklanmakta ve bu şekilde anayasanın üstünlüğü ilkesi sağlanmaktadır.⁷¹

⁶⁹ Erdem, Fazıl Hüsni: **1982 Anayasası'nın Analizi**, Orion Yayınları, Birinci Baskı, Ankara 2012, s.12.

⁷⁰ Caniklioğlu, Meltem Dikmen: **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 29, 30.

⁷¹ Metin, Yüksel: "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 2012, 89-130, s. 92.

Beetham'a göre demokrasi belirli anahtar ilkeler ile ve bu ilkelerin uygulanmasına aracılık eden kurumlar bütünü olarak tanımlanır.⁷² İnsan hakları gibi kişilerin onurunun korunmasında başlangıç noktasıdır. Ancak demokrasinin ayrıca özel birtakım odak noktaları vardır: Birincisi demokrasinin sadece hak ve sorumlulukların sahibi olan kişiler bakımından değil aynı zamanda onların yaşamlarını etkileyen toplu kararlar ve politikadaki aktif katılımcılar olmaları boyutudur. İkincisi bütün olarak vatandaşlardan farklı bir kavramı ifade eden herhangi bir grup, birlik veya topluluk için olan kurallar ve politikalar hakkında kararlar alınması boyutudur. Üçüncüsü demokrasinin temel prensipleri insanların kamuya ilişkin kararlar ve karar yapıcılar üzerinde kontrol edici bir etki oluşturma hakkının olması ve bu kararlar bağlamında onlara eşit saygı ve eşit değer gösterilmesidir. Bütün bunlar kısaca genel kontrol ve siyasi eşitlik olarak adlandırılabilir.

Bütün iktidarı halka vermesi demokrasiye her şart altında güvenebileceğini göstermez. Zira bir şeyin çok olması her zaman hak olması anlamına gelmez, ya da niceliksel çokluk niteliksel çokluğun tek ve doğrudan işareti değildir. Ezcümle keyfiyet kemiyete feda edilemez. Hakeza kemiyet keyfiyeti tahakkümü altına alamaz. Teorik olarak demokratik çoğunlukların baskıcı olma ihtimali bulunduğu idrak edilebilir; ancak şu var ki bu tehlike teorik bir ihtimalden ibaret değildir. O halde demokratik çoğunlukları da sınırlandırma ihtiyacı vardır. Peki ama bu demokrasi ilkesi reddedilmeden nasıl yapılabilir? Bunun uygun bir yolu halkın veya temsilcilerinin dahi karışamayacağı, bir diğer ifadeyle kamusal kararlara tabi olmayacak konuların yazılı bir anayasayla belirlenmesidir. Söz gelimi ahlaki ve vicdani meselelerde doğrunun ne olduğuna kamusal mekanizmalarla karar verilmez. Bu da esas olarak sivil hakların anayasayla güvence altına alınmasıyla sağlanır.

Pasquino'nun ortaya koyduğu gibi demokrasi siyasi partilerin katıldıkları seçimleri kaybedebildikleri veya bir şekilde kaybetmek zorunda kaldıkları bir siyasi düzeni belirtir. Dolayısıyla demokrasilerde gerçekleştirilen seçimlerin sonuçları da kaybedenlerin cehenneme gönderildikleri kutsal bir karar değildir; tersine azınlığın isteği doğrultusunda hükümlerin iptal edilebildiği ve hakem denetimi altında kazananların siyasi gücün bir kısmını kullanabilmesini ifade eder.⁷³ Nitekim Özay "*Çağdaş demokrasi aynı zamanda ve mutlaka 'çoğulcu' da olmak zorunda ise de, bu nitelik sayısal*

⁷² Beetham, David: "Democracy: Key Principles, Institutions and Problems", **Democracy Its Principles and Achievement, Inter Parliamentary Union**, Geneva 1998, 21-30, s. 21.

⁷³ Pasquino, Pasquale: "Constitutional Adjudication and Democracy, Comparative Perspectives: USA, France, Italy", **Ratio Juris**, C.11, S.1, 1998, (38-50), s. 47.

olarak anlatılabilecek bir duruma ilişkin bir görüntü değil, bir 'anlayışın' düzene yansımadır. Nitekim, sayısal olarak 'çoğunluk' ilkesi, tek başına toplumdaki egemen güç ve etkinlikleri ne yansıtabilmekte ne de farklı ve birbiri ile değişik biçimlerde eşgüdüm içinde olması gereken yararların düzenli şekilde uyumunu sağlamaya yeterli olabilmektedir. Giderek, çoğulcu bir toplumda sadece sayısal olarak düşünülebilecek bir çoğunluk ilkesi demokratik düzenlerin kabul edemeyeceği bir uygulamayı beraberinde getirebilmektedir... Bütün bu gerekçelerden çıkarılabilecek ilk ve öğretide en önde gelen bilim adamlarının paylaştığı ortak sonuç ve kanı egemenliğin sadece ulusta olduğu ve onun tarafından kullanılacağı ve gücünü, Anayasa uyarınca ulus ve toplumdaki Mahkemenin de yetkisinin gerçek demokratik güç kaynağına dayandığı, bir diğer deyişle Anayasa Yargısının 'demokratik düzenin meşru ve doğal bir kurumu' olduğudur" demektir.⁷⁴ Demokratik rejimler sadece sayısal çoğunluğu elinde bulunduranlara karşı azınlıkta olanların saygı göstermesi demek olmayıp, aynı zamanda çoğunluğun azınlığa karşı tahakkümünü engelleyici mekanizmalara bünyelerinde yer veren rejimlerdir.

Hukuk devleti normun iradeyi, yani yönetime ilişkin halkın iradesini gerek biçimsel gerek maddi yönden hak ve özgürlük temelli sınırlandırmasıdır. Dolayısıyla burada norm ile irade arasında bir gerilim söz konusudur. Norm özgürlük, adalet ve eşitlik idelerinin yeryüzündeki kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi şeklindeki gerçekleşimidir. Bu yönden bakıldığında norm ile iradenin uyuşması zor gözükebilir; ancak normun hedefinin insan hak ve özgürlüklerini gerçekleştirme ve geliştirme olduğunu düşünüldüğünde norm ile iradenin esasında ontolojik bir birliğe sahip olduğu söylenebilir. Hak ve özgürlükler insanın sırf insan olduğu için doğuştan beraberinde getirdiği olgulardır. Durum bu şekilde ortaya konulduğunda norm ve iradenin veya bir başka söylemle hukuk ve demokrasinin çelişki ve çatışkı halinde olmadığı söylenebilir. Nitekim Troper bu bağlamda "*Halk ya da temsilcileri gerçekten kendileri dışındaki kurallarla sınırlandırılabilirlerse, sistemin demokratik olduğu söylenemez. Şayet bu kuralların bizzat halktan kaynaklandığı kabul edilirse, sistem de demokratiktir; ancak bu durumda da söz konusu olan bir sınırlandırma değil, öz sınırlamadır*" demektir.⁷⁵

⁷⁴ Özay, İl Han: "Anayasa Mahkemeleri (Ya Da Yargısının) Meşruiyeti", **Anayasaya Yargısı Dergisi**, 1992, s. 71-72.

⁷⁵ Troper, Michel: "Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi", **Demokrasi ve Yargı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, 12-25, s. 16.

Rosenfeld'e göre yakın dönemde, Batı Avrupa ve diğer yerlerde otoriter veya totaliter rejimlerden anayasaya dayalı demokrasiye olan geçişlerde çimento görevi görmesi durumunun da gösterdiği üzere hukuk kuralları modern anayasaya dayalı demokrasilerin mihenk taşıdır. En geniş anlamıyla, hukuk kuralları devletin vatandaşlarını sadece kamuya açıklanan kanunlara tabi tutmasını, devletin yasama erkinin yargı erkinden ayrı olmasını ve siyasetteki hiç kimsenin kanunun üzerinde olmamasını gerektirmektedir. Modern anayasaların üç temel özelliği hükümetin yetkilerinin sınırlandırılması, hukuk kurallarına uyum ve temel hakların korunmasıdır. Hukuk kuralları olmadığında, modern anayasaya dayalı demokrasi imkânsız hale gelir. Bunun haricinde, hukuk kurallarının anayasaya dayalı demokrasinin sürdürülmesine yardımcı olmak açısından tam olarak ne gibi özelliklere sahip olması gerektiği, işleyen bir anayasaya dayalı demokrasinin sağlanması için ne gibi bir rol üstlenmesi gerektiği ve anayasal demokrasinin meşruluğuna nasıl bir nihai katkısının olabileceği belli değildir.⁷⁶

Biz burada “ortaklık anayasası”ni önermekteyiz. Bu durumda Dworkin'in “ortaklık demokrasisi” yaklaşımı bize yol gösterici olmaktadır. Bu yaklaşıma göre halkın kendi kendini yönetmesi bir şirketteki veya ortaklıktaki ilişkiye benzetilebilir. Nasıl ki bir ortaklıkta yönetici olarak seçilenler yalnızca kendilerini seçenlerin değil aynı zamanda tüm ortakların çıkarlarını sağlamaya yönelik kararlar alıyorsa ortaklık demokrasisinde de iktidara gelenler toplumun tamamını gözeten kararlar almak zorundadırlar.⁷⁷ Aksi takdirde çoğunluğun azınlığa tahakkümü başlar ve bunun meşrulaşması yoluna girilerek demokrasi yoluyla demokrasi yok edilebilir. Bu bağlamda ortaklık demokrasisi için en az üç şart gereklidir. İlk olarak bireyler siyasi karar alım sürecinde eşit söz hakkına sahip olmalıdır. Dolayısıyla hiç kimse sırf düşünceleri rahatsız edici olduğu için veya bir diğer açıdan farklılık teşkil ettiği için siyasi karar alım sürecinden dışlanamaz. İkinci olarak eşit özen ilkesi olmalıdır. Her bireyin kişisel var oluş şartları karar alım sürecinde dikkate alınmalıdır. Ortak kararlar yalnızca çoğunluğun değil herkesin çıkarlarını gözetmelidir; zira herkesin hayatı eşit önemlidir. Üçüncü olarak “onur şartı” sağlanmalıdır. Buna göre bireylerin onurunu korumak amacıyla yalnızca kendilerinin karar vermesi gereken konularda çoğunluk tarafından herhangi bir şekilde karar alınmamasını öngörür. Siyasi kararlar ancak bireylerin onuru ile uyumlu olduğu oranda ortaklaşa alınmalıdır.⁷⁸ Ortaklık

⁷⁶ Rosenfeld, Michel: “The Rule of Law and The Legitimacy of Constitutional Democracy”, *Southern California Law Review*, C. 74, 2001, 1307-1352, s. 1307-1308.

⁷⁷ Dworkin, Ronal: “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2011, 27-39, s. 28.

⁷⁸ Dworkin, a.g.e., s. 30.

demokrasisinde demokrasi adaletten ayrı düşünülemez; dolayısıyla ortaklık demokrasisi tam anlamıyla adil bir toplum ve hakkaniyeti öngörür. Hakkaniyet için de siyasal eşitliğin sağlanması gerekir. Siyasal eşitlik sayıları değil statüyü dikkate alır ve siyasal eşitlik ancak insanların eşit söz hakkına sahip olduğu, siyasi karar alım sürecinde herkesin eşit biçimde gözetildiği ve bireysel onurla bağdaşmayan ortak kararların dayatılmadığı bir toplumda anlam ve gerçeklik kazanabilir.⁷⁹

Anayasacılığın kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, anayasal insan hakları rejimi gibi unsurları bulunmaktadır. Anayasal yönetim sınırsız takdir yetkisiyle ve kurallarla değil talimatlarla idare işlevini ifa etmenin zıddıdır. Kurallara dayalı yönetim ile talimatlara dayalı yönetim arasındaki ayrım devletin yetkilerinin üstün ve devletin varlığından ayrı ve bağımsız olarak haklılaştırılan bir amaca mı yoksa yalnızca iktidara sahip olma olgusuna mı dayandığına bağlıdır. İlk kavrayışta devlet bir araçtır. İkincisinde ise devlet kendi başına bir amaçtır ve bütün beşerî unsur ve düzenlemeleri kendi amacının araçları haline getirmektedir.⁸⁰ Dolayısıyla anayasacılık geleneğine uygun bir anayasanın siyasi düzenle ilgili beş amacı olduğu söylenebilir.⁸¹

1. Doğal insan haklarını (hayat, hürriyet, mülkiyet) ve sivil özgürlükleri (din ve vicdan özgürlüğü: seyahat etme ve yerleşme özgürlüğü; örgütlenme ve birliklerden uzak kalma özgürlüğü; düşünce ve ifade özgürlüğü; basın özgürlüğü; menkul ve gayri menkul edinme, elde tutma ve kullanma özgürlüğü; serbest mübadele yapma özgürlüğü; teşebbüs ve iş kurma özgürlüğü; meslek seçme ve icra etme özgürlüğü; sözleşmelere girme özgürlüğü) siyasi sistemin temel ilkeleri ve temeli olarak tesis etmek ve devlete bu hak ve özgürlüklere saygı gösterme ve tek ve toplu sivil ihlalcilere karşı koruma, hak ve özgürlüklere verilen zararları tazmin ettirme görevi vermek.

2. Devlet iktidarı üzerine, insan hak ve hürriyetlerini korumak için, alenî, bilinen, istikrarlı ve sonuçları tahmin edilebilir-önceden bilinebilir sınırlar koymak.

3. Devlet iktidarı üzerindeki sınırlarda gerçekleştirilecek değişikliklerin her reşit vatandaşın katılacağı, hiç kimsenin keyfi olarak dışlanamayacağı yaygın bir münazara ve münakaşa süreciyle ve önceden belirlenmiş değiştirme kurallarına bağlı kalınarak yapılmasını garanti etmek.

⁷⁹ Dworkin, a.g.e., s. 31-39.

⁸⁰ Yayla, Atilla: "Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler", **Liberal Düşünce Dergisi**, S. 66, 2012, 13-22, s. 14.

⁸¹ Yayla, a.g.e., s. 14-15.

4. Devletin, belli siyasal sınıfların veya onların müttefiklerinin özel refahı için çalışmaktan ziyade genel kamusal amaçlar ve çıkarlar için çalışmasını sağlamak.

5. Devlet organları arasındaki yetki ve görev paylaşımını ve ilişkileri, yukarıdaki ilkeleri asla gözden kaçırmadan, düzenlemek.

2.3. Hukuk Kıskaçında Devlet: Hukuk Devleti

2.3.1. Genel Olarak

Hukuk devleti kavramı ilk kez Almanya’da 1798’de Placidino ve 1813’te Welckler’in yazılarında kullanılmıştır; dolayısıyla kavramın anavatanı Almanya’dır. Bu kavrama karşılık olarak “state of law” gibi bir kavrama İngiliz ve Amerikan literatüründe rastlanmaz. Bunun yerine bu dillerde “hukukun egemenliği” anlamında “rule of law” kavramı kullanılır. Bu kavram bu dillerde bizde “hukukun üstünlüğü” olarak çevrilen “supremacy of law” kavramı ile birlikte kullanılmaktadır. Bu çerçevede Cumhuriyet döneminin ilk anayasası olan 1924 Teşkilât-ı Esasiyesinde anayasanın üstünlüğü ibarelerinin tercih edilmiş olmasının biraz önce belirtilen sebeplerden ötürü olduğu ifade edilebilir.⁸² Günümüzde Anglo Amerikan dünyada “hukukun egemenliği”, bizde ise “hukukun üstünlüğü” kavramlarının daha yaygın olduğu görülmektedir. Fransızcada ise hukuk devleti karşılığı olarak “etat de droit” kavramına ancak son zamanlarda rastlanmaktadır.⁸³ Hukuk devletinin ilk kez Alman dilinde kullanılmasının elbette ki tarihsel nedenleri vardır. Bunların başında Aydınlanma felsefesinin etkilerinin Almanya’ya, İngiltere ve Fransa’ya göre geç ulaşmış olması gelir. Hukuk devleti kavramı İngiliz ve Fransız burjuvazisine göre geç işlemiş olan Alman burjuvazisinin gecikmiş ideolojisinin anahtar kavramlarından biri olma özelliğine sahiptir.⁸⁴

Almanya’da ortaya çıkan hukuk devleti fikri, Fransa’da gelişmiştir. Hukuk devleti fikrinin hareket noktası zayıf konumdaki yönetileni güçlü konumdaki iktidara karşı korumaktır.⁸⁵ Polis devletin tersi olan hukuk devleti; devlet işlemlerinin hukuk kuralları çerçevesinde yürütüldüğü ve vatandaşların kendilerini hukuki güvence altında hissettiği devlettir. Hukuk devletinde pozitif hukuk yönetenleri ve yönetilenleri bağlar. Dolayısıyla hukuk devleti

⁸² 1924 Anayasasının 103 üncü maddesine göre; “Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile savsanamaz ve işlerlikten alınamaz. Hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz.”

⁸³ Özlem, Doğan: “Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek”, **Doğu Batı Dergisi**, Y. 4, S. 13, 2000-2001, 11-25, s. 14-15.

⁸⁴ Özlem, a.g.e., s. 15.

⁸⁵ Çın, a.g.e., s. 26.

fikri güçsüz konumdaki yönetilenler bakımından güçlü devlet karşısında en ileri noktadır.

1876 Kanun-ı Esasisin düzenlemelerinde yürütmeyi kayıtlayan bir hüküm bulunmadığı gibi, Meclis-i Umuminin kararlarını ve çıkardığı kanunları denetlemek üzere bir anayasa mahkemesi de yoktur. Kuvvetler birliği esasına dayalı monarşi ile yönetilen İmparatorlukta Anayasanın ilanı bu manada bir farklılık getirmemiş, adete malumun ilanı niteliğindeki hükümler ihdas etmek suretiyle mutlak monarşik yapıyı anayasal garanti altına almıştır. Dolayısıyla bu anayasada hukuk devletinin en temel gereklerinden biri olan kuvvetler ayrılığına ve buna bağlı olarak denge denetim mekanizmalarına yer verilmemiştir.⁸⁶ Kurtuluş Savaşı mücadelesi yıllarında hazırlanan ve bir geçiş dönemi anayasası niteliğinde olan 1921 Teşkilâtı-ı Esasi Kanunu da kuvvetleri birliği esasına dayalı meclis hükümeti sistemi ile ilgili hükümlere yer vermiş olup, yargıyı düzenleyen hiçbir hükme bu anayasada yer verilmemiştir. Millî Mücadele yıllarında hazırlanan bu anayasada hukuk devleti, demokratik devlet ve denge ve denetim yollarıyla ilgili hükümlerin yer almamış olması makul karşılanabilir. Doktrinde ifade edildiği üzere 1924 Anayasası kuvvetler birliği ve fonksiyonlar ayrılığı yönünde hükümlere yer vermiştir. Bunun yanı sıra her ne kadar hukuk devleti ibarelerine anayasa metninde yer verilmemiş olsa da anayasanın diğer kanunlar karşısında üstünlüğü kabul edilmiştir.⁸⁷ Öte yandan anayasanın üstünlüğü ilkesinin işlevselliğini sağlamaya yönelik bir anayasa yargısı öngörülmemiştir. Bu anayasa yürürlükte olduğu dönemin gerisinde kalmıştır. Zira bu Anayasanın iktidarı dizginleyici mekanizma olarak anayasa yargısına yer vermemiş olması en büyük eksiği olarak görülebilir. Bu ise hukuk devleti adına büyük bir gediktir. 1946 ve özellikle 1950 seçimleri sonrası dönemin koşulları itibarıyla iktidarı frenleyecek bir mekanizmanın olmamasının 27 Mayıs 1960 ihtilaline giden yolun başat sebebi olduğu söylenebilir. Sayısal ve siyasal çoğunluğun sağlanmış olması her zaman hukuk ve meşruiyet için yeterli değildir. Oysa 1950-1960 yılları arasında iktidara ters düşen subay ve astsubayların hakeza hâkim ve savcılarının kanunla emekliye sevk edilmesine vardırılabilecek boyutlarda iktidar tasarrufları ve bunların hukukilik denetiminin yapacak yargı merciinin öngörülmemiş olması hukuk devleti adına hiçbir şekilde kabulü mümkün olmayan eksikliklerdir. 1924 Anayasasına bir tepki anayasası olarak ortaya çıkan 1961 Anayasası, kuvvetler ayrılığını, denge ve

⁸⁶ Başgöl, A. Fuad: Anayasa Hukuku Dersleri, C. I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1948, s. 65-76.

⁸⁷ 1924 Anayasası m. 103'e göre; "Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile savsanamaz ve işlerlikten alıkonamaz. Hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz."

denetim mekanizmalarını ve en önemlisi Anayasa Mahkemesini ilk kez düzenleyen anayasadır. Dolayısıyla Türk Anayasa gelişmeleri dikkate alındığında, ‘hukuk devleti’ ilk defa 1961 Anayasası’nda Cumhuriyetin nitelikleri arasında düzenlenmiştir. 1982 Anayasasında da Cumhuriyetin nitelikleri arasında hukuk devleti ifadesi yer almıştır. Görülmektedir ki dünyada olduğu gibi Türk tarihinde de hukuk devleti birden olgunlaşmamış, tedrici şekilde ortaya çıkmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararları ışığında “*hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.*”⁸⁸ Mahkemenin bu tanımında, hukuk devletinin kanun devleti manasına gelmediği vurgulanmıştır.

Bu doğrultuda bir anekdot hukukun üstünlüğünü açıklamakta güzel bir örnek teşkil eder. XVII. Yüzyıl sonlarında İngiltere’de fakir bir köylü pencereleri kırık bir barakada iki çocuğu ve karısıyla oturmaktadır. Hava soğuktur ve içeriye karla karışık rüzgâr girmektedir. Durumu gören bir kişi acır ve sorar, “*üşümüüş ve mutsuz olmalısınız. İşçi, “hayır” der, “biz burada mutsuz sayılmayız, evimize kar girer, yağmur girer, soğuk girer ancak kral giremez.*” Bu işçiye kral yani devlet otoritesi karşısında güvence veren ve ona kendisine özgü kişisel bir özgürlük alanı tanıyan hukuk ve hukukun otorite karşısındaki üstünlüğüdür.⁸⁹ Hukukun devlet otoritesini durdurduğu yerde hukukun üstünlüğü söz konusudur. İşte hukukun üstünlüğü, yasama ve yürütme işlemleri karşısında son sözü hukukun söylemesi; bir diğer deyişle

⁸⁸ AYM. E. 2015/102, K. 2016/151, KT: 7.9.2016; AYM. E. 2012/75, K. 2013/88, KT: 10.7.2013; AYM. E. 2013/160, K. 2014/117, KT: 3.7.2014; AYM. E. 2014/63, K. 2014/125, KT: 3.7.2014; AYM. E. 2014/63, K. 2014/125, KT: 3.7.2014; AYM. E. 2014/81, K. 2014/145, KT: 25.9.2014; AYM. E. 2014/113, K. 2014/174, KT: 13.11.2014; AYM. E. 2014/131, K. 2015/11, KT: 14.1.2015; AYM. E. 2014/100, K. 2015/6, KT: 14.1.2015; AYM. E. 2016/16, K. 2016/37, KT: 5.5.2016.; AYM. E. 2016/128, K. 2016/154, KT: 7.9.2016; AYM. E. 2016/5, K. 2016/116, KT: 7.9.2016; AYM. E. 2016/181, K. 2018/111, KT: 20.12.2018; AYM. E. 2018/62, K. 2018/117, KT: 27.12.2018; AYM. E. 2018/101, K. 2019/3, KT: 13.2.2019; AYM. E. 2018/108, K. 2019/5, KT: 13.2.2019; AYM. E. 2019/3, K. 2019/12, KT: 14.3.2019; AYM. E. 2018/161, K. 2019/13, KT: 14.3.2019; AYM. E. 2019/16, K. 2019/15, KT: 14.3.2019; AYM. E. 2019/1, K. 2019/14, KT: 14.3.2019; AYM. E. 2018/154, K. 2019/1, KT: 14.3.2019; AYM. E. 2019/9, K. 2019/27, KT: 11.4.2019; AYM. E. 2019/5, K. 2019/24, KT: 11.4.2019; AYM., E. 2018/142, K. 2019/38, KT: 15.5.2019.

⁸⁹ Aliefedioğlu, Yılmaz: “Hukuk, Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2001-2, 29-68, s. 29-30.

devletin hukuk ile sınırlı olmasıdır. Devletin yasama, yürütme ve yargı yetkileri hukukla sınırlandırıldığı sürece bireyin temel hak ve özgürlükleri devlet karşısında güvenceye alınmış, keyfi yönetim önlenmiş olur.⁹⁰

Dicey'e göre hukuk devletinin üç anlamı vardır. İlk olarak hukuk keyfi gücün etkisinin aksine olağan hukukun mutlak hakimiyeti ve üstünlüğü anlamına gelmekte ve devlet organlarının yetkilerinde keyfiliği, ayrıcalığı ve hatta geniş takdir yetkisini bile dışlamaktadır. Buna göre bireyler yalnızca ve yalnızca hukuka göre yönetilir, hakeza bireyler yalnızca hukuku ihlal ettiği için yaptırıma tabi tutulur, başka bir nedenle ise yaptırıma tabi tutulamaz. İkinci olarak hukuk devleti hukukun önünde eşitlik ya da herkesin eşit olarak olağan mahkemelerce uygulanan ülkenin olağan hukukuna tabi olması anlamına gelir; bu anlamda hukuk devleti yetkililerin, yurttaşların tabi olduğu hukuktan ve olağan mahkemelerin yetkisinden istisna tutulmasını dışlar. Son olarak hukuk devleti anayasa hukukunun, yazılı anayasanın bir parçasını oluşturan kuralların kaynağı değil fakat birey haklarının bir sonucu olduğunu ifade edecek bir formül olarak kullanılabilir; bu nedenle de anayasa ülkenin olağan hukukunun bir sonucudur.⁹¹

Hukuk devleti en yalın şekilde “hukukla sınırlanmış devlet” olarak tanımlanabilir. Bir diğer söylemle hukuk devleti evrensel değerler dizisine göre var olan hukuk ile sınırlandırılmış devlettir.⁹² Bundan maksat toplumun yaşamına bir veya birkaç kişinin keyfiliğinin değil, yasaların egemen olmasını sağlamak olduğu açıktır. Esasında hukuk devleti idesi adı konulmamış olsa da ilk çağlardan itibaren mevcuttur ve bu ide, devlet kudretini sınırlandırma ihtiyacının bir ürünü olagelmıştır. Zira sınırlamak ve sınırlandırılmak insan yaratılış tabiatının bir gereğidir. Elbette kimin ne şekilde ve ne ile sınırlandığı hususları saklıdır. Dolayısıyla İlkçağdan bu yana, devlet kudreti bu kudreti elinde tutan bir despota, bir monarka, bir hanedana, bir güçlüler ittifakına karşı, çoğunlukla Tanrı adına ve din lehine, çeşitli yöntemlere ve araçlara başvurularak sınırlandırılmak istenmiştir. Buna karşılık modern hukuk devleti idesinin karakteristiği, devlet kudretinin, özne merkezli Aydınlanma felsefesi doğrultusunda, bireyin hak ve özgürlükleri adına ve bunlar lehine sınırlandırılmak istenmesidir. Öyle ki, modern hukuk devleti tasarısının güdümlenici değerleri, bireyin özgürlüğü ve insan hakları

⁹⁰ Aliefendioğlu, Hukuk, Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti, s. 30.

⁹¹ Dicey, Albert V.: “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, **Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal**, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Liberte Yayınları, 25-41, s. 36-37.

⁹² Dolayısıyla kanımızca Özlem'in bu bağlamdaki “hukuk devleti, kendi yaptığı hukukla kendini sınırlandıran devlettir” ifadesi bu bakımdan sorunludur. Özlem, a.g.e., s. 15.

olarak karşımıza çıkar. Bu değerleri yaşama geçirmek üzere devlet kudretini sınırlandırmada başvurulan en önemli araçları şöyle sıralamak mümkündür: a. Devletin bir hukuk metni, yani anayasa ile çerçevelenmesi, b. Devlet kudretinin yatay ve dikey düzeyde olmak üzere değişik organ ve kurumlar arasında paylaşılması, yani yasama, yürütme ve yargı erkleri ayrılığının sağlanması, c. devlet faaliyetlerinin hepsinin hukuk kurallarına bağlanması, yasaların yürütme ve yargı erkinin işlem ve eylemlerine karşı üstünlüğünün, yan, hukuk egemenliğinin ve hukuk güvenliğinin sağlanması, d. Hukuk kurallarına bağlılığın bağımsız yargı organlarınca sağlanması, yani yargı denetiminin gerçekleşmesi, e. Bireylerin mal varlıklarına yapılan yasal ve yasa dışı müdahalelerde, bireye bir tazminat ödenmesinin sağlanması, yani devletin birey karşısında mali sorumluluğunun sağlanması. Bu karakteristiklerine bakıldığında hukuk devletinin, hak ve özgürlükleri hukuk aracılığı ile koruyan devlet olarak tasarlanmış olduğu açıktır.⁹³

2.3.2. Hukuk Devletinin Öncü İlkesi: Kuvvetler Ayrılığı

Siyasi iktidarın oluşumu ve kullanımına yönelik esas kuralların anayasal olarak belirlenmesi ve siyasi iktidarın belirli sınırlar içine alınması fikirleri oldukça eskidir. Anayasacılık Roma ve Antik Yunan'dan Rönesans ve Reform çağı Avrupa'sına ve oradan günümüze, anlam ve bağlam değişikliğine uğrayarak bugüne gelen ve modern çağda da demokratik siyasi sistemle birleşik şekilde kullanılan bir siyasi gelenektir. Bugün de siyasi iktidarın sivil, siyasal ve ekonomik hakları kapsayan bir insan hakları setiyle sınırlanması ve kuvvetler ayrılığı ilkesi anayasacılığın özünü teşkil etmektedir. Bunlardan ilki devleti sivil toplum karşısında sınırlayan dışsal prensiptir. İkincisi ise içsel prensip olup hiçbir kişi veya organın devlet kuvvetlerinin tek hâkim olmamasıdır.⁹⁴

Kuvvetler ayrılığının hedefi devlet iktidarını yasama, yürütme ve yargı organları arasında bölüp parçalayarak “fren ve denge” mekanizması kurmaktır.⁹⁵ Bu şekilde devlet iktidarı bölünüp parçalanarak tek bir elde toplanması önlenmek istenmektedir. Bununla beraber kuvvetler ayrılığı devlet iktidarlarının birbirinden tamamıyla kopuk olması veya bir başka deyişle aralarında iletişim ve etkileşim olmaması demek değildir. Parçalanmış

⁹³ Özlem, a.g.e., s. 15-16.

⁹⁴ Lane, Jan-Erik: **Constitutions and Political Theory**, Manchester University Press, 1996, s. 19, 25'ten aktaran İrfan Çelik, “Kuvvetler Ayrılığı: Bir İndirgeme ve Dönüşüm”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Y. 16, S. 61-62, 2011, 143-166, s. 143.

⁹⁵ Waldron, Jeremy: “Seperation of Powers in Thought and Practice”, **Boston College Law Review**, V. 54, 2013, 433-468, s. 433.

İktidarlar kendi aralarında birbirinden bağımsızdır; ancak aralarında bir işbirliği söz konusudur.

Kuvvetler ayrılığının yöneldiği amaç bir anlamda örselenmiş devlet iktidarını oluşturmaktır. Kuvvetler ayrılığı ile birlikte aşırılıklara kaçma yollarının tıkandığı, bireysel hakların korunabildiği bir anayasal düzenin gerekleri vurgulanmaya çalışılır. Aşırılıkların sınırlandırılması, dolayısıyla bireysel özgürlüklerin keyfi siyasal kararlar sonucunda zedelenmediği bir siyasal düzen fikri kuvvetler ayrılığının temelinde yatmaktadır. Dolayısıyla kuvvetler ayrılığının ahlaki temeli “aşırılıkların düzeltilebilirliği”, yani “bir kuvvet, bir diğer kuvveti durdurmalıdır” ilkesidir. Esas olan devlet iktidarının haklar ve toplumsal barış alanında menfi oluşumlara sebebiyet vermesini önleyebilecek mekanizmayı kurmaktır.⁹⁶ Bu bakımdan kuvvetler ayrılığı ilkesi gücün her türlü tekelleşmesine karşı geliştirilmiş bir dizi anayasal aracı ifade etmektedir. İktidar tehlikeli olma eğilimindedir; dolayısıyla en iyisi iktidarın kullanımını pek çok “ortak” arasında bölüştürmektir.⁹⁷

Çoğulcu toplum ve bağımsız yargı anlamına gelen kuvvetler ayrılığı ilkesinin siyasi birliği tehdit edici olduğunu söylemek mümkün değildir. Aksine söz konusu bu ilke yapısal olarak farklılaşmış ve bireyin önem kazandığı bir toplumun siyasi birlik oluşturma üslubunun adıdır. Giderek sanayileşen ve kentleşen bir toplum siyasi birliğini benzeşme üzerinde ve statü farklılıklarını esas alarak yapılandıramaz. Modern toplumun siyasi otoritesinin en belirleyici özelliği onun *a priori* kurallar çerçevesinde sınırlandırılmış olmasıdır. Ancak ussal kurallar bir meşruiyet anlayışı demektir ve her türlü müdahaleden uzak bir yargıyı zorunlu hale getirir.⁹⁸

Kuvvetler ayrılığı devlet niteliği taşıyan her toplulukta birbirinden farklı kuvvetler bulunduğu ve bunların yasama, yürütme ve yargı olarak üçe ayrılacağı, özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi için bu üç kuvvetin birbirinden ayrı ve bağımsız ellere verilmesi gerektiği temeline dayanır.⁹⁹ Nitekim 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinin 16. maddesinde “erkler ayrılığının uygulanmadığı bir toplumda Anayasanın da olmayacağı” belirtilmiştir.¹⁰⁰ Dolayısıyla erkler ayrılığı hak ve özgürlüklerin başlıca güvencesi olarak değerlendirilmektedir.¹⁰¹

⁹⁶ Oktay, Cemil: “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 215-242, s.220.

⁹⁷ Karpen, Ulrich: “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti”, Çev. Ersoy Kontacı, **Demokrasi ve Yargı**, Ed. Ozan Ergül, Ankara, 2005, s. 35.

⁹⁸ Oktay, a.g.e., s. 242.

⁹⁹ Gören, Zafer: **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 142.

¹⁰⁰ Gören, Anayasa, s. 143.

¹⁰¹ Gören, Anayasa, s. 143.

Montesquieu iktidarı yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç ayrı kuvvet arasında bölmektedir. Ona göre insan doğası elindeki gücü kötü kullanmaya eğilim gösterir. Özgürlük ise ancak iktidarın kötü kullanılmadığı ortamda söz konusu olabilir. Peki, bu durumun önüne nasıl geçilebilir? İşte bunun için bir kuvvetin diğerini dengelemesi, durdurması gerekir. Kanunlara uyulsa dahi bu kuvvetlerden ikisi veya üçü bir yerde toplandığında bireyin özgürlüğü yine tehlikeye girer. Yasama yetkisi ile yürütme iktidarı aynı kişide veya aynı grupta toplanacak olursa, zorba bir şekilde uygulanmak üzere, zorbaca kanunlar yapılacaktır. Yargı hakkı yasama yetkisi ile birleştiği takdirde, yargı aynı zamanda kanun yapıcı olacak ve vatandaşların hayat ve özgürlükleri üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilecektir. Yürütme kuvveti ile birleşen yargı hakkı bir zulüm aracı haline gelecek; yürütme kuvveti adaleti hor görerek ona istediği yönü verebilecektir.¹⁰²

Görüldüğü gibi kuvvetler ayrılığı teorisinin amacı devlet iktidarını kendi içinde üçe bölerek sınırlandırmak ve bu şekilde devlet karşısında bireylerin hak ve özgürlüklerini korumaktır.¹⁰³ “Nasıl bir nokta, üç ayrı yönden birbirine eşit kuvvetlerle çekilince sabit kalırsa, devlet de üç ayrı kuvvet tarafından çekilirse sabit kalır Kuvvetler ayrılığı teorisinin temelindeki düşünce budur. Bu açıdan kuvvetler ayrılığı teorisi, anayasacılıkla aynı amacı güder: Bu ortak amaç ise Devlet iktidarını sınırlandırmak”tır.¹⁰⁴

Bununla beraber devlet iktidarını sınırlandırma amacı güden ve bunu büyük ölçüde başaran kuvvetler ayrılığı teorisi siyasi iktidar karşısında pasif kalabilmektedir. Gerçekten de insan hak ve özgürlüklerine yönelik tehditler önemli oranda siyasi iktidardan kaynaklanmaktadır. Böylelikle siyasi iktidar kuvvetler ayrılığını da tehdit etmektedir. Dolayısıyla siyasi iktidarı dizginleyen çeşitli araçlar geliştirilmiştir. İşte bu araçlardan en önemlisi olarak kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi, yani anayasa yargısı gösterilebilir.

¹⁰² Feyzioğlu, Turhan: “Kuvvetlerin Ayrılığı Nazariyesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 50-60, 1947, s. 51-52.

¹⁰³ Gözler, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2010, s. 218.

¹⁰⁴ Gözler: **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, s. 218.

2.3.3. Hukuk Devletin Bileşikleri Olarak Biçimsel ve Maddi Hukuk Devleti

“Konfüçyüs, Thai Dağı’nın eteklerinde gezinirken ağlayan bir kadın görür. Öğrencilerinden biri (Tze-Lu) kadına neden ağladığını sorar. Kadın: Çok acı çekiyorum. Bu çevrede bir kaplan var. Önce kaynatamı parçalayıp yedi. Sonra kocamı, şimdi de oğlumu öldürdü, der. Konfüçyüs söze karışır ve: Öyleyse niçin bir başka yere gitmiyorsun? diye sorar. Kadın şu ilginç yanıtı verir: Çünkü, burada insanlara baskı yapan bir devlet yok. O zaman Bilge Konfüçyüs öğrencilerine şunları söyler: Kadıncağzı haklı çocuklarım. Baskı yapan devletler kaplanlardan daha korkunçtur. Bunu hiç unutmayınız.”¹⁰⁵

Biçimsel ya da prosedürel hukuk devleti belirli bir normlar bütününi öngörmekle birlikte bunların maddi mahiyetine karışmaz. Bu yönüyle biçimsel hukuk devleti kuralların içeriğine ilişkin bir ahlaki sorgulamaya girmez. Önemli olan yasama, yürütme ve yargı erklerinin prosedürel kimi kurallarla işleyiş göstermesidir. Bu prosedürel hukuk devleti (prosedürel due process) kimi usul kurallarına işaret eder.¹⁰⁶ Maddi anlamda due process ise kararların içeriği ile ilgilidir.¹⁰⁷ Şu hâlde biçimsel anlamda hukuk devleti hak ve özgürlükler rejimine ilişkin usulî bir sorgulama içerisinde olurken maddi anlamda hukuk devleti hak ve özgürlükler rejimine ilişkin nedensellik durumunu sorgular.¹⁰⁸ Dolayısıyla sözcelimi yasama organı maddi anlamda hukuk devletinde ancak yeterli bir haklılaştırma ile haklar rejimine müdahale edebilir.¹⁰⁹

Biçimsel hukuk devletin temel parametreleri şunlardır:

a. “Kurallarla yönetilmek” (rule by law) veya “biçimsel yasallık.”¹¹⁰

b. Legalitenin sağlanması ancak legitimitenin sağlanmasının bir önemi olmaması.

¹⁰⁵ Selçuk, Sami: **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1998, s. 13-14.

¹⁰⁶ McGarry, James W.: “Due Process”, **Rugers Law Review**, C. 23, 1992, 839-855, s. 846. Ayrıca bkz. Simona Grossi, “Procedural Due Process”, **Seton Hall Circuit Review**, C. 13, S. 2, 2017, s. 155-202.

¹⁰⁷ McGarry, a.g.e., s. 839.

¹⁰⁸ Chemerinsky, Erwin: “Substantive Due Process”, **Touro Law Review**, C. 15, S: 4, 1999, 1501-1534, s. 1501.

¹⁰⁹ Riggs, Robert E.: “Substantive Due Process in 1791”, **Wisconsin Law Review**, S. 4, 1990, 941-1005, s. 942.

¹¹⁰ Tamanaha, Brian Z.: **On the Rule of Law: History, Politics, Theory**, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 91.

c. Biçimsel olarak varlık bulan yasalarla devlet yönetimi ve yönetim ve yargılamaya ilişkin prosedürel devlet anlayışı.¹¹¹

Biz bu yaklaşımı Dicey'in ortaya koyduğu şu üç unsurla açıklayabiliriz:¹¹²

1. "Yönetimin keyfilğini, ayrıcalıklara sahip olmasını ve geniş takdir yetkisini engelleyen genel/olağan (regular) hukukun mutlak hakimiyeti.

2. "Yetkililerin ve diğer kimselerin hukuka itaat etmelerine ve olağan mahkemelerde yargılanmalarına muafiyet getirmeyi engelleyecek olan 'yasa önünde eşitlik' veya olağan mahkemeler tarafından uygulanan, ülkenin olağan hukukuna tüm sınıfların eşit olarak tabi olması."

3. "Yabancı ülkelerde bir anayasa kodunu oluşturan anayasa hukuku, bizde (common Law sisteminde) mahkemeler tarafından tanımlanıp uygulanan hakların kaynağı değil, hakların bir sonucu olduğu."

Kurallarla yönetilmek kısmı yerinde olsa da biçimsel hukuk devletinde yerinde olmayan şey kuralların niteliğinin göz ardı edilmesidir. Bu hukuk devletini oldukça basite ve zayıf bir kavrayışa indirgemektedir.¹¹³ Şüphesiz Fuller'in burada ortaya koyduğu bireylerin kişisel kararlarla değil, basitçe kuralların genel olması fikri¹¹⁴ hukuk devletine yönelik temel ve ilkel düzeyde bir aşamadır. Sellers ve Tamanaha bu bakımdan hukuk devletinin bu ilkel türünü kısmen rechtssstaat'a benzetmektedir.¹¹⁵ Bu ilkel biçimiyle hukuk devleti Tamanaha'nın belirttiği gibi birçok vahşete davetiye çıkarmıştır.¹¹⁶ Görüldüğü gibi biçimsel hukuk devletindeki "yasa, yasadır" formülü hukukçuları Almanya örneğinde olduğu gibi keyfi güç karşısında çaresiz bırakmaktadır.¹¹⁷

Maddi anlamda hukuk devleti ise hukuk sistemine ilişkin kimi biçimsel veya kurumsal ilkelerle yetinmez. Maddi anlamda hukuk devletinin temel parametresi "insan onuru"dur.¹¹⁸ Bu da bizi ister istemez insan haklarına¹¹⁹

¹¹¹ Tamanaha, a.g.e., s. 91.

¹¹² A. V. Dicey: **Introduction to the Study of Law of the Constitution**, 10. Edition, The Macmillan Press, London 1979, s. 202-203.

¹¹³ Lon L. Fuller: **The Morality of Law**, Revised Edition, Yale University Press, 1969, s. 46.

¹¹⁴ Fuller, a.g.e., s. 47.

¹¹⁵ Mortimer N. S. Sellers: "What is the Rule of Law and Why Is It So Important?", **The Legal Doctrines of the Rule of Law and The Legal State**, C. 38, Ed. R. James Silkenat, H. James ve Peter D. Barenboim, Springer International Publishing, 2014, s. 4; Tamanaha, a.g.e., s. 92.

¹¹⁶ Tamanaha, a.g.e., s. 108.

¹¹⁷ Radbruch, Gustav: "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", **Oxford Journal of Legal Studies**, C. 26, S. 1, 2006, 1-11, s. 6.

¹¹⁸ Corey, Brettschneider: "A Substantive Conception of Rule of Law: Nonarbitrary Treatment and Limits of Procedure", **NOMOS**, C. 50, Getting to the Rule of Law, Published by American Society for Political and Legal Philosophy, 2011, s. 52.

¹¹⁹ Bingham, Tom: **The Rule of Law**, Penguin Books, 2011, s. 66-67.

götürmektedir. Zaten Tamanaha'nın belirttiği gibi maddi anlamda hukuk devleti "bireysel haklar, insan onuru ve/veya adalet ve sosyal refahı" içermektedir.¹²⁰ Nitekim Bingham da bu anlamda "hukuk temel insan haklarına yeterli oranda bir koruma sağlamalıdır" demektedir.¹²¹

Dolayısıyla bize göre de hukuk devleti biçimsel yönünün yanı sıra maddi anlamda da bir niteliğe bürünmedikçe gerçek anlamda bir hukuk devleti olmaz.¹²² Bunun yanı sıra yasa devlet iradesi ile eş tutuldukça ortada gerçek anlamda bir hukuk devleti yoktur.¹²³ Nitekim Radbruch'un belirttiği gibi "güç, hukukun cebir düzeni bakımından (must of compulsion) bir temeli sayılabilir; yükümlülük veya hukukun geçerliliği bakımından bir temeli sayılmaz."¹²⁴ Gerçekten de tersi anlayışın hakim olduğu Alman Nazizmi ve Sovyet Komünizminde milyonlarca insanın öldüğü birer trajedi söz konusu olmuştur.¹²⁵

Sonuç olarak bize göre hukuk devletinin birtakım biçimsel, kurumsal ve maddi ilkeleri söz konusudur.¹²⁶ Bunlar hukuk devletinin sine qua non, olmazsa olmaz şartlarıdır.

a. Biçimsel İlkeler:

1. Kurallarla yönetilmek
2. İstisnalar hariç olmak üzere kuralların genel nitelikte olması
3. Kuralların ilan edilmesi
4. Hukuki belirliliğin, hukuki güvenliğin sağlanması
5. Kuralların herkese eşit uygulanması
6. İstisnalar hariç olmak üzere kuralların geriye yürürlü olmaması
7. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin olması

b. Kurumsal İlkeler:

¹²⁰ Tamanaha, a.g.e., s. 91.

¹²¹ Bingham, a.g.e., s. 66.

¹²² Aynı doğrultuda Bingham, a.g.e., s. 67.

¹²³ Bingham, a.g.e., s. 67.

¹²⁴ Radbruch, Gustav: "Hukuk Devleti", içinde **Hukuk Devleti**, Çev ve Ed. Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 4, AFA Yayıncılık, İstanbul 1998, s. 16.

¹²⁵ Zorkin, Valery: "Rule of Law and Legal Awareness", **The World Rule of Law Movement and Russian Legal Reform**, Ed. Neate, Francis ve Nielsen, Holly, The Moscow City Chamber of Advocates, Moscow 2007, s. 47.

¹²⁶ Bkz. Aktaş, Sururi: "Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış", **Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, 2020, 1-27, s. 26.

1. Kuvvetler ayrılığının olması¹²⁷
 2. Mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olması
 3. Anayasa yargısının olması
 4. Yerindelik hariç, idareyi hukuken denetleyecek bir yargı mekanizmasının olması
 5. Yargılamaların, tabii hâkim ilkesine uygun olarak önceden ilan edilmiş usul kurallarına göre yapılması
 6. Yaygın kabul görmüş standartlara göre hak arama yollarının asgari koşullarının garanti edilmesi
- c. Maddi İlkeler:
1. Legalitenin yanında legitimitenin de sağlanması
 2. Pozitif hukukun, çok yaygın olarak kabul görmüş billurlaşmış adalet ilkelerine açıkça aykırı olmaması
 3. İnsan haklarının, insan onurunun güvenceye tanınması ve bağlanması
 4. Kural olarak hukuk normlarının negatif olması, toplumsal yaşamın zorunluluk getirmesi halinde pozitif yükümlülük getiren kurallara başvurulması

Görüldüğü gibi hukuk devletinde hukuk, devlet kudretinin hem temeli/meşruluk kaynağı hem de sınırı durumundadır. Hukuk devletini, hukuku olan diğer devletlerden ayıran başlıca özelliklerinden biri de budur. Bunun en önemli sonucu da devlet organlarının bütün faaliyetlerinin hukuk normlarına uygun, yani hukukun devlet faaliyetlerinin tamamına egemen olmasıdır. Dolayısıyla hukuk devletinde, hukuk öncesi, hukuken düzenlenmemiş, tabir caizse “doğal” bir devlet erki söz konusu olamaz.¹²⁸ Hukuk devleti modern dünyada yönetimlerin meşruiyet kaynağıdır.¹²⁹ Hukuk

¹²⁷ Kuvvetler ayrılığı ve hakların güvence altına alınması, anayasal devletin esas özelliklerindedir. Bu özellikler anayasal devlette açıkça ve ayrıca belirtilmiş olup bireyleri hukuka aykırı devlet müdahalelerinden korumaktadırlar. Hakların korunması fikrinin ve boyutunun tanımlanması için, devletlerin diğer amaçlarının da dikkate alınması gerekmektedir. İç barışın sağlanması ve sosyal farklılıkların önlenmesi devletin önemli amaçları arasında yer alır. Anayasal devlette, hakları garanti altına alan ve özgürlüğün korunması için kuvvetler ayrılığını sağlayan belli hukuki araçlar kabul edilmektedir.

¹²⁸ Sancar, Mithat: “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, **Doğu Batı Dergisi**, Y. 4, S. 13, 2000-2001, 27-46, s. 39.

¹²⁹ Tamanaha, Brian Z.: “The History and Elements of the Rule of Law”, **Singapore Journal of Legal Studies**, 2012, 232-247, s. 232.

devletinde devlet organları da bireyler de hukuka bağılırlar ve ona uymak zorundadırlar.¹³⁰ Şu halde hukuk devleti düşüncesinin kurumsal somutlaşmasının merkezi unsurları olarak; bireylerin kamu erki karşısında hukuk öznesi olarak kabul edilmesi, özellikle devlet tasarrufundan çıkarılmış bireysel özgürlüklerin hukukten tanınması ve yargısal yoldan korunması, hukuksal eşitlik, siyasal sistemden ayrılmış bağımsız yargı, yasallık ilkesi, hukuk üretiminin (yasamanın) hukukten düzenlenmesi şeklinde özetlemek mümkündür.¹³¹

2.3.4. Hukuk Devletin Bir Tamamlayıcısı Olarak Demokrasi: Anayasal Demokrasi

Anayasacılığın üç temel ve olmazsa olmazı devlet iktidarının sınırlanması, hukukun üstünlüğüne bağılılık ve temel hakların korunmasıdır. Hukukun üstünlüğü Doğu Avrupa ve diğer ülkelerdeki otoriter ve totaliter rejimlerden anayasal demokrasilere geçişlerdeki rolü dikkate alındığında çağdaş anayasal demokrasinin temel taşlarından biri olarak dikkat çekmektedir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin yokluğunda çağdaş anayasal demokrasi tasavvur dahi edilemez. Bununla beraber hukukun üstünlüğü ilkesinin anayasal demokrasiyi destekleyerek, işlemlerini temin etmek için üstleneceği özel role uygun olarak sahip olması gereken noksansız niteliklerin ne olması gerektiği veya anayasal demokrasinin meşruiyetine katkıda bulunması için sahip olması gereken niteliklerin ne olması gerektiği pek de açık değildir. Her ne kadar hukukun üstünlüğü ile anayasal demokrasinin el ele ilerlediği çoğunlukla düşünülse de; daha derin bir inceleme, anayasacılık ile demokrasinin her zaman uyum içerisinde olmadığını gösterecektir; ki bu durum da hukukun üstünlüğü ile demokrasi arasında çatışmaya neden olur.¹³² Ayrıca, anayasacılık bünyesindeki hukukun üstünlüğü ilkesinin rolü ve kapsamı muğlaktır; zira hukukun üstünlüğü ilkesi, anayasacılığın temel niteliklerinden yalnızca biri olmasına rağmen yukarıda bahsedilen diğer iki önemli niteliği kapsayacak şekilde ele alınabilir.

¹³⁰ Tamanaha, a.g.e., s. 233.

¹³¹ Sancar, Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti, s. 39.

¹³² Spector'a göre eğer demokrasi kamusal müzakere, özerklik ve politik eşitlik rejimi olarak anlaşılırsa yargısal denetim demokrasi ile bir gerilim içerisinde değildir. Çünkü anayasal demokrasi kamusal müzakereyi geliştirir ve özerklikle, politik eşitlikle uyumludur. Dolayısıyla anayasa yargısı demokrasi ile temel bir gerilim içerisinde değildir. Spector, Horacio: "Judicial Review, Rights, and Democracy", **Law and Philosophy**, C. 22, 2003, 285-334, s. 334. Şu halde Spector anayasal demokrasinin temelde bir gerilim içerisinde olduğunu düşünmemektedir. Walker'a göre de anayasacılık demokrasinin gerçekleştirilmesi ve tamamlanıp kaliteli bir hale gelmesi için gereklidir. Walker, Neil: "Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy: An Iterative Relationship", **University of Edinburgh School of Law, Working Paper Series**, No 2010/25, s. 9.

Gerçekten, yazılı bir anayasa uygulanan hukukun içinde yer alır ve dolayısıyla devletin gücünü sınırlayan hükümler ile temel hakların korunmasına özgülennmiş hükümler, ilgili anayasal sistem tarafından tesis edilen hukukun üstünlüğü rejiminin parçası haline gelebilirler. Ayrıca, hukukun üstünlüğü, anayasacılığın rüzgârıyla tüm alanı kuşatabileceği gibi; öngörülen anayasal düzenin sürdürülmesinde sınırlı bir rol de üstlenebilir. En azından anayasal demokrasi bağlamında denilebilir ki; hukukun üstünlüğünün bir çelişki (paradoks) üzerine inşa edildiği görülmektedir. Anayasal demokrasi için gereken kurumsal çatı bakımından ve hukuk eliyle çoğunluğun arzusunun yaşama geçirilmesi bakımından hukukun üstünlüğü, kararlı bir şekilde devletin tarafında yer alırken; yurttaşın karşısında bir tavır almaktadır. Buna karşın, temel anayasal hakların korunması ile bağlantılı olarak; yurttaşlar tarafından devletin hukuk kurallarına ve politikalarına karşı en azından anayasa hukukuna müracaat edilebildiği ölçüde hukukun üstünlüğü ilkesinin yurttaşın tarafında yer aldığı görülmektedir.¹³³ Sonuç olarak çoğulcu toplumlarda hukukun üstünlüğü anayasal demokrasinin meşruiyetini kimi şartlar altında bir katkıda bulunmaktadır.¹³⁴

Erdoğan'a göre modern demokrasiler aynı zamanda anayasal rejimlerdir. Demokrasinin bu özelliği liberalizmden gelmektedir. Liberal siyaset teorisinin başlangıçtan beri temel amacı devlet iktidarını sınırlamak olmuştur. Bu durum en kolay anayasal rejimlerde mümkün olmaktadır. Bu anlamda anayasa, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, frenler ve dengeler, federalizm gibi iktidarı sınırlama tekniklerinin kod adıdır. Günümüzde yazılı anayasa bu teknikleri kurumsallaştırmak için en uygun araç olarak kabul edilmektedir. İşte liberal demokrasinin aynı zamanda anayasal bir rejim modeli olması onun anayasal demokrasi olarak adlandırılmasının da gerekçesini oluşturmaktadır. Ne var ki liberal anayasacılık ve demokrasi gerçek hayatta her zaman anayasal demokrasi teriminin ima ettiği kadar rahat bir ilişki içinde değildir. Açıkçası anayasacılıkla demokrasi nitelikleri gereği potansiyel bir gerilim içerisindedirler. Aslına bakılırsa hemen hemen bütün toplumsal siyasal idealler arasında bu türden gerilimler söz konusudur. Isaiah Berlin'in ısrarla dikkat çekmiş olduğu gibi bu gerilim aslında değerlerin çoğulculuğunun objektif bir gerçek olmasından ve çoğu durumda bunların karşılaştırılmaz olmalarından kaynaklanmaktadır. Bunun bize tuhaf gelmesinin nedeni bizim tüm iyilerin birbiriyle uyumlu olduklarına sezgisel –ama yanlış- olarak inanmamızdır. Liberal Anayasacılıkla demokrasinin gerilim içerisinde olması uygulamada ya anayasal demokrasinin iç dengesinin bozularak bu

¹³³ Rosenfeld, Michel: "Hukukun Üstünlüğü ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti", **Hukuk Kuramı**, Çev. Volkan Aslan, C. 1, S. 2, 2014, 30-61, s. 31-32.

¹³⁴ Rosenfeld, a.g.e., s. 32-33.

unsurlardan birinin diğerine baskın çıkmasına ya da rejimin anayasal bir demokrasi olmaktan büsbütün çıkmasına yol açabilmektedir. Böyle olmaması ise bir ülkedeki “anayasa mühendisliği”nin başarısına ve siyasi aktörlerin rol algılarına olduğu kadar başka bazı siyasal, toplumsal ve kültürel faktörlere de bağlıdır.¹³⁵

Ancak “çoğunluk istibdadı” tehlikesini içinde taşıması demokrasinin anayasacılıkla büsbütün ilgisiz olduğunu kabul etmeyi gerektirmez.¹³⁶ Anayasacılıkla demokrasi iki bakımdan birbiriyle bağlantılıdır. İlk olarak anayasanın bir işlevi meşru yönetimi tesis etmek olduğundan, kamu iktidarının demokratik kaynağını reddeden bir sistem modern anayasanın standartlarını karşılayamaz. Meşruluğun demokrasiden başka her ilkesi anayasanın işlevini tahrip eder. Anayasacılıkla demokrasi arasındaki ikinci bağlantı noktası, anayasal hakların ve hukukun üstünlüğünün demokrasinin de temelini oluşturduğu gerçeğidir. Onun içindir ki, sivil ve siyasal hakların anayasal güvence altına alınmadığı yerde demokrasi ne kurulabilir ne de işleyebilir. Sartori’nin anlatımıyla “halkın özgürleştirilmesi” halkı iktidarla donatmanın ön koşuludur. Daha temelde, kişisel öz-yönetimin demokratik kolektif öz-yönetimin fikri temeli olduğu da ileri sürülebilir.¹³⁷ Öte yandan, klasik anayasacılığın çoğunluğun zorbalığı ihtimalinin önüne geçme kaygısı şüphesiz haklı olmakla birlikte seçilmiş iktidarları sınırlama isteğinin fazla ileriye götürülmesi halinde rejimin demokratik karakterinin ciddi olarak zayıflaması ihtimali de vardır. Zira aşırı derecede sınırlanmış bir demokratik çoğunluğun halktan aldığı vekaletin gereklerini yerine getirememesi durumunda, bir “demokrasi kaybı”ndan söz edilebilir. Nitekim bu tür bir durumda “kamu siyasetlerine ilişkin temel kararların halk veya onun temsilcileri tarafından alındığı” söylenemez.¹³⁸

¹³⁵ Erdoğan, Mustafa: “Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 10, S. 20, 2011, 27-45, s. 28-29.

¹³⁶ Metin’e göre her ne kadar “anayasal devlet” ve “demokratik devlet” iki ayrı kavramı ifade etse de, günümüzde bu iki ilkenin bir arada uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, “anayasal demokrasi” olarak nitelendirilen rejimlerde; “anayasal devlet” düşüncesinden gelen hukuk devleti -yani siyasi iktidarın hukukla sınırlanması- ve kuvvetler ayrılığı -yani siyasi iktidarın devlet organları arasında bölünmesi- unsurları “demokratik devlet” düşüncesinden gelen serbest ve adil seçimler -yani siyasi iktidarı kullanacak yöneticilerin yönetilenlerin oylarıyla belirlenmesi- ile birleşmektedir. Şu halde, bugün ideal bir yönetim biçimi olarak “anayasal demokrasi” deyince aklımıza, çok kısa bir biçimde, seçimle devredilebilen sınırlı ve bölünmüş siyasi iktidar gelmelidir. Bu tanım çerçevesinde “anayasal demokrasi”; hem çoğunluğun iradesine uygun bir yönetimi esas almakta, hem de azınlıkta kalanların temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına imkân vermektedir. Metin, a.g.e.,s. 94.

¹³⁷ Erdoğan: Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği, s. 31.

¹³⁸ Erdoğan: Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği, s. 32.

Çağlar'a göre anayasal demokraside demokrasi çoğunluk kuralı ile hakların korunması, "seçimsel meşruiyet" ile "hukuki meşruiyet" sürekli gerilim halindedir¹³⁹ Bugün demokrasi "hukuk"la tanımlanmakta ve yargı ile yenilenen devlet anlayışı anayasal demokrasinin özelliği sayılmaktadır. Hukuka demokratik talebin cevaplanabilmesi devleti yargı ile yenilemeyi gerektirir. Bunun anlamı hukuk devletinin takviyesi ve özellikle de anayasal demokrasinin gerçekleştirilmesidir.¹⁴⁰ Anayasa üzerinde rekabetin farklılaşan yapılanması anayasa mahkemelerini de "policy maker" yapmış "yargıçlar hukuku", "hukuk devleti" anayasal demokrasinin kurucu unsuru olmuştur. Anayasal demokrasi bir sürecin adıdır: Anayasanın yetkili okuyucusu tekelinin, siyasi sınıfın bir kesitine verilmesinden "anayasal söz" üzerinde rekabete geçiş süreci. Bu çerçevede anayasal demokrasi anayasal söz üzerinde genişleyen rekabeti ya da anayasal söz üzerinde rekabetin farklılaşan yapılanmasını ifade eder. Dolayısıyla hukuki kategorilerin sosyal ve politik kullanımı da değişmiş "hukukla kavranan politika" formülü bu sebeple getirilmiştir. Bugün anayasal sistemin aktörleri arasında yargıçlar da vardır.¹⁴¹ Anayasal demokrasi her şeyden önce "meşruiyet" in çoğul halidir. Meşruiyet yalnızca sandıksal demokrasiden kaynaklanmaz; meşruiyetin başka kaynakları başka faktörleri de vardır. Bu çerçevede "sandık meşruiyeti" yanında demokrasinin temel prensipleri ve hak ve özgürlükleri koruyan "yargıçlar hukuku" ya da "cüppe meşruiyeti" de vardır. Hukuk devleti

¹³⁹ Sancar'a göre anayasal demokrasi etrafında "semantik karmaşa" yaşanmakta ve anayasa ile demokrasi kavramlarının bir araya getirilmesinde ilk bakıştaki algının aksine bir doğallık bulunmamaktadır. Gerçekten de kavramı oluşturan bileşenlerin bu biçimde bir araya getirilişi sorunsuz değildir. Öncelikle anayasanın temel işlevlerinin başında belirli konuları önceden karara bağlamak suretiyle toplumun bu konulardaki hareket alanını ortadan kaldırmak veya önemli oranda daraltmak yani bu konuları büyük oranda demokratik sürecin dışına taşımak gelir. Bu ise, anayasayı yapan gücün geleceği ve gelecek nesilleri bağlayan kararlar alması anlamına gelir. Anayasa ile demokrasi arasında bu tür bir gerilim bulunduğunu söylemek bir kuruntu değil aksine anayasacılık geleneğinin öncülerinde de dayacağı bulunabilecek bir olguya işaret etmek demektir. Öte yandan anayasacılığın başlangıçta demokratik olmaktan çok aristokratik nitelik taşıdığı hatırlanırsa bu tartışmanın köklerinin kavramların ortaya çıktığı tarihsel kesite kadar uzandığı daha iyi anlaşılır. Anayasacılığın sınırlı devlet anlayışının bugün sembolü olarak kullanılan hukuk devleti kavramının Almanya'da ortaya atıldığını ve o dönemde cumhuriyetçi ve demokratik düşüncelere karşı bir alternatif olarak geliştirildiğini de eklemek gerekir. Rechtsstaat kavramı o dönemde monarşiden vazgeçmek zorunda kalmadan devleti yeniden düzenlemenin düşünsel temelini teşkil etmekteydi. Mithat Sancar, "Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi" **Demokrasi ve Yargı**, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005., s. 45-46.

¹⁴⁰ Çağlar, Bakır: "Hukukla Kavranan Demokrasi Ya Da Anayasal Demokrasi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 233-276, s. 236-237.

¹⁴¹ Çağlar, **Hukukla Kavranan Demokrasi Ya Da Anayasal Demokrasi**, s. 238-239.

yalnızca demokrasi değildir. Bağımsız yargıç da demokratik meşruiyete ek bir meşruiyet katar.¹⁴² “Çoğunluk kuralı-Demokrasi” teorisi dışında başka kurucu unsurlara, fren ve karşı ağırlıklara öncelik tanıyan, çoğunluğun denetim alanı dışında kalan insan haklarını kavrayan ikinci bir demokrasi de vardır. Bu anlamda iktidarların fragmantasyonu ya da bölümlenmesi demokrasinin altı yapısıdır. Ve bugün hukuk bu topografya içinde yerini almıştır.¹⁴³

Sonuç olarak anayasacılığın gerekleriyle demokratik ilke ve değerler arasında tam bir uyum veya tamamlayıcılık ilişkisi söz konusu değildir. Ancak bu ikisi arasında giderilmesi imkânsız bir çelişki de bulunmamaktadır. Anayasal bir yönetim siyasi karar alma sürecini demokratik esaslara tabi hale getirmek suretiyle kendi meşruluğunu sağlamakta, demokratik bir yönetim ise anayasacılığın gereklerine yer vermek suretiyle kendi devamlılığını garanti etmektedir. Anayasal demokrasi kavramı işte bu sentezi ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır.¹⁴⁴ Klasik anayasacılık doktrini devletin halk ve özgürlükler bakımından tehdit oluşturmasını önlemek amacıyla çoğunluk iradesine birtakım sınırlamalar getirilmesini öngörür ve bu yönüyle çoğunluğun yönetimi anlayışına mesafelidir. Ancak unutmamak gerekir ki anayasacılık doktrininde siyasi karar alma sürecinin demokratik ilkeler doğrultusunda şekillenmesi esastır. Anayasacılık gücün kötüye kullanımına ve gereksiz güç kullanımına karşı bireyler için koruyucu düzenekler getirilmesini öngördüğü kadar siyasi kararlar alanlar üzerinde halkın denetimini sağlamayı da hedefler.¹⁴⁵ Bu bakımdan değerlendirildiğinde anayasacılığın demokratik bir boyutu olduğu da muhakkaktır.¹⁴⁶

Anayasal demokrasi mümkün müdür? Kanımızca bu sorun beraberinde oldukça sofistike tartışmalar getirmektedir.¹⁴⁷ Ancak bu soruya olumlu cevap

¹⁴² Çağlar, Hukukla Kavranan Demokrasi Ya Da Anayasal Demokrasi, s. 242.

¹⁴³ Çağlar, Hukukla Kavranan Demokrasi Ya Da Anayasal Demokrasi, s. 248.

¹⁴⁴ Korucu, Serdar: **Yargısal Aktivizm**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 43.

¹⁴⁵ Ayrıca bkz. Erdoğan, Mustafa: **Anayasa Hukuku**, Orion Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2005, s. 117.

¹⁴⁶ Korucu, a.g.e., s. 42.

¹⁴⁷ Troper’e göre demokrasi kimi zaman egemenliğin halka ait olduğu ve iktidarın mutlak ve sınırsız olarak algılandığı bir yönetim biçimi olarak tanımlanmaktadır. Bu şekilde algılandığında sınırlandırılmış demokratik devlet düşüncesi kendi içerisinde bir çelişkiyi barındırmaktadır. Bu tanım esas alındığında demokrasinin anayasal bir yönetim biçimi olup olmadığı sorusu gündeme gelmez; bu sorunun sorulabilmesi ancak demokrasinin diğer tanımlarına başvurulması halinde mümkündür. Örneğin demokrasi halkın sahip olduğu iktidarın temsilcileri aracılığıyla kullanıldığı bir sistem olarak tanımlandığında, egemen halkın iktidarını sınırlamaksızın temsilcilerinin kullandığı iktidar sınırlanabilir. Temsili bir hükümet sisteminin sınırlandırılmış bir yönetim biçimi olduğu kabul edilirse ve şayet temsili bir hükümet sistemi isteniyorsa bunu nasıl oluşturmak gerekir? Bunun en uygun aracı hukuk

vermek gerekir.¹⁴⁸ Anayasal devletin ahlaki temeli yukarıda da değinildiği üzere anayasacılıktır. Anayasacılık bireylerin hak ve özgürlüklerinin gerek

devleti kuramıdır. Ancak demokrasiden halkın veya temsilcilerinin yönetimi anlaşıldığı sürece bir hukuk devleti öngörmek suretiyle demokrasiyi sınırlandırmakta başarısız olunmaktadır. Bu hukuk devletinin koşullarına göre ya halkın temsilcilerinin iktidarı sınırlandırılmamıştır ya da sınırlandırılmışsa artık demokrasiden söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla kimileri demokrasiyle uyumlu bir sınırlı iktidar öğretisini kurtarabilmek için demokrasi kavramını değiştirmeyi önermektedirler. Ancak hukuk devleti olan demokrasi bir tür demokrasi değildir aristokrasinin bir biçimidir. Troper, Michel: “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi”, Çev. Burak Öztürk, **Demokrasi ve Yargı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ed. Ozan Ergül, Ankara 2005, s. 12-24.

¹⁴⁸ Freeman’a göre anayasal demokrasideki gerilim demokrasinin anlaşılış biçimine bağlı olarak varlık bulmaktadır. Demokrasi eşit siyasal haklar ve çoğunluk prensibine indirildiğinde burada anayasal demokrasi içerisinde bir gerilim olacağı kuşkusuzdur. Buna bağlı olarak anayasa yargısı da demokratik kurumlarla bağdaşmayacaktır. Ancak demokrasi yalnızca bir yönetim faaliyeti olarak görülmemelidir, aynı zamanda egemenliğin bir formu olarak değerlendirilmelidir. Bu halde anayasal demokrasideki gerilim giderilir ve buna bağlı olarak anayasa yargısı da meşru bir kurum haline gelir. Demokrasi kavramı kökeni Locke, Kant, Rousseau’ya dayanan sosyal sözleşme teorisinden gelmektedir. Dolayısıyla demokrasi eşitlik, özgürlük gibi değerler dizisine dayanmaktadır. Görüldüğü gibi eşit siyasal haklar, hak ve özgürlükler demokratik egemenlikten kaynaklanmaktadır. Şu halde anayasal bir tercihle bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak istemeleri doğaldır. Freeman, Samuel: “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review”, **Law and Philosophy**, V. 49, N. 4, 1990-1991, 327-330, s. 327. Swygert’e göre mahkemelerin yargısal denetim sınırlarını aştığına ve yürütme ve yasamaya ait yetkileri gasp ettiğine ilişkin düşünce yeni değildir. Bu düşünce Amerikan Anayasasının benimsenmesi sürecinde de söz konusu olmuştur. Nitekim Marbury Madison davasında da yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenebileceğine ilişkin düşünce somutlaşmıştır. M. Swygert, Luther: “In Defence of Judicial Activism”, **Valparaiso University Law Review**, C. 16, S. 3, 439-458, s. 441-442. Swygert’e göre aktivist yargıçların amacı diğer organlardan güçlerini almak veya üstlerinde hegemonyalarını kurmak değildir. Onlar yalnızca diğer organlar anayasaya aykırı davrandıklarında anayasal ilkeleri uygulamaya koyarlar. Ancak Bickel’e göre anayasa mahkemeleri demokrasi içerisindeki sapkın kurumlardır. Bu düşünceye göre nasıl atanmış yargıçların çoğunluğunun almış olduğu karar seçilmişlerin kararlarını anayasaya aykırı olarak nitelendirebilmektedir? Bu sorunun iki cevabı vardır. Öncelikle mahkemelerin gücü üzerinde denetim söz konusudur. Bu çeşitli şekillerde söz konusu olmaktadır. İkinci olarak hiçbir yönetim saf demokratik yönetim değildir. Çoğunluğun yönetimi olan demokrasi ilkesi karşısında pek çok anayasal ilke konumlanmaktadır. Anayasanın kendisi çoğunluğun yönetimini dizginlemek için bulunmaktadır. Burada önemli olan anayasa mahkemelerinin anayasal güvenceye bağlanan hak ve özgürlükleri çoğunluk yönetimine karşı korunmasıdır. Yargıç Wright’in dediği gibi anayasa azınlığın demokraside çoğunluk olabilme hak ve yetkisini içermektedir. Anayasal demokrasi bu bakımdan azınlıkları çoğunluğun keyfiliklerinden ve tiranlığından korumaktadır. Dolayısıyla anayasal demokrasi kendilerini koruyamayan çeşitli bakımlardan azınlıkta kalanları korumakta ve hak ve özgürlüklerini güvenceye bağlamaktadır. Swygert, a.g.e., s. 445. Tushnet’e göre bilindiği gibi anayasal demokrasi olgusu kendi içerisinde bir gerilim taşımaktadır. Zira demokrasi kendi kendini yönetme anlamına gelir ve anayasacılık ise kendi kendini yöneten halkın tercihlerine sınırlar

devlet iktidarı gerek siyasi iktidar karşısında koruyan, güvenceye bağlayan ve geliştiren değerler dizisini ifade etmektedir. Habermas'ın belirttiği gibi eğer anayasal rejim demokrasi üzerinde sınırlar inşa etmezse insan hak ve özgürlükleri tehlike altına olur.¹⁴⁹

3. Hukuk Devletin Temel Gereklere ve Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme

3.1. Hukuk Devletin Anayasal Görünümü

Hukuk devleti olmanın bazı temel gereklere bulunmaktadır. Hukuk devleti olarak kabul edilmek için bunların asgari ölçüde de olsa karşılanması şarttır. Lakin hukuk devleti zamanın gereklere çerçevesinde her zaman geliştirilmeye müsaittir. Mecellede dayanağı olan bir hüküm gereği, “*Ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz*” (m. m. 39).

Hukuk devleti olmak bir çığaya benzetilecek olursa, bu çığanın alt seviyelerinde bulunduğu dahi hukuk devletin asgari ölçütleri sağlanmış olur. Ancak çığanın ortasında ve zirvesinde olmakta mümkündür ve devletler

getirilebilmesini gerektirmektedir. Tushnet, Mark: “Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism”, **Law and Philosophy**, C. 22, 2003, 353-379, s. 353. Anayasal demokrasi ve buna bağlı değer ve kurumlar her ne kadar basit gözükse de beraberinde oldukça kapsamlı ve sofistike tartışmalar getirmektedir. Örneğin Waldron'a göre anayasa yargısının hak ve özgürlükleri yasamadan daha iyi koruduğuna ilişkin kanaat yanlıştır. İkinci olarak anayasaya uygunluk denetimi demokratik açıdan meşru değildir. Dolayısıyla anayasa yargısı demokratik bir toplumda karar alım sürecinde uygun değildir. Waldron, Jeremy: “The Core of the Against Judicial Review”, **The Yale Law Journal**, C. 115, 2006, 1348. Bu düşünce temelinde anayasal demokrasiyi de imkânsız görmektedir. Ancak Waldron'a göre demokrasi olgusu ile hak ve özgürlükler olgusu bağdaşmaz olgular değildir. Öyle ki hak ve özgürlükler ve bunların yaşam pratiğine aktarılması olmadan demokrasi mümkün olmaz. Dolayısıyla demokrasi ve haklar arasında doğal bir bağlantı ve bağdaşım vardır. Demokratik anayasa için haklar gereklidir. Waldron, Jeremy: “The Constitutional Conception of democracy”, <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/WaldronConstitutional.pdf> erişim 29.03.2020. Lane de güçlü yargı denetiminin demokrasiyle bağdaştırılmasının zor olduğunu belirtmektedir. Ona göre güçlü yargı denetimi sisteminde, eninde sonunda, anayasa yargısı görevi yapan mahkeme ulusal meclis arasında yasama yetkisini kimin kullanacağına dair bir ihtilaf çıkması kaçınılmazdır. Çünkü ABD örneğinde bu sistem siyaseti “yargısallaştırma” yolu ile demokrasiyi kısıtlama sonucu doğurduğu gibi; Almanya, İtalya ve Fransa gibi pek çok Avrupa ülkesinin tecrübesi de aynı dersi vermektedir. Lane, Jan-Erik: **Constitutions and Political Theory**, Manchester and New York: Manchester University Press, Second Edition, 2010, s. 82. Ancak Özbudun'a göre demokrasi ile anayasacılık arasındaki iletişim ve etkileşim bir çelişki değil, bir ilişkidir. Ergun Özbudun, **Anayasacılık ve Demokrasi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s. 23-25.

¹⁴⁹ Habermas, Jiirgen: **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Democracy**, Cambridge: MIT Press, 1996, p. 474.

bakımından asıl gayenin bu yönde olması beklenir. Hukuk devletinde yasama işlemlerinin yargısal denetimi asgari gereklerden biridir. Hukuk devletinde yasama organının yaptığı düzenlemeler yargı denetimine tabi olmalıdır. Yargının bağımsızlığı ve tarafsız olması hukuk devleti olmanın en önemli gereklerinden bir diğeridir. Hukuk devletinin olmazsa olmazlarından biri temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmasıdır. Temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması, zayıf konumdaki yönetilenlerin güçlü konumdaki egemen iktidarın keyfi uygulamalarına karşı korunması bakımından oldukça önemlidir ve bu yönde ilk düzenlemeler 1961 Anayasasıyla getirilmiştir.¹⁵⁰Hukuk devletinde kuvvetler ayrılığının varlığı;¹⁵¹ yasama, yürütme ve yargı erklerinin, siyasal denetim, yargısal denetim gibi denetim yollarının işletilmesi suretiyle birbirlerini frenlemeleri ve dengelemeleri şarttır. Lakin kuvvetler ayrılığı her zaman beklenen faydayı sağlamayabilir.¹⁵²Bu sebeple asıl olan hukuk ve demokrasi kültürüdür. Aksi takdirde salt kuvvetler ayrılığı yeterli olmayabilir. Önemli olan kuvvetler arasındaki denge ve denetim mekanizmalarının varlığı ve işlevselliğinin olan istençtir.

Hukukun genel ilkeleri arasında yer alan dolayısıyla hukuk devletinin gereklerinden olan ‘kazanılmış haklara-müktesep haklara’ saygı ve hukuki güven ilkeleri de hukuk devleti olmanın gereklerindedir. Kazanılmış haklara saygı ilkesinden maksat, hukuki sonuçları itibarıyla tamamlanmış, vücut bulmuş-hukuk zemininde sonuç doğurmuş haklardır. Hukuki güvenlik ilkesinden maksat ise, devlet eliyle yapılan düzenlemelerde ve işlemlerde öngörülebilirliktir.¹⁵³Öte yandan hukuki güvenlik ilkesi, kanunların geçmişe yürütülmezliği ilkesinden bağımsız düşünülemez. Anayasa Mahkemesine göre; “*Hukuk devletinin korumakla yükümlü olduğu evrensel ilkelerden biri hukuki güvenlik ilkesidir. Hukuki güvenlik ilkesi hukuk normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değerdir.*”¹⁵⁴

¹⁵⁰ Küçük, Adnan: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti”, **Hukuk Devleti**, (Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük) Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 356, 357.

¹⁵¹ Kubalı, Hüseyin Nail: Anayasa Hukuku Dersleri, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1971, s. 158, 159.

¹⁵² Hatemi, Hüseyin: **Hukuk Devleti Öğretisi**, İşaret Yayınları, İstanbul 1989, s. 24.

¹⁵³ Recep Bekik ve diğerleri başvurusu, B. No: 2016/12936, KT: 27.3.2019.

¹⁵⁴ AYM. E. 2018/108, K. 2019/5, KT: 13.2.2019; Aynı yönde diğer bir karar için AYM, E. 2016/181, K. 2018/111, KT: 20.12.2018; Türkiye İş Bankası A.Ş. başvurusu (9), B. No: 2016/2400, KT: 3/4/2019.

Temel hak ve özgürlüklerde serbesti asıl, sınırlandırma istisnadır. Bununla beraber temel haklar hiçbir şekilde sınırlandırılmaz nitelikte değildir. Lakin sınırlandırmada ölçülülük ilkesine uygun davranılması gerekir. Ölçülülük ilkesi ise ancak hukuk devletin varlığı halinde uygulama alanı bulabilir. Bu boyutuyla ölçülülük ilkesi hukuk devletin adeta mütemmim cüzüdür ve ondan doğmuştur. Anayasa Mahkemesine göre; “*Anayasanın 13. maddesi uyarınca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ölçülülük, hukuk devleti ilkesinden doğmaktadır. Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir yetki olduğundan bu yetki ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması koşuluyla haklı bir temele oturabilir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin somut koşulların gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devletiyle bağdaşmaz.*”¹⁵⁵

Hukuk devleti olmanın gerekleri arasında idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğu, idari işlemlerin kanuniliği ve belirliliği İlkeleri de yer alır. Hukuk devletine geçişten bir önceki aşama olan hazine teorisi ile kabul edilen ‘idarenin sorumluluğu’,¹⁵⁶ hukuk devletine geçişle kurumsal bir boyut kazanmıştır. Hukuk devletinde idare, idari faaliyetlerinden veya idari düzenlemelerinden kaynaklanan mağduriyetleri karşılamak zorundadır. Nitekim Anayasanın 125 inci maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesinde; “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*” hükmüne yer verilmiştir. Bunun gibi Anayasanın; 40 inci maddesinin üçüncü fıkrası; “*Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır*” hükmünü havidir. Ayrıca Anayasanın 125 inci maddesinin yedinci fıkrasına göre; “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” Bunların yanı sıra Danıştay içtihatlarıyla kabul edilip yerleşen, mücbir sebep ve illiyet bağının kesilmesi gibi fiilin idareye objektif olarak isnat edilemeyeceği hâller hariç, idarenin fiilleri sonucu sebebiyet verdiği zararlar bakımından kusursuz sorumluluğu söz konusudur. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin kuruluş ve faaliyetlerinin kanuna dayanmasını, Anayasa ve kanunlarla çalışmamasını gerektirir (AY. m. 8, 123).¹⁵⁷ Hukuk devletin gerekleri arasında yer alan belirlilik ilkesi¹⁵⁸ ise;

¹⁵⁵ AYM, E. 2013/95, K. 2014/1176, K T : 13/1/2014; İbrahim Sözer ve diğerleri başvurusu, B. No: 2016/10425, KT: 4.4.2019.

¹⁵⁶ Bilgiç, a.g.e., s. 75.

¹⁵⁷ Dalkılıç, Elvin Evrim: “Anayasa Mahkemesi’nin Son Dönem Kararlarında Yasa İle Yetkilendirmenin Anlamına İlişkin Gözlemler”, **TBB. Dergisi**, S. 139, Ankara 2018, s. 12-14.

¹⁵⁸ Türkiye İş Bankası A.Ş. başvurusu (9), B. No: 2016/2400, KT: 3/4/2019; İoanis Maditinos başvurusu, B. No: 2015/9880, KT: 8.5.2019.

kamu otoritelerinin keyfi muamelelerine karşı koruyucu mahiyette olmak üzere idari faaliyetlerin/işlemlerin hem kişiler hem de idare yönünden açıklığını, netliğini ve uygulanabilir olmasını ifade eder.¹⁵⁹ Anayasa Mahkemesi isabetli bir şekilde belirlilik ilkesini ‘yasal belirlilik’ şeklinde dar yorumlamayı değil, ‘hukuki belirlilik’ şeklinde geniş yorumlamayı tercih etmiştir. Hukuk devleti olmanın gerekleriyle örtüşen de budur. Bu minvalde olmak üzere Anayasa Mahkemesine göre; “*Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılama koşuluyla mahkeme içtihatlarıyla da hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.*”¹⁶⁰ Öz ifade şekliyle belirlilik, mutlaka ‘kanun’ ile değil, olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelikler gibi alt düzenleyici işlemlerle de sağlanabilir. Dolayısıyla belirlilikten kastedilen kanunî belirlilikten ziyade hukuki belirliliktir.¹⁶¹

Hukuk devleti olmanın gerekleri arasından kanun yapımında kamu yararının gözetilmesi ve vergilerin kanuniliği ilkeleri de bulunmaktadır. Kanun çıkarılmasında temel amaç kamu yararıdır. Bu çerçevede hukuk devletinde; genel, objektif, adil kurallar içeren ve hakkaniyet gözetilen düzenlemelerden müteşekkil kanunların varlığı esastır.

Herkesin, işlediği suç sebebiyle hangi mahkemede yargılanacağını önceden belli olması, sırf bir uyuşmazlığı çözmek üzere mahkemenin kurulamaması anlamına gelen tabii yargı ilkesi, suçların cezaların ve güvenlik tedbirlerinin kanuniliği ilkesi, masumiyet karinesi, kanuna aykırı delil elde edilmesi yasağı, yargılamanın aleniliği, aynı fiilden dolayı aynı yargı kolunda birden fazla kez yargılanma yasağı, eşitlik ilkelerinin benimsenmiş olması hukuk devleti olma yolunda çitayı yükseltici temel gereklerdir.

Hukuk devletinde yürütme işlemlerinin yargısal denetime tabi tutulmuş olması olmazsa olmazlardandır.¹⁶² Bu yönde olmak üzere Anayasanın 125 inci maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesine göre; “*İdarenin her türlü eylem ve*

¹⁵⁹ AYM. E. 2010/80, K. 2011/178, KT: 29.12.2011; AYM. E. 2013/39, K. 2013/65, KT: 22.5.2013; AYM. E. 2014/183, K. 2015/122, KT: 30.12.2015; Recep Bekik ve diğerleri başvurusu, B. No: 2016/12936, KT: 27.3.2019; Türkiye İş Bankası A.Ş. **başvurusu (9)**, B. No: **2016/2400**, KT: **3/4/2019**; İoanis Maditinos başvurusu, B. No: 2015/9880, KT: 8.5.2019.

¹⁶⁰ AYM. E. 2018/161, K. 2019/13, KT: 14.3.2019; AYM. E. 2018/154, K. 2019/1, KT: 14.3.2019; Ünal Gökpinar başvurusu, B. No: 2018/9115, KT: 27.3.2019.

¹⁶¹ Dalkılıç, a.g.e., s. 18, 19.

¹⁶² Bkz. AYM. E. 2016/166, K. 2016/159, KT: 12.10.2016.

işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” Bununla beraber, hukuk devleti olmanın temel gerekleriyle bağdaşmayan ve yürütme işlemlerinin yargısal denetiminin istisnaları mahiyetinde bazı anayasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlar; Yüksek Askerî Şûranın terfi ve kadrosuzluk nedeniyle emekliye işlemleri (AY. m. 125/2), olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (AY. m. 148/1), meslekten ihraç hariç, Hâkimler ve Savcılar Kurulu (AY. m. 159/10)kararlarıdır. Yukarıda verilen 125 inci maddenin ilgili bölümünde ‘açıktır’ ibaresi tercih edilmiştir. Bu ibarenin tercih edilmiş olması, biraz önce ifade edildiği üzere, istisnaların varlığına işaret eder. Oysa hukuk devletinde çitayı yükseltme adına olması gereken ibare, ‘açıktır’ değil, ‘kapatılamaz’ ibaresidir. Buna göre; “*İdarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu kapatılamaz.*” Şeklinde yeni bir düzenlemenin getirilmesi ve bu suretle istisnaların anayasadan çıkarılması hukuk devleti bakımından önemli bir adım olacaktır.

Anayasada yer alan başka düzenlemelerle de yargı yolunun kapılmasının tercih edilmesi söz konusudur. Bunlar; toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun kararları (AY. m. 53/6), spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı işletilmesi halinde Tahkim Kurulu kararları kesin olup bunlara karşı herhangi bir yargı merciine müracaat edilemez yönündeki düzenlemeler (AY. m. 59/3) gösterilebilir. Evrensel bir ilke olan ve hukuk devleti olmanın temel gerekleri arasında bulunan hak arama hürriyeti bakımından idarenin işlemlerinin tümüne karşı yargı yolunun “açık olması” değil ‘kapatılamaması’nın mümkün olmaması gerekir. Zira Anayasanın 36 ncı maddesine göre, “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.*” Hak arama hürriyeti Anayasanın diğer maddelerindeki hakların garantisidir ve onlardan bağımsız düşünülemez. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesine göre; “Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Bu bakımdan davanın bir mahkeme tarafından görülebilmesi ve kişinin adil yargılanma hakkı kapsamına giren güvencelerden faydalanabilmesi için ilk olarak kişiye iddialarını ortaya koyma imkânının tanınması gerekir. Diğer bir ifadeyle dava

yoksa adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden yararlanmak mümkün olmaz.”¹⁶³

Şimdiye dek ifade edildiği üzere hukuk devletinde devletin bütün hüküm ve tasarruflarının anayasaya ve kanunlara uygun olması zorunluluğunun yanı sıra ferdin bu tasarruflar karşısında yargısal yolları etkili sonuç elde edebilecek şekilde kullanması imkanlarının da sağlanması gerekir. Filhakika hiçbir devlet ne saf haliyle hukuk devleti ne de kanun devletidir. Her devlette hukuk devleti ve kanun devletinin izdüşümlerini bulmak mümkündür. Burada önemli olan hangisinin başı çektiği ve geliştirilmeye çalışıldığı meselesidir.¹⁶⁴

Bir devletin yazılı bir anayasasının bulunmaması o devletin anayasal devlet olmadığı anlamına gelmez. Hakeza bir devlette yazılı anayasasının olması o devleti anayasal devlet haline getirmez. Elbette yazılı anayasasının varlığı anayasal devlet kabul edilmek için bir karine teşkil edebilir. Ancak yazılı anayasasının olmaması anayasal devlet olarak kabul edilmeme anlamına gelmez. Bu çerçevede İngiltere’de bir yazılı anayasa olmamakla beraber devletin anayasal devlet olduğu şüphe götürmez. Aynı şekilde İran, Irak gibi Ortadoğu ülkelerinin tamamında yazılı anayasa olmasına rağmen anayasal devletten söz edilmesi güçtür. Bu neviden devletler ancak anayasalı devlet olarak kabul edilebilirler. Türk tarihinde Osmanlı İmparatorluğu’nun son yüzyılına dek, yani 1876 Kanun-ı Esasinin ilana kadar Türk devletlerinde bir anayasa dahilinde yönetim söz konusu olmamıştır.¹⁶⁵ Ne var ki bu durum o zamana dek Türk devletlerinin hiçbir şekilde anayasal devlet olmadıkları anlamına gelmez. Burada asıl olan yazılı bir anayasasının varlığı değil, kurumsal bir yapının varlığıdır. Farklı bir ifade şekliyle müesses nizam dahilinde işleyen bir devlet yönetimidir. Çünkü anayasalar esasen işleyen siyasal iktidarın kâğıt üzerine dökülmüş halidir. Dolayısıyla anayasalar sadece hukuki boyutu olan metinler olmayıp sosyal, ideolojik, hususiyle de siyasal boyutu olan metinlerdir.¹⁶⁶ Anayasalar iktidarların aynalarıdır. Bir siyasi iktidar kendisini görmek istediği şekilde anayasa yapar. 1921, 1924 Anayasaları hukuk devleti bakımından oldukça alt seviyelerdedir. Zira bu anayasalar kuvvetler ayrılığı, denge denetim mekanizmaları, temel hakların korunması gibi düzenlemelere yer vermemiştir. Hukuk devleti olmak bakımından 1961 Anayasası bir dönüm noktasıdır.

¹⁶³ Bkz. Mustafa Adnan Çobanoğlu başvurusu, B. No: 2016/2595, KT: 21.3.2019.

¹⁶⁴ Arsel, İlhan: **Türk Anayasa Hukuku'nun Umumî Esasları**, Ankara 1962, s. 165, 166; Daver, Bülent: **Siyasal Bilime Giriş**, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 155.

¹⁶⁵ Abadan Yavuz ve Savcı, Bahri: **Türkiye’de Anayasa Gelişmelerine Bir Bakış**, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1959, s. 2.

¹⁶⁶ Kubalı, s. 77-79.

Hukuk devleti olmak bakımından mutlaka bu yönde bir düzenlemenin varlığı şart değildir. Zira adalet, hürriyet, mülkiyet gibi prensipler hukuk devleti fikri doğmadan ve yazılı anayasal yapılmadan evvel de vardır. Klasik Fransız doktrininin savunması bu yöndedir. Klasik Alman doktrini ise biraz önce Fransız doktrin çerçevesinde ifade edilenleri reddetmemekle beraber iktidarın sınırlanması bakımından yeterli görmemekte, bunun ancak hukukun şekli kaynakları olan anayasalar ve kanunlarla mümkün olabileceğini ve böylece devletin kendi kendini bağlamış olacağını ileri sürmektedir. Duguit'in savunduğu realist doktrine göre, egemenlik devlete ait olduğuna göre, devleti sınırlandıracak olan yine kendisidir, dolayısıyla devlet hangi hakları nasıl sınırlayacağını bizzat kendisi belirler, bu durumda güç temerküzü tamamen devlette olursa zulüm ve istibdat, fertlerde olduğu takdirde ise anarşi olur. Peki çözüm ne olacak? Burada çözüm sosyal hayattan doğan objektif kaidelerdir. Bu ise yöneten ve yönetilenlerin ortak iradesinin ürünü olan kaidelerdir. Dolayısıyla yönetenler onlara tabi olan yönetenlerden kendilerini tecrit ederek hükümet ettikleri takdirde isyan doğar ihtilal olur ve bu meşru kabul edilir. Görüldüğü üzere yukarıda özeti aktarılan doktrinlerin savunulabilir yanları olduğu gibi eleştirilebilir yönleri de vardır. Bu doktrinlerin karması niteliğinde plüralist doktrin bulunmaktadır.¹⁶⁷ Hangi doktrin olursa olsun hukuk devletin, hakeza anayasal devletin izahı için tam karşılayıcı olmayabilir. Daha önce ifade edildiği üzere ne tür devlet olursa olsun şimdiye dek ifade edilenlerden kendisinde bir ya da birkaç emare olabilir. Son kertede hukuk devleti ve anayasal devlet meselesi konjonktür, hukuk ve demokrasi kültürü, liderin vasıfları, iktidarların ömrü, hatta coğrafi şartlar ve ekonomik ve sosyal refah seviyesi gibi hususlardan bağımsız düşünülemez.

3.2. Türkiye'de Hukuk Devletin Turnusolu: Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Üzerine

Yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı benimsenen hükümet sistemine bağlı olmadan demokratik hukuk devletinde olmazsa olmazdır. Çünkü ancak bu şekilde hukukun üstünlüğü sağlanır ve herkes yargıya güven duyar.

Bununla birlikte başkanlık sisteminin fren ve denge mekanizmasına bağlı bir işleyişinin olduğu düşünüldüğünde, bu sistem için, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığının önemi katlanarak artmaktadır. Gerçekten de başkanlık sistemi yatay erkler ayrılığı bağlamında yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki fren ve denge mekanizmasının iyi işlemesiyle ayakta durur. Başkanlık sistemi, parlamenter hükümet sisteminden farklı olarak sert erkler

¹⁶⁷ Kubalı, s. 145-154.

ayrılığına dayandığından, yasama organının yürütme alanına, yürütme organının da yasama alanına müdahale etmemeleri esası benimsenmiştir.¹⁶⁸ İşte yasama ve yürütme organlarının buradaki anayasal yetki haritasını çizecek organ yüksek yargıdır. Bir başka deyişle adeta bir hakem olarak yüksek yargı organların yetki karmaşası yaşamasını engeller, iki organ arasında denge sağlar.

Sonuç olarak yargının tarafsız ve bağımsız olmadığı bir başkanlık sisteminin işleme şansı yoktur. Öte yandan bir yüksek yargı organı olarak Anayasa Mahkemesine değinelim. Anayasa Mahkemesi olmadan bir ülkenin, özellikle de başkanlık sistemine sahip bir ülkenin, demokratik hukuk devleti standartlarını yakalaması imkânsız denecek kadar zordur. Ayrıca başkanlık sisteminin yapısı gereği yürütme organının tek kişiden oluşmasından mütevellit iktidarın kişiselleşmesi eğilimi riski bulunmaktadır. Bunun önlenmesi için Anayasa Mahkemesi pek önemli bir kilometre taşı niteliğindedir.

Çoğu siyasal iktidar sahipleri, ülkeyi adeta dikensiz bir gül bahçesi gibi yönetmek ister. Oysa yasama ve yürütmenin bağımsız bir yargı organı tarafından denetlenmesi, sanıldığı gibi aksine, uzun vadede çoğulcu demokrasiyi benimsemiş bir siyasal iktidarın yararına değildir. Çünkü oluşturduğu objektif koşullar açısından, siyasal iktidarı hukuka aykırı eylem ve işlem yapmaktan korur ve böylece iktidarın “hukuksal iktidar” olarak işlev görmesini sağlar. Hukuka ve anayasaya uygunluk yönünden denetlenmeyen bir iktidar, keyfiliğe kayma eğilimi taşır ve bu eğilimin giderek hızlanması hukuk dışı davranışları alışkanlık haline getirir.¹⁶⁹ İşte devletin temel organlarının hukuk içerisinde kalması bakımından bağımsız bir yargı olmazsa olmazdır. Bu aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin korunması yönünden de gereklidir.

2017 Anayasa değişiklikleri beraberinde Cumhurbaşkanının oldukça belirleyici olduğu bir yargısal düzen getirmiştir. Gerçekten de Cumhurbaşkanı özellikle yüksek yargı üzerinde hegemonik kimi yetkilerle donatılmıştır. Bu doğrultuda Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay üyelerinin belirlenmesinde doğrudan veya dolaylı olarak yetki sahibidir.

¹⁶⁸ Inceoğlu, Sibel: “Siyasal Rejimler ve Yargı Bağımsızlığı Arasında Nasıl Bir İlişki Vardır?”, içinde **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 179.

¹⁶⁹ Sağlam, Fazıl: “Anayasa Mahkemesi Olmadan da Ülke Yönetilebilir Mi?”, içinde **Türkiye’nin Anayasa Gündemi**, Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 177.

Ancak hemen belirtelim ki, yargının hükümet sistemine bağlı olmaksızın her koşulda bağımsız olması gerekir. Ne var ki, Cumhurbaşkanının esasında bağımsız olması zorunlu olan yargı organı üzerindeki yoğun yetkileri dikkate alındığında erkler arasında fren ve denge mekanizmasını işlevsizleştirecek düzeyde bir yetki ağına sahip olduğu görülmektedir. Nitekim Cumhurbaşkanının HSK üzerindeki belirleyici konumu düşünüldüğünde, ilk derece yargı organları üzerinde de bir etkiye sahip olduğu söylenmelidir.

Öte yandan cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi başkanlık sisteminden mülhem olması dolayısıyla hususiyle yargının bağımsızlığının gerçek anlamda sağlanması zaruridir. Bu bakımdan parlamenter hükümet sisteminde sembolik yetkileri olan ve devlet başkanı konumundaki Cumhurbaşkanının yüksek yargı üzerinde yoğun atama yetkilerine sahip olması bir nebze kabul edilebilir olsa da cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi gibi esas karakteri başkanlık sistemi olan bir sistemde Cumhurbaşkanına bu türden yetkilerin verilmesi kabul edilemez görünmektedir. Gerçekten de ülkemizde Cumhurbaşkanı yürütme yetkisinin yegâne sahibi konumunda olup partili de olabilmektedir.

Demokratik bir hukuk devletinde, erkler arası denge ve denetimin sağlanması gerekliliği bir yana, yasama ve yürütme organları arasındaki etkileşimi anayasal yetki haritası doğrultusunda tayin edebilecek yargının tarafsız ve bağımsız olması kaçınılmaz kabul edilmelidir. Üstelik başkanlık sisteminden mülhem bir sistemde bu durumun hayatiyeti katlanarak artmaktadır; çünkü başkanlık sisteminde yasama ve yürütme arasındaki ilişkileri tayin edebilecek yegâne bağımsız organ yargıdır. Hal böyle olunca, demokratik hukuk devleti hilafına olağan dışı bir durum söz konusu olduğu için, cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerinden eleştirilebilir olduğu ortaya çıkmaktadır. İşte bu doğrultuda daha detaylı bir incelemeyle Cumhurbaşkanının ilk derece yargı organları dahil, özellikle yüksek yargı organları üzerinde yoğun yetki haritasını incelemek gerekir. Buna geçmeden önce hemen belirtelim ki, Cumhurbaşkanının yargı organları üzerindeki yetkileri, yüksek yargı üyelerinin atanması ve bu organların işleyişi düşünüldüğünde, yargı organını kontrol altına alabilecek derecede kapsamlıdır.

2017 Anayasa değişikliği ile birlikte Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kaldırılmıştır. Bunun zorunlu bir sonucu olarak söz konusu bu mahkemelerden oluşan üyelikler son bulmuş on yedi üyesi bulunan Anayasa Mahkemesinin üye sayısı on beşe düşmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu yeniden yapılandırılmasında yetki ve etki bakımından

TBMM'den ziyade yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanına ağırlık verilmiştir.

Buna göre Cumhurbaşkanı Yüksek Mahkeme üyelerinin on ikisini doğrudan ve dolaylı olarak seçebilecek geri kalan üyeler ise TBMM tarafından seçilecektir. On iki üyeden dördünün seçimi, gerçek anlamıyla Cumhurbaşkanının iradesine ve takdirine bırakılmışken, geriye kalan sekiz üye ise Yargıtay, Danıştay ve Yükseköğretim Kurulunun göstereceği adaylarla dolaylı olarak Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecektir. Fakat unutmamak gerekir ki Yargıtay üyelerinin tamamı HSK tarafından seçilmektedir. Keza Danıştay üyelerinin dörtte üçü HSK, dörtte biri ise Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Dolayısıyla esasında burada Cumhurbaşkanının HSK'nın oluşumundaki etkisi dikkate alındığında Anayasa Mahkemesine on iki üye seçimi bakımından dolaylı bir etkisinden söz etmek bile tam anlamıyla mümkün değildir.¹⁷⁰

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesine üye seçiminde üç üyeyi belirleyebilen Meclis, bundan dolayı bir anlamda yasama karşısında yürütmenin üstünlüğünü ortaya koymaktadır. Çünkü TBMM Yüksek Mahkemenin üye kompozisyonunda ancak beşte birlik bir etki alanına sahiptir. Parti genel başkanı olabilen Cumhurbaşkanının seçimi ile Meclis seçimlerinin eş zamanlı yapılmasının da gösterdiği gibi amaç Cumhurbaşkanı-Meclis ahengini sağlamak olduğundan esasında Cumhurbaşkanı bu yüzden Meclis tarafınca belirlenen üç üye üzerinde de yarı doğrudan bir etkiye sahip olmaktadır. Böyle olunca millet iradesinin temel tecelli ediş yeri olan

¹⁷⁰ Venedik Komisyonunun bu bağlamdaki raporu aynen şöyledir: “*HSK üyelerinin atanma usulüyle ilgili değişiklikler, Anayasa Mahkemesinde geniş yankı bulacaktır. Yargıtay ve Danıştay üyelerinin seçilmesinden HSK mesuldür. Her iki mahkemenin de atamaları yapan Cumhurbaşkanı her bir pozisyon için üç aday göndermek suretiyle Anayasa Mahkemesinin iki üyesini seçme hakkı vardır. Bu suretle, Yürütmenin Anayasa Mahkemesi üzerindeki nüfuzu artmaktadır. Aksine Anayasa Mahkemesi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi veren kanunları şu anda olduğu gibi denetleme olasılığını yitirecektir. Söz konusu değişiklikler kapsamında Cumhurbaşkanının herhangi bir kanunun kendisine yetki vermesine ihtiyacı olmayacaktır. Bu değişiklikler, Cumhurbaşkanlığının yasama faaliyetlerinin sınırlarını, kanunların kanun hükmünde kararname olarak üzerinde olmasıyla tanımlasa da Anayasa Mahkemesine, bu bağlamda ortaya çıkması kaçınılmaz olan ihtilaflar konusunda sarıh bir karar verme yetkisi verilmemiştir. Dolayısıyla söz konusu değişikliklerin Anayasa Mahkemesi üzerindeki etkisi, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Askeri Yargıtay'ın kaldırılmasını müteakiben Anayasa Mahkemesinin on yedi yerine on beş üyeden kurulması hakkında 146'ıncı Maddede yapılan değişikliğin resmi sınırları dışına çıkacaktır.*” Venedik Komisyonu, <http://www.ankarabaru.org.tr/siteler/ankarabaru/tekmakale/2017-3/13.pdf>, erişim 8.11.2020.

Meclis'in Cumhurbaşkanı karşısında pasifleştirildiğini söylemek pekâlâ mümkündür.

Bununla birlikte yukarıda değindiğimiz gibi HSK Yargıtay üyelerinin tamamını, Danıştay üyelerinin ise dörtte üçünü seçmektedir. Danıştay üyelerinin dörtte biri ise, Anayasanın m. 153/3 gereğince, nitelikleri kanunda belirtilenler arasından ve doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Böyle olunca, Cumhurbaşkanının yargı üzerindeki tahakkümünü ortaya koymak adına, yüksek yargı üzerinde bu denli etkin konumda olan HSK'nın üye kompozisyonunu ayrıca incelemek gerekir.

Mevcut anayasal düzene göre HSK, on üç üyeden ve iki daireden teşekkül etmektedir (m. 159/2). 2017 Anayasa değişikliğinden önce adı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu olan HSK'nın oluşumu Kurul üyelerinin yargıçların kendi eşitleri arasından seçtikleri üyelerden teşekkülü şekildedir. Ancak bu düstur terk edilmiş ve atama ve seçme yetkisi iki siyasal organ olarak Cumhurbaşkanı ve TBMM'ye devredilmiştir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, bu Kurulun doğal üyeleri olan Adalet Bakanı (aynı zamanda Kurul başkanı) ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı (Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen bakan yardımcısı) Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Adalet Bakanını ve bakan yardımcılarını seçme yetkisi tamamen Cumhurbaşkanına aittir. Bunların Kurul üzerinde nüfuz sahibi kişiler olduğu eşyanın tabiatındandır. Zira Adalet Bakanı ve yardımcılar doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadırlar ve ona karşı sorumludurlar (1 Nolu CBK m. 503, 504). İcracı yetkilerin tamamın şahsında temerküz ettiği Cumhurbaşkanının HSK üzerindeki etkisi bakımından bu ifade edilenler pek önemlidir. Bunların yanı sıra Kurulun dört üyesi, birinci sınıf olan adli yargıç ve savcılar (üç üye) ile idari yargı hakim ve savcılar (bir üye) arasından tamamen Cumhurbaşkanının takdiri ile seçilmektedir. Bu bağlamda, Kurulun altı üyesi Cumhurbaşkanının tek başına kullandığı irade ile belirlenmektedir. Diğer taraftan kalan yedi üye ise TBMM tarafından nitelikli çoğunluk ile seçilmektedir. Karma Komisyonunda ve Meclis Genel Kurulunda üçte iki, sonraki aşamada beşte üç çoğunluk sağlanmadığı durumda, en çok oy alan iki aday arasından ad çekme usulü uygulanmaktadır. Öte yandan bilindiği gibi Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı partili olabilmektedir. Ülkemizde parti disiplini oldukça yüksek olduğundan parti genel başkanının parti üzerindeki yetki ve etkisi oldukça güçlüdür. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile Meclis seçimleri eş zamanlı yapılmaktadır. Böyle olunca, Cumhurbaşkanını seçen irade ile Meclis aritmetiğini oluşturan irade arasında özdeşlik kurulmak istenmiş olması sonucunda yasama ve yürütmenin şekli ayrılığı olmakla beraber fiili birliği söz konusu

olmaktadır. Partilerin ittifak halinde seçime girmeleriyle ilgili düzenlemeler ve uygulama bu ifade edilenleri destekleyici mahiyettedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı, aynı zamanda Meclis üzerinde de önemli bir etki ve nüfuz sahibi olmaktadır.

Görüldüğü gibi 2017 Anayasa değişikliği Cumhurbaşkanının HSK üzerindeki etki yoğunluğunu daha da arttırmıştır. Özbudun'un da ortaya koyduğu gibi, Cumhurbaşkanı ile Meclis çoğunluğu, aynı partiye veya partiler ittifakına mensup oldukları takdirde, HSK üyelerinin bütününe veya önemli bir çoğunluğunun, siyasal iktidar ile uyumlu olması yüksek ihtimaldir. HSK'nın yargı mensupları üzerindeki geniş yetkisi düşünüldüğünde, bu durum yargı organlarının tümünün siyasal iktidara bağımlı olması anlamına gelecektir.¹⁷¹ Öngörülen sistem, Meclis-Cumhurbaşkanı özdeşleşmesine bağlı olarak, Cumhurbaşkanının, yargıyı HSK üzerinden kontrol edebilmesinin yolunu açabilecek bir niteliğe sahiptir. Cumhurbaşkanının gerek yasama, gerek yargı ve gerek idare arasındaki ilişkilerde, denge ve denetleme mekanizmalarının sağlanmadığı görülmektedir.¹⁷² Bu kapsamda, yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını işlevsiz hale getirecek önemdeki bir Kurulun üyelerinin büyük bir çoğunluğunun ve hatta tamamının, bir siyasi parti ve aynı siyasi partinin mensubu olan bir Cumhurbaşkanı tarafından koşulsuz ve denetimsiz bir şekilde belirlenmesi durumu, yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini tartışılır noktalara taşıyacak nitelik ve yoğunluktadır.¹⁷³

Öte yandan bu doğrultuda Venedik Komisyonunun değerlendirmelerini olduğu gibi alalım:¹⁷⁴ “Cumhurbaşkanının hâlihazırda sahip olduğu, Anayasa Mahkemesi hâkimlerinden bazılarını ve Danıştay hâkimlerinin dörtte birini atama yetkisine ek olarak, söz konusu değişiklikler kapsamında Hâkimler ve Savcılar Kurulunun on üç üyesinden dördünü ve ayrıca HSK'ya başkanlık eden Adalet Bakanını atama yetkisi olacaktır. HSK üyesi olan Adalet Bakanı Müsteşarı da muhtemelen Cumhurbaşkanı tarafından atanacak üst kademe kamu yöneticilerinden sayılmaktadır. Bu bağlamda söz konusu değişiklikler kapsamında Cumhurbaşkanının artık nötr bir güç (pouvoir neutre) olarak hareket etmesine gerek kalmadığının, bu atamaların parti yanlısı olma riskini doğuracağına altının çizilmesi gerekir. Cumhurbaşkanının görevindeki değişikliğin, netice itibarıyla hâkimlerin atanması konusundaki görevini azaltması gerekirdi. Oysaki bu görevi Anayasa Mahkemesi ve Danıştay için

¹⁷¹ Özbudun, Türk Anayasa, s. 364.

¹⁷² Gözler, 2017, s. 21.

¹⁷³ Okşar, Mustafa: **Yürütme Erkinin Üstünlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 168.

¹⁷⁴ Venedik Komisyonu, <http://www.ankarabaru.org.tr/siteler/ankarabaru/tekmakale/2017-3/13.pdf>, erişim 8.11.2020.

devam ederken HSK için de artmıştır... Karşılaştırma olması açısından Amerika Birleşik Devletleri Başkanının, ne Yargıtay'ı ne de başka federal hâkimi tek başına atama yetkisi olmadığına dikkat edilmelidir. ABD'de tüm Yüksek Mahkeme Yargıçları ve hatta federal yargı teşkilatının tüm hâkimleri, Cumhurbaşkanı tarafından aday gösterilerek ABD Senatosunun tavsiyesi ve onayıyla görev başına gelmektedir (ABD Anayasası Madde II, Bölüm 2, fıkra 2). Mevcut Senato müzakere kurallarına göre bunun anlamı, uygulamada ABD Senatosunun en az altmış üyesinin nitelikli çoğunluğunun onayıdır. Venedik Komisyonu ayrıca şunu da belirtmiştir: 'hâkimler kurullarının teşekkülüyle ilgili mevcut uygulamalara bakıldığında' bu kurulların büyük bir oranının, yargı teşkilatı üyelerinden oluşmasının ve yargı mensuplarıyla diğer re'sen veya seçilmiş üyeler arasında adil bir dengenin bulunması gerektiğine ilişkin temel bir kural yer almaktadır'. Dolayısıyla Hâkimler Kurulunun hatırı sayılır bir kısmı veya çoğunluğu Yargının bizatihi kendisi tarafından seçilmelidir. Hâkimler Kurulunun demokratik meşruiyetini temin etmek amacıyla diğer üyeler, gerekli hukuki niteliklere sahip kişiler arasından olası çıkar çatışmaları da nazari itibara alınarak Meclis tarafından seçilmelidir. Venedik Komisyonu, Hukukun Üstünlüğü Kontrol Listesinde 'Hâkimler Kurulunda [yargının bizatihi kendisi tarafından] seçilmiş hâkimlerin yanı sıra avukatların ve halkın da yeterli derecede temsil edilebilme' ihtiyacını yinelemiştir."

Sonuç olarak, 2017 Anayasa değişikliğinin yargının tarafsızlığını vurgulaması¹⁷⁵ önemli bir gelişme olarak kayda değer görülebilirse de, yargının tarafsızlığını zaten yargının bağımsızlığından ayrı düşünmek mümkün değildir.¹⁷⁶ Zira yargının tarafsızlığına yönelik Mecelle'den (m. 1802, 1804) ve 1809) bil itibar CMK (m. 22-33), HMK (m. 34-45) ve İYUK'un (m. 31) HMK'ya atıf yapması suretiyle alt mevzuatta hâkimin reddine, hakeza istinkâfına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Binaenaleyh 2017 Anayasa değişiklikleriyle Anayasanın 9 uncu maddesine ilave edilen "yargının tarafsızlığına" yönelik düzenlemeler tarafsızlığa anayasal bir önem katmanın dışında malumun ilanından öte bir anlam taşımamaktadır. Bunların yanı sıra yine üzerinde durduğumuz temel husus yürütme ve yasama organları seçimlerinin eş zamanlı yapılmasından kaynaklanan yasama-yürütme özdeşliğinin olabilmesi şeklindeki güçlü ihtimali karşısında, Meclisin de

¹⁷⁵ Anayasa Madde 9 – Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır. Askeri Mahkemeler ve sıkıyönetimin kaldırılması da yargı, yargı bağımsızlığı ve adil yargılanma ilkeleri açısından önemli düzenlemelerdir.

¹⁷⁶ Gönenç, Levent: **Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Anayasa Çalışma Metinleri-3, TEPAV, Ankara 2011, s. 9.

Cumhurbaşkanı ile türdeş bir çoğunluk yakalaması ve yargının oluşumunda belirli bir siyasal görüşün hâkim hale gelmesidir. Bu tür bir durum esasında, 1982 Anayasasının önceki halinde de mevcut olmakla birlikte mevcut halinde katmerlenerek artmış bulunmaktadır. Şu halde mevcut Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yargının gerek yasama gerek yürütme kanadı ile olan ilişkisinin yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından sorun teşkil etmekte olduğunu ifade etmek gerekir.

12 Eylül 1980 askeri darbesi sonrası hazırlanan ve buna bağlı olarak aynı düşünceleri anayasallaştıran 1982 Anayasasında, ilk örneğinde olduğu gibi, Cumhurbaşkanının asker kökenli olacağı düşüncesi ile klasik parlamenter sisteme nazaran ziyadesiyle güçlü yetkileri haiz bir Cumhurbaşkanı modeli öngörülmüştür. Konumuz olmamakla beraber bugünkü cumhurbaşkanlığı sisteminin 1982 Anayasasındaki yetkilerden bağımsız düşünülmemeyeceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanına biçilen rol onun devletin her organının hatta birimini kontrol altında tutmaya yönelik yetkilerle bezenmiş olmasıdır. Bu çerçevede Cumhurbaşkanının yürütmenin Bakanlar Kurulu Kanadındaki tahakkümünü artırmak amacıyla bakanların atanmasında ve azlinde karşı-imza kuralı esası benimsenmiştir. Yasama üzerindeki etkisi bakımından ise üyelerinin tamamını Cumhurbaşkanının seçeceği bir Anayasa Mahkemesi öngörülmüştür. Aynı şekilde yargı üzerindeki kontrolün sağlanması amacıyla üyelerinin tamamını Cumhurbaşkanının seçeceği bir Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna yer verilmiştir. Bunların yanı sıra Cumhurbaşkanının akademi üzerindeki etkisinin sağlanması amacıyla üyelerinin bir kısmını doğrudan, bir kısmını karşı imza kuralına göre, bir kısmını ise Üniversiteler Arası Kurulun önereceklerinden olmak üzere Cumhurbaşkanının ataması öngörülmüş, bununla da yetinilmeyerek rektörleri de Cumhurbaşkanının seçeceği belirtilmiştir. Cumhurbaşkanının siyaset üzerindeki etkisinin sağlanması için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısını ve vekili seçeceği belirtilmiştir. Böylece siyasi partilerle ilgili davaların açılması tekeline sahip Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısını Cumhurbaşkanının seçmesi benimsenmiştir. Şimdiye dek zikredilenler dışında Cumhurbaşkanının diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla kamu meslek kuruluşları ve kamuya yararlı dernekler üzerindeki etkisinin temin edilmesine yönelik Devlet Denetleme Kurulu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere ilk şekli itibarıyla dahi Cumhurbaşkanının pek önemli yetkilerle donatıldığı açıktır. Peki, bu ifade edilenler bakımından 2017 Anayasa değişiklikleri sonrası durum nedir diye soracak olursak cevabın daha iyi olmadığı getirilen anayasal ve yasal düzenlemelerle sabittir. Şöyle ki bakanların tamamını atama ve azletme yetkisi doğrudan Cumhurbaşkanına aittir. Dolayısıyla benimsen hükümet sistemi gereği Cumhurbaşkanı yürütmenin tek hâkimidir. Yasama bakımından durum daha da ileri düzeye

taşınmıştır. Zira Devlet Başkanı ve icranın başı olan Cumhurbaşkanının aynı zamanda bir siyasi parti başkanı olmaması bir tarafa, sistemin kurgusunda yasama ve yürütmenin aynı siyasi eğilime yönelik olarak belirmesi esas alınmıştır. Alt mevzuatta yer alan düzenlemeler gereği parti ittifakları da dikkate alındığına Cumhurbaşkanının yasama üzerindeki etkisinin çok ileri bir noktaya taşındığı görülür. Yargı bakımından ise yasama ile yürütmenin ortak iradesiyle şekillenen bir Hâkimler ve Savcılar Kurulu Yapısı öngörölmüş olmaktadır. Akademide ise Yüksek Öğretim Kurulu üyelerinin kahir ekseriyetini doğrudan, diğerlerini ise Üniversiteler Arası Kurulun belirledikleri arasından Cumhurbaşkanı seçmektedir. Alt mevzuat dikkate alındığında rektörlerin seçilmesinde üniversite öğretim üyelerinin seçimi sonucu belirlenen adayların belli bir kısmının YÖK'e bildirilmesi ve onların belli sayıdakileri arasından Cumhurbaşkanının rektör seçmesi usulü terk edilmiş, bu yetki neredeyse tamamen Cumhurbaşkanının inisiyatifine bırakılmıştır. Öte yandan Devlet Denetleme Kurulunun; inceleme, araştırma, denetleme şeklindeki yetkileri arasına idari soruşturma da ilave edilerek Cumhurbaşkanının bu manadaki gücü perçinlenmiştir. Ne ilginçtir ki, şimdiye dek ifade edilen düzenlemeler 1982 anayasası yapıldığından beri ve herkesçe eleştirilmesine rağmen Nasreddin Hocanın fil fıkrası misali eleştirilen hususlar daha fazla eleştirilmesi gereken bir noktaya taşınmıştır. Böyle olunca 1982 Anayasasındaki sorun alanları daha da derinleşmiştir. Bu da Türkiye'nin önünde bekleyen ve fakat katılımcı ve çoğulcu yeni bir anayasanın inşası gerekliliğine işaret etmektedir.

Sonuç

“İnsanlar melek olsaydı, devlete gerek kalmazdı. İnsanları melekler yönetseydi, insanlar üzerinde ne dış denetimlere ne de iç denetimlere gereksinim duyulurdu. İnsanlar üzerinde, insanlar tarafından yönetilecek bir devlet kurarken en büyük güçlük şurada: Önce devleti, yönetilenlere egemen olabilecek bir duruma getireceksiniz; ondan sonra da kendi kendisini denetlemesini isteyeceksiniz. Kuşkusuz, devlet üzerinde gerçek denetleme, devletin halka dayandırılmasıdır; ama deneyimler, yardımcı önlemlerin gerekliliğini de insanlığa öğretmiştir.”¹⁷⁷

Anayasal devlet, siyasi iktidarın bireyi korumak amacıyla “anayasacılık” prensiplerine uygun olarak kullanılması esasına dayanan devlet olarak tanımlanabilir.¹⁷⁸ Anayasacılık anayasal devletin ahlaki temelini teşkil

¹⁷⁷ The Federalist: **Modern Library College Editions**, New York, 1937, s. 337.

¹⁷⁸ Metin, Yüksel: “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 2012, 89-130, s. 92.

etmektedir. Bu şekilde değer kazanan anayasacılık, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı olmak üzere değerler dizisinden oluşmaktadır.

Bununla beraber iktidarı sınırlama ihtiyacından elbette demokratik yönetimler de muaf değildir. Şüphesiz demokratik iktidarlar da anayasal ve yasal hadlerini aşma eğiliminde olabilirler ve bu tür bir ihtimalin tehlikesi otokratik iktidarın sebebiyet verdiği tehlikeden daha az olmayabilir. Zira kendisini halkın yegâne meşru temsilcisi olarak gören bir iktidarın hak-hukuk tanımama eğilimi daha fazla olabileceği gibi demokratik iktidarın böyle sapmalarının çoğunluk tarafından meşru görülmesi kuvvetli bir ihtimaldir. Demokratik yönetimlerin bireysel özgürlükler için tehlike teşkil etme ihtimali onların gitgide genişleyen görev alanıyla da ilgilidir. Demokrasiler, klasik liberal “koruyucu” devlet anlayışının ötesine geçerek “pozitif” projeler izledikleri ölçüde kaçınılmaz olarak sivil alan aleyhine genişlerler. Onun içindir ki, “yeni” anayasacılığın temel sorunlarından biri, demokrasilerin, sınırlı devlet idealiyle sosyal refah siyasetlerini, keyfi yönetime kaymadan, nasıl bağdaştıracaklardır.¹⁷⁹

Dolayısıyla demokratik hukuk devletinin, iktidar tekeline nüfuz ederek özünü değiştirmesi gerekir. Bu ise, yalnızca tekelin biçimsel açıdan hukukileştirilmesiyle gerçekleştirilemez. Gerçi biçimsel hukukileştirme tekelin hiçbir unsurunun hukuki düzenlemenin dışında bırakılmaması anlamında vazgeçilmez önemdedir. Fakat biçimsel sınırlama ve güvenceler tek başlarına bu işlevi yerine getirmeye elverişli ve kâfi değildir. Bu nedenle iktidar tekelinin çoğulculuğa dayanan demokrasi ve insan hakları gereklerine uygun bir toplumsal yapıyla çerçevelenmesi ve bireylere hesap vermekle yükümlü kamusal organların denetimine açık olması gerekir.¹⁸⁰ Şu hâlde iktidarın yıkım potansiyelinin etkinleşmesini önleyebilecek faktörleri üçlü bir kombinasyon içerisinde değerlendirmek mümkündür. Hukuk devleti kavramı altında toplanan kural ve mekanizmalar önemli bir ilk adım oluşturmalarına rağmen, bu işi tek başlarına yapabilme yeteneğine sahip değildir. Bu noktada hukuksal kural ve mekanizmaları etik değerlere bağlayacak bir referansa ihtiyaç vardır. Bu referans da bugün için en genel ifadesini “insan onuru”, ve “insan hakları” kavramında bulur. Öte yandan “etkili toplumsal denetim” olmaksızın bu mekanizmaların işlevsiz kalması ve etik referansın bir kenara bırakılması da zor olmaz. Etkili toplumsal denetim için ise bir model olarak çoğulcu demokrasi en etkili çerçeve gibi görünmektedir.¹⁸¹

¹⁷⁹ Erdoğan, Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği, s. 31.

¹⁸⁰ Sancar, Şiddet, Şiddet Tekeli ve demokratik Hukuk Devleti, s. 45.

¹⁸¹ Sancar, Şiddet, Şiddet Tekeli ve demokratik Hukuk Devleti, s. 46.

Gerçekten de anayasacılık açısından iktidarın oluşum biçimi ve yöntemi birincil sorun değildir. Ne şekilde oluşursa oluşsun iktidar bireylerin hak ve özgürlükleri üzerinde potansiyel tehlike taşımaktadır. Dolayısıyla iktidar ister seçimle meydana gelsin ister diğer biçimlerde meydana gelsin hak ve özgürlükler bakımından potansiyel tehlikedir. Bu durum iktidarın karakteristik özelliğinden kaynaklanmaktadır. Nitekim Lord Acton'un da belirttiği gibi iktidar yozlaştırmaya meyillidir, mutlak iktidar ise mutlaka yozlaşır.¹⁸² Bu nedenle iktidar kolayca keyfiliğe ve ceberutluğa yönelebilir. Ceberut iktidar da Konfüçyüs'ün ifadesiyle yırtıcı kaplanlarda daha tehlikeli olabilir. Tarih Konfüçyüs'ü haklı çıkarmak için uğraşan iktidarlar ve devlet adamlarıyla doludur.¹⁸³ O halde iktidarın sınırlandırılması, dengelenmesi ve denetlenmesi şarttır. Modern hukuk sistemlerinde bunun en kabul gören aracı toplumsal mutabakata dayanan anayasalardır.

Kaynakça

- ABADAN, Yavuz- SAVCI, Bahri: Türkiye'de Anayasa Gelişmelerine Bir Bakış, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1959.
- AKTAŞ, Sururi: "Hukuk Devleti İdeale Felsefi Bir Bakış", **Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, 2020, 1-27.
- ALBERT, Richard: "Constitutional Amendment by Stealth", **McGill Law Journal**, C. 60, S. 4, 2014, s. 673-735.
- ALBERT, Richard: "Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude", **The American Journal of Comparative Law**, C. 62, S. 3, 2014, 641-686.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Hukuk, Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti", **Ankara Barosu Dergisi**, 2001-2, 29-68.
- ARSLAN, Zühtü: "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", **Doğu Batı Dergisi**, Y. 4, S. 13, 2000-2001, 67-89.
- ARSEL, İlhan: Türk Anayasa Hukuku'nun Umumî Esasları, Ankara 1962.
- BALTA, Tahsin Bekir: **İdare Hukuku I: Genel Konular**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1970-72.
- BEETHAM, David Beetham, "Democracy: Key Principles, Institutions and Problems", **Democracy Its Principles and Achievement**, Inter Parliamentary Union, Geneva 1998, 21-30.

¹⁸² Arslan, Zühtü: "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", **Doğu Batı Dergisi**, Y. 4, S. 13, 2000-2001, 67-89, s. 89.

¹⁸³ Arslan, Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı, s. 89.

- BERİŞ, Hamit Emrah: **Küreselleşme Çağında Egemenlik**, Lotus Yayınevi, Ankara 2006.
- BİLGİÇ, Veysel K.: **İdare Hukuku**, Polis Akademisi Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2013.
- BINGHAM, Tom: **The Rule of Law**, Penguin Books, 2011.
- BUTLERITCHIE, David T.: “The Confines of Modern Constitutionalism”, **Pierce Law Review**, V. 3, N. 1, 2004, 1-32.
- CANİKLİOĞLU, Meltem Dikmen: **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 29, 30.
- CHEMERINSKY, Erwin: “Substantive Due Process”, **Touro Law Review**, C. 15, S: 4, 1999, 1501-1534.
- COREY, Brettschneider: “A Substantive Conception of Rule of Law: Nonarbitrary Treatment and Limits of Procedure”, **NOMOS**, C. 50, Getting to the Rule of Law, Published by American Society for Political and Legal Philosophy, 2011.
- ÇAĞLAR, Bakır: “Hukukla Kavranan Demokrasi Ya Da Anayasal Demokrasi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 233-276.
- ÇELİK, İrfan: “Kuvvetler Ayrılığı: Bir İndirgeme ve Dönüşüm”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Y. 16, S. 61-62, 2011, 143-166.
- ÇİN, Selim: **Demokrasi ve Hukuk Devleti İkilemi**, Astana Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2019.
- DALKILIÇ, Elvin Evrim “Anayasa Mahkemesi’nin Son Dönem Kararlarında Yasa İle Yetkilendirmenin Anlamına İlişkin Gözlemler”, **TBB. Dergisi**, S. 139, Ankara 2018.
- DAVER, Bülent: **Siyasal Bilime Giriş**, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.
- DICEY, Albert V.: “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, **Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal**, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Liberte Yayınları, 25-41.
- DICEY, A. V.: **Introduction to the Studay of Law of the Constitution**, 10. Edition, The Macmillan Press, London 1979.
- DWORKIN, Ronald: “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2011, 27-39.
- ERDEM, Fazıl Hüsnü: **1982 Anayasası’nın Analizi**, Orion Yayınları, Birinci Baskı, Ankara 2012, s.12.
- ERDOĞAN, Mustafa: “Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 10, S. 20, 2011, 27-45.

- ERDOĞAN, Mustafa: **Anayasa Hukuku**, Orion Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2005.
- FEYZİOĞLU, Turhan: “Kuvvetlerin Ayrılığı Nazariyesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 50-60, 1947.
- FREEMAN, Samuel: “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review”, **Law and Philosophy**, V. 49, N. 4, 1990-1991, 327-330.
- FULLER, Lon L.: **The Morality of Law**, Revised Edition, Yale University Press, 1969.
- GÖREN, Zafer: **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2006.
- GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2010.
- GÖZLER, Kemal-KAPLAN, Gürsel: **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, 14. Baskı, Bursa 2013.
- GÖZLER, Kemal: “16 Nisan’da Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Bir ‘Suistimalci Anayasa Değişikliği’ Midir?” <http://www.anayasa.gen.tr/suistimalci.pdf>, erişim 25.03.2020.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve Tan, Turgut, **İdare Hukuku: Genel Esaslar**, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- GROSSI, Simona: “Procedural Due Process”, **Seton Hall Circuit Review**, C. 13, S. 2, 2017, 155-202.
- GÜLENER, Serdar: **Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu**, XII Levha Yayınları, 1. Baskı İstanbul 2012.
- GÜNDAY, Metin: **İdare hukuku**, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011.
- HABERMAS, Jiirgen, **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Democracy**, Cambridge: MIT Press, 1996.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: İnsan Hakları Polis Görevi Ve Yetkisi, Polis Akademisi Seminer, Konferans, Sempozyum Bildirileri Dizisi: 2, Ankara.
- HATEMİ, Hüseyin: **Hukuk Devleti Öğretisi**, İşaret Yayınları, İstanbul 1989.
- HIRSCHL, Ran: “The Political Origins Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions”, **Law and Social Inquiry**, C. 25, S. 1, 2000.
- KARPEN, Ulrich: “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti”, Çev. Ersoy Kocatı, **Demokrasi ve Yargı**, Ed. Ozan Ergül, Ankara, 2005.
- KUBALI, Hüseyin Nail: **Anayasa Hukuku Dersleri**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1971.

- KÜÇÜK, Adnan: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti”, **Hukuk Devleti**, (Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük) Adres Yayınları, Ankara 2008.
- KORUCU, Serdar: **Yargısal Aktivizm**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- KÖKTÜRK, Abdullah: “Modern Öncesi Devletin Yönetim Anlayışı”, **Güvenlik Stratejileri Dergisi**, S. 13, Y. 2013.
- LANDAU, David: “Abusive Constitutionalism”, **University of California Davis Law Review**, Cilt 47, Sayı 1, 2013, s.189-260.
- LANE, Jan-Erik: **Constitutions and Political Theory**, Manchester and New York: Manchester University Pres, Second Edition, 2010.
- LOUGHLIN, Martin: **The Twilight of Constitutionalism**, Oxford University Press, New York, 2010.
- McGARRY, James W.: “Due Process”, **Rugers Law Review**, C. 23, 1992, 839-855
- METİN, Yüksel, “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 2012, 89-130.
- MUELLER, Dennis C.: **Constitutional Democracy**, Oxford University Pres, New York, 1996.
- ODER, Bertil Emrah: “Anayasa Nedir? Anayasacılık Nedir?”, in **Türkiye'nin Anayasa Gündemi**, (Derleyen İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul, İletişim, 2016.
- OKTAY, Cemil: “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 215-242.
- ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 1, İsmail Akgün Matbaası, Hak Kitabevi, İstanbul 1966.
- ÖZAY, İl Han: **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- ÖZAY, İl Han: “Anayasa Mahkemeleri (Ya Da Yargısının) Meşruiyeti”, **Anayasaya Yargısı Dergisi**, 1992.
- ÖZBUDUN, Ergun: **Anayasacılık ve Demokrasi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.
- ÖZLEM, Doğan: “Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek”, **Doğu Batı Dergisi**, Y. 4, S. 13, 2000-2001, 11-25.
- PASQUINO, Pasquale: “Constitutional Adjudication and Democracy, Comparative Perspectives: USA, France, Italy”, **Ratio Juris**, C.11, S.1, 1998, 38-50.
- RADBRUCH, Gustav: “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, **Oxford Journal of Legal Studies**, C. 26, S. 1, 2006, 1-11.

- RADBRUCH, Gustav: “Hukuk Devleti”, içinde **Hukuk Devleti**, Çev ve Ed. Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 4, AFA Yayıncılık, İstanbul 1998.
- RIGGS, Robert E.: “Substantive Due Process in 1791”, **Wisconsin Law Review**, S. 4, 1990, 941-1005.
- ROSENFELD, Michel: “The Rule of Law and The Legitimacy of Constitutional Democracy”, **Southern California Law Review**, C. 74, 2001, 1307-1352.
- ROSENFELD, Michel: “Hukukun Üstünlüğü ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti”, **Hukuk Kuramı**, Çev. Volkan Aslan, C. 1, S. 2, 2014, 30-61.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: **Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- SANCAR, Mithat: “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, **Doğu Batı Dergisi**, Y. 4, S. 13, 2000-2001, 27-46.
- SANCAR, Mithat: “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi” **Demokrasi ve Yargı**, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005.
- SARTORI, Giovanni: “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, **The American Political Science Review**, C. 56, S. 4, 1962, 853-864.
- SELLERS, Mortimar N. S.: “What is the Rule of Law and Why Is It So Important?”, **The Legal Doctrines of the Rule of Law and The Legal State**, C. 38, Ed. R. James Silkenat, H. James ve Peter D. Barenboim, Springer International Publishing, 2014.
- SCHEPPELE, Kim Lane: “The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work”, **Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions**, C. 26, S. 4, 2013.
- SELÇUK, Sami: **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1998.
- SPECTOR, Horacio: “Judicial Review, Rights, and Democracy”, **Law and Philosophy**, C. 22, 2003, 285-334.
- STARCK, Christian: “Anayasal Demokrasi ve Sınırlı Yönetim”, **Demokrasi ve Yargı**, Çev. Gülüm Bayraktaroğlu, Ed. Ozan Ergül, Ankara, 2005.
- SWEET, Alec Stone, **Governing With Judges**, Oxford University Press, New York 2002.
- SWYGERT, Luther M.: “In Defence of Judicial Activism”, **Valparaiso University Law Review**, C. 16, S. 3, 439-458.
- TAMANAH, Brain Z.: **On the Rule of Law: History, Politics, Theory**, Cambridge University Press, Cambridge 2004.

- TAMANAH, Brian Z.: “The History and Elements of the Rule of Law”, **Singapore Journal of Legal Studies**, 2012, 232-247.
- TROPER, Michel: “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi”, **Demokrasi ve Yargı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, 12-25.
- TUNAYA, Tarık Zafer: İnsan Derisiyle Kaplı Anayasa, Çağdaş Yayınları, Ankara 1979.
- USHNET, Mark: “Authoritarian Constitutionalism”, **Cornell Law Review**, C. 100, S. 2, 2015, 391-461.
- TUSHNET, Mark: “Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism”, **Law and Philosophy**, C. 22, 2003, 353-379.
- ÜLGEN, Pınar: “OrtaçağAvrurasında Feodal Sisteme Genel Bir Bakış”, **Mukaddime**, S. 1, Y. 2010, 3, 4.
- VAROL, Ozan: “Temporary Constitutions”, **California Law Review**, C. 102, S: 2, 2014, 409-464.
- YAYLA, Atilla: “Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler”, **Liberal Düşünce Dergisi**, S. 66, 2012, 13-22.
- YILDIZ, Hayrettin: “Hukuk Devleti’nin Gelişim Sürecinde Mülk Devleti Ve Polis Devletinin Yeri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, S. 2.
- ZORKIN, Valery: “Rule of LAW and Legal Awereness”, **The World Rule of Law Movement and Russian Legal Reform**, Ed. Neate, Francis ve Nielsen, Holly, The Moscow City Chamber of Advocates, Moscow 2007.
- WALDRON, Jeremy: “Seperation of Powers in Thought and Practice”, **Boston College Law Review**, V. 54, 2013, 433-468.
- WALDRON, Jeremy: “The Core of the Against Judicial Review”, **The Yale Law Journal**, C. 115, 2006.
- WALDRON, Jeremy: “The Constitutional Conception of democracy”, <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/WaldronConstititutional.pdf> erişim 29.03.2020.
- WALKER, Neil: “Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy: An Iterative Relationship”, **University of Edinburgh School of Law, Working Paper Series**, No 2010/25.
- WHITTINGTON, Keith E.: “Legislative Sanctions an the Strategic Environment of Judicial Review”, **Oxford University Press and New York University School of Law**, I. CON, C. 1, S. 3, 2003.