

ANAYASACILIK BAKIMINDAN DEVLET: BİR KURAMSAL DENEME

The State in Terms of Constitutionalism: A Theoretical Essay

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA*

ÖZET

Anayasacılık anlayışı ve dolayısıyla anayasa kavramı devlet ile olan geriliminde semantik bakımdan bir dönüşüm ile karşı karşıyadır. Söz konusu bu dönüşümde anayasa devletin ardından gelmektedir. Devletin ardından gelmekle anayasa, kavramsal yapısı itibariyle bir bozulma ile neticelenebilir. Çünkü böyle olmakla anayasal devlet, içerisinde taşıdığı ilkelerin anlamsızlaşması sonucu otoriter bir boyuta evrilebilir ve böylece demokratik hukuk devleti formülü bir işe yaramayabilir. Anayasacılık devlet iktidarının ve dolayısıyla siyasi iktidarın da hukukla sınırlandırılması ve bu sınırlı ortamda hak ve özgürlüklerin güvenceye alınmasını ifade etmektedir. Geleneksel noktada anayasalar bundan daha fazlasını talep etmekte ve devlet tarafından hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesini de istemektedir. İşte anayasa-devlet gerilimi bu noktadan neşet etmektedir. Biz bu çalışmada bir yandan anayasacılık anlayışı ekseninde devleti ele almakta, diğer

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

Makale Geliş Tarihi: 4.2.2022
Makale Kabul Tarihi: 30.4.2022

Atıf Şekli: Semih Batur Kaya, "Anayasacılık Bakımından Devlet: Bir Kuramsal Deneme", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17/2 (2022): 0-0.

yandan devletin “anayasal devlet” vasfını vurgulamaktayız. Dolayısıyla çalışmada böylesi bir yaklaşımla anayasa-devlet gerilimi incelenmektedir. Bu doğrultuda aşağıda bir yöntem ve anlayış benimsendikten sonra kavramsal çerçeve ortaya konulmaktadır. Daha sonra da anayasanın konusu ve karşıtı olarak devlet bahsi incelenmektedir. Bu sayede anayasal devletin semantik bozuma uğratılması faaliyetlerine karşı çıkılmakta ve anlambilim bakımından anayasal devletin mahiyeti yeniden gündeme getirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Devlet, Devlet İktidarı, Siyasi İktidar, Anayasacılık, Anayasa

ABSTRACT

The understanding of constitutionalism, and therefore the concept of constitution, is faced with a semantic transformation in its tension with the state. In this transformation, the constitution comes after the state. Coming after the state, the constitution may result in a deterioration in its conceptual structure. Because as such, the constitutional state may evolve into an authoritarian dimension as a result of the meaninglessness of the principles it carries, and thus the democratic state of law formula may not work. Constitutionalism refers to the limitation of state power, and therefore also of political power, by law, and the assurance of rights and freedoms in this limited environment. At this point, the constitutions demand more than this and also demand the realization of rights and freedoms by the state. This is where the constitutional-state tension arises. In this study, on the one hand, we deal with the state in the axis of constitutionalism, on the other hand, we emphasize the "constitutional state" characteristic of the state. Therefore, this study examines the constitutional-state tension with such an approach. In this direction, the conceptual framework is presented after adopting a method and understanding below. Then, the issue of the state as the subject and opposite of the constitution is examined. In this way, the activities of semantic degradation of the constitutional state are opposed and the nature of the

constitutional state is brought to the agenda again in terms of semantics.

Keywords: State, State Power, Political Power, Constitutionalism, Constitution

GİRİŞ

Klasik anayasacılığa nazaran yeni bir anayasal çağda yaşamaktayız. Bu anayasal çağdaki anayasal-kurucu deneyimler bize anayasacılık bağlamında farklı bir devlet anlayışını sunmamızı gerektirmektedir. Bu bakımdan bir ön tespit olarak klasik anayasaların kuruluş dönemlerinden farklı olarak modern anayasa kavramı ekseninde siyasetin anayasanın arkasından gelmediğini, ancak böyle olmakla hukuksal olanın siyasal olana göre öncelenmesinin zorunlu olduğunu belirtmemiz gerekir. Bu tespit aynı zamanda devlet iktidarı-anayasacılık geriliminde anayasacılığın sonu olmadığını temsil etmektedir.

Modern anayasacılık faaliyetinin bir neticesi olarak ortaya çıkan anayasal belgeler, devlet-anayasa gerilimini tamamıyla farklı bir forma sokmakla bize her türlü irrasyonelliğin ötesinde rasyonel bir çerçeve sunmaktadır. Modern anlamıyla anayasa, bir taraftan devlet iktidarını sınırlandırmak ve siyasal iktidarı formel bir işleyişe tabi tutmakla bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunduğu bir çatı olarak vasıflandırılabilir. Anayasa bu işleviyle, devletin ve siyasal iktidarın hukuka bağlılığını sağlar ve demokratik temellerini inşa eder.

Şu halde anayasacılık anlayışı o denli güçlüdür ki, tüm devlet aygıtını kendisine ait şekli ve maddi bir anayasaya sahip olması doğrultusunda harekete geçirir. Gerçekten de anayasaya duyulan saygı otokratik devletlerde bir mevcuttur. Ne var ki gerçek anlamda anayasal devlette, modern hukukun ilkelerine uyulmalı ve burada gücü elinde bulunduranlar hukuki sorumluluğu kabul etmekle mükellef olmalıdırlar. Dolayısıyla semantik olarak anayasa kavramı, devlet kamuoyunu teşkil eden vatandaşlar için bir aldatma olmamalı ve içeriden gelen muhalefeti yanıltmak için bir imaj olarak kullanılmamalıdır.

İşte bu çalışmada böylesi bir yaklaşımla anayasa-devlet gerilimi incelenmektedir. Bu doğrultuda aşağıda bir yöntem ve anlayış benimsedikten sonra kavramsal çerçeve ortaya konulmaktadır. Daha sonra da anayasanın konusu ve karşıtı olarak devlet bahsi incelenmektedir. Bu sayede anayasal devletin semantik bozuma uğratılması faaliyetlerine karşı çıkılmakta ve anlambilim bakımından anayasal devletin mahiyeti yeniden gündeme getirilmektedir.

A. Ön Mesele: Yöntem

Anayasa kuramı, anayasaya ilişkin ilkelerin uygulanmaya aktarılması sürecinde bunları somutlaştırmak, anlaşılmasını kolaylaştırmak ve dogmatik sorunların çözümünü sağlamayı hedeflemektedir.¹ Bu bakımdan anayasa kuramı, her ne kadar soyutluğu ve genelleştirilebilirliği konu alıyorsa da daima somutlaşmaya varmayı hedeflemektedir.

Anayasa somutu hedefleyen kurucu ve düzenleyici bir işlemdir.² Böyle olmakla anayasa özel bir anlamı haizdir. Zira anayasa muhtevası hukukun referanslarını somutlaştırma kapasitesine sahip halkın kurucu gücüne aittir. Dolayısıyla anayasa somut irade oluşumu faaliyetinin bir neticesidir. Bu da özel ve özgün bir değeri işaret etmektedir.³

Bununla sıkı bir bağlantı içinde ikinci metodik probleme değinmek gerekir. Anayasa kuramının ürünü olan somut ve uygulamaya yönelik anayasaların anlaşılabilirliği etkisinden hareket edilebilirse de, genel anayasa kuramı bir başına empirik-tümevarım yönteminden hareket etmemelidir. Başka bir deyişle, yalnızca gerçek cari bulunan

¹ Matthias Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung: eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie, Schönigh, München 2009, s. 21.

² Peter Badura, R. Herzog, Art. Verwaltungsmonopol, EvStL, 2. Aufl., 1975, s. 3738.

³ Peter Haberle, FS Haug, 1986, s. 81, 95.

lardan hareket edilmemelidir. Çünkü burada önemi haiz husus, genel geçerliliği olan bağlayıcı görüşlere⁴ ulaşmaktır.

Bunun yanında anayasa kavramından, anayasanın işlevlerinden ya da anayasa tarafından oluşturulan devlet tipinin (demokratik anayasal devlet) kendine has özelliklerinden belirli ve vazgeçilmez düzenleme alanlarına ve düzenleme içeriğine ulaşılan kavramsal tüm-dengelem yöntemi genel kabul görülebilir. Böyle olmakla anayasa kuramı, daima gerçeği⁵ dikkate almalı ve onun karşısında varlığını muhafaza etmelidir. Savunulabilir bir anayasa kuramı örnek ve referans anayasalara ihtiyaç duyar. Çünkü anayasa içeriği zaman ve yer itibarıyla birbirleriyle bağlantılıdır ve tek başına ve somut örneklerden ayrı olarak anlaşılabilir. Şu halde empirik-tümevarım ve kavramsal-tümdengelim yöntemlerinin birlikte kullanılması gerekir.⁶

Yöntemi belirledikten sonra anayasa kavrayışımızı netleştirmektediriz. Anayasanın şekli ve içeriği bu bağlamda belirli bir süreklilik göstermektedir ve aynı zamanda dinamik-evrimsel ilerleme süreci içerisindedir. Anayasanın devlet hafızası anayasal gelenekten beslenirse de, esasen anayasanın devletin anlaşılmasında bu dirimsel yön gözden kaçırılmamalıdır. Bu bakımdan anayasanın devlet hafızasının arkeolojik bir kazıyla ortaya çıkarılması gerekirken, aynı zamanda ileriye dönük sorunların cevapları üretilmelidir. Bu da yeni gelişmeler ışığında anayasanın devlet ile olan etkileşimlerinin yeniden yorumlanması ihtiyacını ortaya çıkarır. Burada kurucu iktidarlar bazen desteklenen bazen de karşıt duruma düşen yorum faaliyeti, her türlü anayasal krizi çözüme kabiliyetini haizdir.

İşte bu denemde biz de yönetsel olarak potansiyel krizlere yönelik şekli ve içerik olarak anayasal devletin alternatif bir kavrayışını ortaya koymaya çalışacağız.

⁴ Christian Winterhoff, *Verfassung-Verfassunggebung-Verfassungsänderung*, Mohr Siebeck, 2007, s. 55.

⁵ Martin Morlok, *Was heißt un zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, Schriften zum Öffentlichen Recht (SÖR), 1988, s. 60.

⁶ Markus Möstl, "Anayasanın Düzenleme Alanları", Çev. Zafer Zeytin, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 586-587.

B. Kavramsal Çerçeve

1. Anayasacılık

Modern bir anayasacılık anlayışı Thomas Paine'in siyasi yazılarında bulunabilir.⁷ İyi bilindiği gibi, Paine en ünlü makalesi *The Rights of Man*'i Edmund Burke'ün Fransız devrimine ve onun siyasi ve yasal reform ideallerine karşı güçlü saldırısına bir yanıt olarak yazmıştır. Burke, gelenek ve tarih kavramıyla sıkı sıkıya bağlı bir "anayasa" kavramına atıfta bulunarak ve bir şekilde onu türeterek, özellikle Fransız devrimci anayasal pratiğini sorgulamıştır. Daha sonra gerici siyasi düşünce tarafından hemen aktarılan ve radikalleştirilen bu anlamdaki anayasa, otomatik olanın yansıtıcı olana, kalıtsal olanın kendi kendini kabul eden bağlılığa, geleneksel kuralların anlaşma ve müzakere üzerindeki önceliğini yeniden tesis etmiştir. Buna göre anayasal uygulama "doğanın kalıbına göre" çalışmalıdır. Ne var ki bu, aynı zamanda Aydınlanmaya ve onun insan aklının özsaygısı ilkesine karşı bir saldırıdır. "Önyargı", "mantıksız alışkanlıklar" kendini keşfetmeye karşı, itaat ise tartışmaya karşı haklı çıkar. İnsan Hakları'nın ikinci bölümünde, bütün bir bölüm boyunca Paine, "anayasalar"ı tartışır. Burada gündeme getirilen ilk nokta, anayasanın bir hükümetin işi olmadığıdır. Buna göre anayasa, devlet egemenliğinin kendisine dayattığı bir öz-düzenleme değildir. Anayasa devletin kaynağı ve meşruluk temellerini sağlar. Dolayısıyla anayasal bir moment aracılığıyla üretilmeyen bir Devlet, meşruiyetinden yoksun bırakılmış bir güç olacaktır.

Dobner ve Loughlin'in belirttikleri üzere,⁸ modern anayasalar, demokratik bir *Rechtsstaat*'ın gerçekleşmesi için gerekli koşulları sağlayan bir dizi hükümet kurumu kurmuştur. Bu tür anayasalar siyaseti yasal yollarla sınırlar, güç ilişkilerini kapsamlı bir şekilde yapılandırır, toplumları normatif olarak bütünleştirmeye yardımcı olur ve

⁷ Massimo La Torre, *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Springer, Dordrecht 2007, s. 7 vd.

⁸ Petra Dobner ve Martin Loughlin, "Introduction", içinde *The Twilight of Constitutionalism*, Ed. Petra Dobner ve Martin Loughlin, Oxford University Press, New York 2010, xi-2, s. xi.

devlet içindeki meşru demokratik yönetimin pratik bir hesabını sunar.

Bu doğrultuda anayasanın⁹ düzenleme alanları ve içeriği, yani yeterince genelleştirilebilen ama buna rağmen etkili bir anayasa kuramı, belirli tip anayasalara ilişkin olarak (demokratik anayasal devlet), yani belirli temel ortak özellikleri ile ifade edilen referans anayasalara dayanarak formüle edilebilir.¹⁰ Demokratik devlet tipi anayasalarda şu özellikler görülmektedir:¹¹

- a. Bu tür anayasalar normatif yani hukuki bağlayıcılığı kendileri için kabul etmektedirler, hukukun egemenliği fikrine bağlı bu egemenliği en üst hukuki kaynak olarak inşa ederek gerçek anlamda devlet otoritesini sınırlandırmak istemektedirler. (normatif ölçüt)
- b. Bu tür anayasalar belirli maddi değerlere ve ilkelerle kendisini gösterir: özellikle insan hak ve özgürlükleri, hukuk devleti, demokrasi, sosyal devlet. (maddi ölçütler)

Metoda ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında konu ile ilgili, yani anayasacılık¹² bakımından bazı noktalar üzerinde duracağız. Anayasaların devletle etkileşimleri, bunların düzenleme alanları da dikkate alınarak farklı açılardan değerlendirilmeli ve kategorize edilmelidir:¹³

- a. Birincisi: Anayasanın düzenleme konuları (devlet, birey ile devlet, toplum), her yönlü karakteristik düzenleme eğilimleri (engelleyici-sınırlayıcı, yapıcı ve görevlendirici) ve derecelendirilmiş düzenleme etkileri (tam hukukileştirme ve

⁹ Michael J. Perry, "What is the Constitution?", içinde Constitutionalism: Philosophical Foundations, Ed. Larry Alexander, Cambridge University Press, Cambridge 1998, 99-151, s. 100.

¹⁰ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, 1984, s. 82.

¹¹ Möstl, a.g.e., s. 587-588.

¹² Larry Alexander, "Introduction", içinde Constitutionalism: Philosophical Foundations, Ed. Larry Alexander, Cambridge University Press, Cambridge 1998, 1-15, s. 1.

¹³ Möstl, a.g.e., s. 592.

tam bağlayıcılıktan bağlayıcı olmayan sırf tasvir eden öğreticiliğine).

- b. İkincisi: Zorunlu ve tipik anayasa içeriği (devlet otoritesinin demokratik olarak meşru hale gelmesi, erkler ayrılığı ve işlevsel olarak organizasyonu ile içerik olarak ve özellikle temel hak ve hürriyetler bağlamında programlanması ve çerçevesinin çizilmesi), anayasanın doğrudan öngördüğü koşullar meselesi ile (zorunlu olarak anayasa tarafından düzenlenmesi gereken, kanun ile düzenlenmeyecek konular) düzenleme yasakları sorusu.
- c. Üçüncüsü: Değişken düzenleme yoğunluğu ve düzenleme açıklığı (konuya bağlı olarak; önemli nedir sorusu, çerçeve düzenlemenin karakteri).

Bu noktaların alt kümelerinde elbette kesişim olmaktadır. Bunların kesin olarak birbirinden ayrılması mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla burada buna rağmen, belki de kesişim kümelerinin ayrımlaşması doğrultusunda bir anayasacılık anlayışı geliştirilecektir. Bu noktada, demokratik anayasal devletler için vazgeçilmez/zorunlu bir özün (anayasacılığın) olduğunu göstermeye çalışacağız.

Böyle olmakla karşımıza iki temel konu çıkmaktadır. Birincisi, özün dışına çıkılmamalıdır. Çünkü özün dışına çıkılması anayasal konforu bozacak, devlet organlarının yetki ve etki haritasında riskler ortaya çıkaracaktır. Bu da anayasanın işlevini bozar ve anayasal devlet tipikliğini zedeler. Dolayısıyla imkan dahilinde olan anayasal ilkeler birbiri içerisinde anayasacılığa ters bir şekilde kurgulanmamalı, zıtlık yaratılmamalıdır. Bu bakımdan örneğin, anayasal devletin erkler ayrılığı, demokrasi ve insan hakları bağlamından koparılması gerekir. İkinci olarak, anayasal devletin anayasası devletin ötesinde toplumu programlayan bir kavramsal çerçeveye dönüşmesi riski her zaman için vardır. Bu sınır, anayasal devletin gücünün sınırlılığını ifade eder. Anayasa eğer haddinden fazla sözler vaat ediyorsa, toplumsal yaşam rejimini etkiliyorsa o halde bir normatif düzenleme aracı olmaktan çıkar ve kavramsal yetisini yitirir.

Demokratik hukuk devleti kavrayışında anayasacılık, devlet gücünün oluşması ve devlet gücünün sınırlandırılmasını içermektedir. Bundan da modern anayasa kavramı doğmaktadır ki, bu da hem engelleyen (negatif) hem de savunan ilkesel yaklaşım ekseninde pozitif imkan sunar. Anayasanın engelleyen sınırlayan negatif işlevi hak ve özgürlüklerin korunmasında kendisini gösterir. Bu klasik anayasacılık kavrayışıyla gücün sınırlanması, kontrol ve dengenin sağlanması anlamına¹⁴ gelmektedir. Bir de hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi söz konusudur. Bu bakımdan pozitif yükümlülükler devlete yüklenir. Burada da yine devlet işlevlerinin düzenlenmesi, programlanması mevzu bahistir. Her durumda sonuç hukuki¹⁵ bir yetkilendirme, sınırlandırma ve gerçekleştirme yükümlülüğünden ibarettir.

2. Devlet

“Devlet”, toprakları olan organize bir siyasi varlıktır.¹⁶ Bu çok açık görünmektedir. Ancak bu yavan iddianın içinde cevaplama zor birçok soru söz konusudur. Arkeolojinin devlet fikriyle ilgili iki temel sorunu vardır: devletleri diğer varlıklardan nasıl ayırt edeceğimiz ve evrimsel bir açıklamada devletleri diğer varlıklarla nasıl ilişkilendireceğiz. Bu ikinci sorun, devletlerin kökenlerini anlamayı içerir. Genel olarak, arkeologlar geçmişteki devletleri tanımlamak için çeşitli kriterler kullanmışlardır: özellikle, uzmanlaşmış bürokrasi için kanıtlar, bir merkez etrafında yerleşimlerin hiyerarşik organizasyonu ve benzersiz güç sembolleri.¹⁷ Açıktır ki, devletlerin tanımlanması görevi, hem devletin örgütlenmesi ve işleyişinin kanıtını hem de benlik algısını sunan metinsel verilerle daha kolay hale getirilmiştir.¹⁸

¹⁴ K. Löwenstein, *Vefassungslehre*, Tübingen 1959, s. 127.

¹⁵ Markus Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen 2002, s. 52.

¹⁶ Karşılaştırınız ve bkz. Aristotle, *The Politics and Constitution of Athens*, Ed S. Everson, Cambridge University Press, Cambridge 1996, III.III, 1276a7–13.

¹⁷ G. Stein, “Undersnading Ancient State Societies in the World”, içinde *Archaeology at the Millennium*, Ed. T. D. Price ve G. M. Feinman, Kluwer, New York 2001, s. 353-379.

¹⁸ Alexander H. Hoffe, “Defining the State”, *Enemies and Friends of the State*, Ed. Christopher A. Rollston, Eisenbrauns, University Park, Pennsylvania 2018, 3-24, s. 3.

İdeal anlamda, devletlerin iç hiyerarşileri, politikaları, sınırları, komşuları olduğu kadar tarzları, fark edilebilir tarzları veya davranış kalıpları ve inançları olduğunu öne sürebiliriz. Devletler, koşullarına ve ideolojilerine bağlı olarak egemen veya hegemonik, otarşik veya genişlemeci olabilir. Bir devlet, kendi adına veya "halk" adına ve bir bütün olarak toplumun, belirli sektörlerin veya seçkinlerin veya sadece kendisinin çıkarına çalışabilir. Bu muazzam değişkenlik ve bunun sonucunda ortaya çıkan kategorik ve anlamsal sorunlar, bazı akademisyenlerin devlet terimini "yönetim" ya da "karmaşık yönetim biçimi" olarak benimsemelerine¹⁹ yol açmıştır. Bazı akademisyenler, başlı başına devletlerden ziyade birincil odak noktası olarak sosyal, politik ve ekonomik boyutlara bölünebilen iktidar konfigürasyonlarını incelemeyi de vurgulamışlardır²⁰ ve devlete bu zaviyeden yaklaşmışlardır.²¹ Arkeolojik araştırmalar için bir yol olarak siyasi egemenlik üzerine yapılan son çalışmalar bu çizgiyi takip etmektedir.²²

Devletlerin başka bir boyutu var; bir devletin var olması için bir "devlet" fikrinin olması gerekir.²³ Katılımcılar, diğer örgütlenme bi-

¹⁹ Örnek için bkz. Adam T. Smith, *The Political Landscape: Constellations of Authority in Early Complex Polities*, University of California Press, Berkeley 2003, s. 94-102.

²⁰ Örneğin M. Mann, *The Sources of Social Power, Volume I: A History of Power from the Beginning to AD 1760*, Cambridge University Press, Cambridge 1986.

²¹ Michel Foucault, "yönetimsellik" (governmentality) kavramıyla bunu farklı bir açıdan araştırmıştır. 18. yüzyıla kadar "hükümet" in sadece devlete atıfta bulunmadığını, aynı zamanda ailelerin ve hanelerin yönetimi ve rehberliğinin yanı sıra özenetim içeren daha genel bir anlama sahip olduğunu kaydetmiştir. M. Foucault, "The Subject and the Power," içinde Michel Foucault: *Beyond Structuralism and Hermeneutics*, Ed. H. Dreyfus and P. Rabinow, Harvester, Brighton 1982, s. 208-226.

²² Adam T. Smith, "Archaeologies of Sovereignty", *Annu. Rev. Anthropol. C.* 40, 2011, s. 415-432.

²³ "Bu insanların üzerinde, zevklerini garanti altına almaktan ve kaderlerini gözetmekten tek başına sorumlu olan muazzam ve koruyucu bir güç yükselir. Mutlak, ayrintılı, düzenli, uzak görüşlü ve yumuşaktır. Erkekleri erkeklığe hazırlamak gibi bir amacı olsaydı, babalık gücüne benzerdi; ama tam tersine, onları yalnızca çocuklukta geri dönülmez biçimde düzeltmeye çalışır; sadece eğlenmeyi düşünmeleri şartıyla yurttaşların eğlenmesini sever. Onların mutluluğu için isteyerek çalışır; ancak kendisi için tek aracı ve tek hakem olmak istiyor; güvenlikleriyle ilgilenir, ihtiyaçlarını karşılar, zevklerini kolaylaştırır, temel işlerini yürütür, sanayilerini yönlendirir, mülklerini yerleştirir, miraslarını bölüştürür; düşünme zahmetini ve yaşamanın zor-

çimlerinden ve işlevsel olarak eşdeğer rakiplerden farklı, yönetilen bir varlık kavramını tasavvur etmelidirler. Tanınmış bir kavram ve somut bir gerçeklik olmalıdır. Politik bir "devlet" tam da budur. İster seçkin bir kavram, ister demokratik bir ideal olsun, devlet fikrinin herkes tarafından paylaşılmasına gerek yoktur. Gerçekten de, bir devletin arzu edilirliliği, meşruiyeti ve hatta bazen varlığı konusunda fikir birliğinin var olması pek olası değildir. Ancak fikrin siyasi bir birim olarak ortaya çıkması, meşruiyet kazanması ve gönüllü katılım veya zorlama yoluyla desteklenmesi için fikrin yeterince insan tarafından paylaşılması veya yeterince etkilenmesi gerekir. Devlet fikri, ideolojinin ve kapsadığı kişiler üzerindeki etkisinin temelidir.²⁴

Bizim burada üzerinde durduğumuz husus ise modern devlettir.²⁵ Bu bakımdan Hobbes Leviathan'ı şu biçimde takdim eder:²⁶ *"Tanrının dünyayı onunla yaratmış olduğu ve yönettiği sanat olan doğa, başka pek çok şeyde olduğu gibi bunda da yapay bir canlı yaratacak şekilde, insanın sanatıyla taklit edilir. Çünkü hayat, organların, başlangıcı içerideki bir temel parçada bulunan hareketinden başka bir şey değildir; bütün otomatların (yaylar ve çarklar yardımıyla kendi kendine hareket eden makinelerin, mesela bir saat) yapay bir hayata sahip olduğunu söyleyemez miyiz? Kalp nedir ki bir yaydan başka; sinirler nedir ki çok sayıda yaylardan başka; ya eklemler, yapıcının planladığı şekilde bütün gövdeyi harekete geçiren çok sayıda çarklardan başka? Sanat daha da*

luğunu onlardan nasıl tamamen kaldıramaz?... Egemen iktidar, böylece her bireyi birer birer güçlü ellerine teslim ettikten ve onu dilediği gibi şekillendirdikten sonra, kollarını tüm topluma yayar; toplumun yüzeyini, en özgün zihinlerin ve en güçlü ruhların kalabalığını ötesine geçmek için kıramadığı küçük, karmaşık, küçük ve tek biçimli kuralları ağıyla kaplar; iradeleri kırmaz, onları yumuşatır, bükerek ve yönlendirir; nadiren harekete geçmeye zorlar, ama sürekli olarak oyunculuğunuza karşı çıkar; yok etmez, doğumu engeller; zorbalık etmez, engeller, bastırır, zayıflatır, söndürür, aptallaştırır ve sonunda her ulusu, hükümetin çobanı olduğu ürkek ve çalışkan hayvanlardan başka bir şey olmaya indirger." . A. de Tocqueville, Democracy in America: Historical-Critical Edition of De la démocratie en Amérique, Ed. Eduardo Nolla, Çev. J. T. Schleifer. Liberty Fund, Indianapolis 2010, s. 4:1250-51.

²⁴ Hoffe, a.g.e., s. 4 vd.

²⁵ Modern devletin diğer kurumlardan ayrılması için bkz. N. W. Barber, The Constitutional State, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 18.

²⁶ Mark Neocleous, Devleti Tahayyül Etmek, Çev. Akın Sarı, Nota Bene Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 35-36.

ileriye gider, doğanın o rasyonel ve mükemmel eserini, insanı taklit etmeye kadar. Sanatladır ki, yapay bir insandan başka bir şey olmayan, Latince'de CIVITAS denilen, DEVLET adlı o büyük LEVIATHAN yaratılır; bu, doğal insanın korunması ve savunulması için tasarlanmış olup ondan daha büyük bir cesarete ve kudrete sahiptir ve onda, egemenlik bütün gövdeye canlılık ve hareket veren yapay bir ruhtur; yargıçlar ve diğer yargı ve yürütme görevlileri, yapay eklemeler; egemenlik makamına bağlı her eklem ve organa kendi görevini yaptıran ödül ve ceza, doğal gövdede aynı işi yapan sinirlerdir; tek tek organların/üyelerin servet ve zenginlikleri ise kuvvettir... bilmesi gereken her şeyi ona bildiren hukukçular, hafızadır; adalet ve yasalar yapay bir akıl ve iradedir; uyum, sağlıktır; nifak, hastalıktır; iç savaş ise ölüm. Son olarak, bu siyasi varlığı en başta kuran, bir araya getiren ve birleştiren sözleşmeler ve ahitler, Tanrı'nın yaratılıştaki buyurduğu Buyruk veya İnsanı yaratalım emrine benzer." Görüldüğü gibi Hobbes'un modern devleti ve onun egemeni hareket halindeki bireysel bedenler üzerinde otorite uygulamak üzere tasarlanmış bir siyasi bedendir; ancak doğa tarafından değil, insanlar tarafından oluşturulan bir siyasi bedendir.²⁷

Hobbes'un bu siyasi bedeni modern devlet olarak varlık bulmaktadır. Devletle birey ve toplum arasındaki ilişkinin bu şekilde gerekçelendirilmesi, karmaşık ve devamlı bir değişim baskısı parantezine işaret etmektedir. Modern devleti anlamak için kategorik varlığına ilişkin şartların yeniden tasarlanması gerekir. Modern devletin mutlakiyet devletinden kesin kopuşu devletle toplum arasındaki ayrımlaşmaya bağlı olmuştur.

Hobbes, doğal ve yapay dünyalar arasındaki keskin ve zorunlu ayrımı kanıtlar. Doğal dünya, hareket halindeki bedenlerden oluşur, doğal yasalarla yönetilir, ancak insan yasalarından ve adaletten yoksun bir dünyadır. Aksine yapay dünya, insanlar tarafından yapılmış bir dünyadır ve tamamen insanların sorumluluğundadır. Yapay dünya, hakların tek tek bireyler arasında karşılıklı transferi ile var olur; bu sözleşme, Egemenliğin "yapay bir ruh" anlamına geldiği ve yargıç-

²⁷ Neocleous, a.g.e., s. 37.

ların yapay birleşimler ve yasaların yapay akıl olduğu yapay bir insan yaratır.²⁸ Nitekim Hobbes'a göre²⁹ bu kişi, sözleri veya eylemleri, ya kendisinin ya da başka bir adamın ya da gerçekten ya da kurgu yoluyla kendilerine atfedilen başka herhangi bir şeyin sözlerini ya da eylemlerini temsil ediyormuş gibi kabul edilen kişidir. Kendilerine ait oldukları düşünüldüğünde, o zaman gerçek bir kişi olarak adlandırılır: ve bir başkasının sözlerini ve eylemlerini temsil ettikleri düşünüldüğünde, o zaman sahte veya yapay bir kişidir. Çok sayıda insan, bir kişi tarafından temsil edildiklerinde veya bir kişi tarafından temsil edildiklerinde tek kişi olunur; böylece bu, özellikle bu kalabalığın her birinin rızasıyla yapılmalıdır. Çünkü kişiyi bir yapan temsil edilenin birliği değil, temsil edenin birliğidir. Kişiyi taşıyan temsil edendir ve tek bir kişidir ve birlik başka türlü çokluk içinde anlaşılamaz.

Öte yandan anayasal devlet biçimi, kurumsal bir çerçeve dahilinde barış ve düzenin sağlandığı herkesin hür bir şekilde kendi kaderini tayin etmesini garanti eder. Klein'in belirttiği üzere,³⁰ toplumsal barışın korunması ve temininde büyük öneme haiz araç devlet tarafından kendisine müracaat edilen şiddet tekeldir. Gerçekten de devletin sahip olduğu bir dizi yetki arasında şiddet tekelinin hususi bir yeri vardır. Bu kavram *potestas'a* (iktidar) değil *vis'e* (fiziki kuvvet) ilişkindir. Bu noktada, anayasal bir devlette salt gücü tatbik etme yetisi veya belli bir siyasi düzenin tezahürü olarak devletin doğal vasfı olarak şiddet tekelinin *a priori* nitelik arz ettiği ve bu nedenle meşrulaştırmasına ne imkan ne de gerek olduğu yolundaki görüşler de devletin zorlayıcı gücünü meşrulaştırmak için yeterli değildir. Şiddet tekelinin meşruluğunun temelini, daha ziyade demokratik hukuk devletinin vatandaşları için ve yalnızca dahili barışın sağlanmasıyla garanti edilebilecek bir hürriyet düzeni tesis etmek üzere var olduğu düşüncesi teşkil etmektedir. Netice olarak özel şiddetin ilke olarak gayrı meşru

²⁸ Marta Nunes da Costa, Revisiting Hobbes: On Freedom, Political Authority and Civil Disobedience", Aufklarung, C: 5, S. 2, 2018, 59-74, s. 65-66.

²⁹ Thomas Hobbes, Leviathan, Oxford World's Classics, Oxford 1998, s. 99-101.

³⁰ Eckart Klein, "Devletin Şiddet Tekeli", Çev. Ali Emrah Bozbayındır, içinde Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, 645-667, s. 645-655.

hale getirilmesiyle bağlantılı olan devletin şiddet tekeli, devleti aynı zamanda temel hakları ihlal etmeye muktedir bir konuma getirmiştir.³¹ Sonuç olarak ve kanaatimizce de devletin kendisinin büyük ölçüde temel hakların muhatabı ve mükellefi olduğunu izah eden devletin şiddet tekeli. Uluslararası insan hakları sözleşmeleri gibi anayasalar da esasen devletleri muhatap almaktadır.

C. Anayasacılığın Konusu ve Karşıtı Olarak Devlet

1. Devlet Olmanın Ön Koşulu: Anayasa

Devlet bahsi anayasa teorisi için önemli ve elzem bir konudur. Bu hususta epeyce bir tez ileri sürülmektedir.³² Bunda bir yanlışlık olduğu ilk bakışta söylenebilir. Çünkü görünüş itibariyle anayasa teorisinin maddi konusu anayasa ve buna bağlı kavramlar dizisidir.³³ Bu da anayasa teorisini devlet teorisinden ayırıştırır. Devletin öncelikli konumu ancak anayasa ile olan ilişkisi çerçevesinde meydana çıkmaktadır. Ancak kanaatimizce devlet anayasa hukukun önemli bir konusudur; anayasa devlet olmanın bir şartıdır.³⁴

³¹ Devletler niyetler oluşturur ve eylemlerde bulunur. Başarıları ve başarısızlıkları var, övgüye değer projelere ve kötü planlara girişiyorlar. Ait olduğumuz için minnettar olmamız gereken devletler ve vatandaşlığın bir yük ve pişmanlık nedeni olduğu durumlar vardır. Genel olarak devletler, elbette, iyinin ve kötünün bir karışımıdır. Çoğu insan gibi, çoğu devletin yaşam öyküsü, üyelerinin gurur duyması gereken ve utanması gereken bölümleriyle birlikte, kötü ve erdemli olanın bir bileşimidir. Barber, a.g.e., s. 124.

³² Anayasa fikrini dünya toplumu için daha uygun bir şekilde yeniden çerçeveleyen canlı bir süreçle karşı karşıyayız. Bu, görünüşe göre halk seferberliği olmadan ve kurucu güçleri veya anayasallaştırmanın gerçek yasal süreçlerini bulmakta güçlüklerle ve genellikle oluşturulacak net politikaların bulunmadığı özel bir aşama olarak nitelendirilebilmektedir. Riccardo Prandini, "The Morphogenesis of Constitutionalism", içinde *The Twilight of Constitutionalism?*, Ed. Petra Dobner ve Martin Loughlin, Oxford University Press, Oxford 2010, 309-326, s. 309. Bu aşamada devlet bahsi karşımıza çıkmaktadır. Bu da doğal olarak anayasa-devlet gerilimini içerisinde barındırmaktadır.

³³ Matthias Jestaedt, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, Schöningh, 2009, s. 16.

³⁴ Karşılaştırmamız Alexander Schnitt Glaeser, *Vorverstaendnis als Methode*, 2004, s. 32.

Anayasa olmadan devlet salt fiziki güce bağlı bir şiddet tekelinden ibaret kalır.³⁵ Dolayısıyla anayasa olmadan devlet, devlet olmaktan çıkar. Devlet ancak anayasa ile ontolojik bir anlama kavuşur. Hukuksal bir geçerlilikle anayasa, yalnız devleti ortaya çıkarmakla kalmaz aynı zamanda onu meşrulaştırır. Devletin formel ve maddi mahiyeti anayasa koşullandırmasına bağlıdır. Böyle olmakla anayasa, devlete dair formel ve maddi anlamda yetkiler dizisi bahşeder ve bunların çerçevesini çizer. Ne var ki hemen şunu belirtelim; devletin eylem ve işlemlerine yön tayin eden, onlara bir form kazandıran anayasa da, devlet aygıtı olmadan yeryüzünde uygulamaya aktarılamaz ve işlerliğe sahip olamaz. Şu halde anayasa da devlet mekanizması ile cisimleşir. Böyle olmakla bir anlamda, devlet salt iradeci pozitivizmi ile kavranamaz. Şu halde normativizm ve iradeci görüş birbirini bütünlükler.

Bu karşılıklı yapısal birliktelik ve bağlılık, gerek anayasayı gerek devleti anlamlı kılar. Ancak söz konusu bu her iki entiteyi anayasacılık başkalaştırır. Anayasacılık sınırlı iktidar gerçekliğini şart koşmakla devlet karşısında konumlanır. Esasında bir bütünün parçasını teşkil eden iki kavram, kendi ilişkilerinde bir gerilimi barındırır. Anayasa dışında kalan salt fiziksel güç devlet olmayı arzulayarak anayasacılıkla barışır ve işbirliği kurar.

Bu işbirliği sayesinde devlet ontolojik meşruiyet kazanırken anayasa işlerliğe sahip olur. Görüldüğü gibi her iki entite birbiri için gereksiz değildir. Ancak ne olursa olsun, anayasanın devletin ön koşulu olduğu gerçeği ile yüzleşmek gerekir. Nitekim anayasa teorisi devleti ikincil kılmakla bunu gerçekleştirir. Zaten anayasacılık kavrayışında anayasa, ilgili bulunan devlet kavramıyla kendi arasında bir mesafe koyarak ilk planda bunu sağlar. Bunun gerisindeki tematik anlam

³⁵ "Toplum sözleşmesi" teorilerine karşı defalarca dile getirilen ana eleştiri, elbette, hiçbir bireyin bir sosyal sözleşme imzalamamış olmasıdır. İnsanoğlu her zaman sosyal ve dolayısıyla örgütlü gruplar halinde yaşamıştır. Özellikle Hobbes'un tasvir ettiği bireyci, çatışmalı doğa durumu bir kurgu, bir metafordur. Bu nedenle, hiçbir vatandaş faaliyetlerini çerçeveleyen Anayasa'ya rıza göstermemiştir. Alain Marciano, "Introduction: Constitutional Myths", içinde Constitutional Mythologies, Ed. Randall G. Holcombe, Springer, New York 2011, 1-8, s. 2. Ancak anayasa sayesinde devlet meşru bir örgüt mahiyetinde kavuşmuştur.

bakımından bir neden şudur: subje olarak anayasa kendisini önele-
yerek obje olan devletten kendisini ayırıştırır ve onun genetiğine nü-
fuz eder.

İşte anayasa teorisi bu tür bir anayasacılık anlayışı çerçevesinde kendisini devlette gerçekleştirerek somut bir hüviyet kazanır.³⁶ Sonuç olarak Isensee'nin belirttiği gibi³⁷ anayasa teorisi, herhangi bir anayasa teorisi şekli ya da devletin bir görünüş formuyla ilgilenmez. O, kendisini daha ziyade 18. yüzyıldan beri Avrupa-Atlantik bölgesinde açığa çıkmış ve örnek bir model olarak gelişmiş olan anayasa şeklini incelemekle sınırlar. Bu anayasa şekli, vazgeçilmez üç ana ilke üzerine kuruludur: halk egemenliği, erkler ayrılığı ve insan hakları (kurucu anayasa). İlkesel olarak belirlenmiş bu anayasa tipi, mümkün olan birçok anayasa çeşidinden sadece biri olmayıp, kendi başına gerçek ve doğru olan anayasa çeşididir. Nitekim bu gerçeklik kendini Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde bulur. Buna göre hakların garanti altına alınmadığı ve erkler ayrılığının kabul edilmediği bir toplumda anayasadan bahsetmek mümkün değildir.³⁸ Bu nedenle ancak

³⁶ Demokratik yönetimi garanti eden bir kurum olarak hizmet verebilmesi için anayasanın belirli bir yasal düzenleme biçimi olarak kavramsallaştırılması gerekir. Bu perspektifte, anayasal düzenlemenin özellikleri üç temel özellik tarafından belirlenebilir. Hükümdarlarla yapılan sözleşmeler biçimindeki selefleriyle karşılaştırıldığında, anayasalar yalnızca hükümdarın iktidar uygulamasını sınırlamakla kalmaz, aynı zamanda bu tür bir uygulamayı meşrulaştırır; konuları kapsamaları bireysel değil evrenseldir ve sadece belirli bir bölgedeki bazı insanları değil, tüm insanları bağlarlar. O halde demokratik bir anayasa, diğer düzenleme türlerinin aksine, bir topluluğun üzerinde anlaşmaya vardığı, en azından prensipte bu topluluğun tüm önemli konularına uygulanabilen ve tüm üyeler için eşit derecede geçerli ve zorunlu olan bir dizi normdur. Bkz. Petra Dobner, "More Law, Less Democracy?", içinde *The Twilight of Constitutionalism?*, Ed. Petra Dobner ve Martin Loughlin, Oxford University Press, Oxford 2010, 141-161, s. 143.

³⁷ Josef Isensee, "Anayasanın Devleti (Anayasal Devlet)", Çev. Arslan Topakkaya, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, 209-285, s. 212-213.

³⁸ Yukarıda tartışılan anayasal kurgunun mantıksal karşılığı, toplumsal sözleşmeler olsun ya da olmasın, anayasaların zorlayıcı olduğu olmalıdır. Bu anlamda iktidarın araçlarıdır ve bu gücün vatandaşların rızasıyla kullanılmaması veya vatandaşlar tarafından kontrol edilmemesi zorlayıcıdır. Bunun anlamı nedir? Anayasalar gerçekten zorlayıcı iktidarın araçları mı, yoksa tam tersine özgürlüğün araçları mı? Vatandaşların Anayasaların oluşturulmasında ve dönüştürülmesinde merkezi bir rol oynamaması, zorunlu olarak Anayasaların zorlayıcı olduğu anlamına mı gelir?

zikrettiğimiz üç temel ilkeye göre oluşmuş bir toplum devleti teşkil eder.³⁹ Bu kavramsallaştırma ise demokratik hukuk devletini işaret etmektedir.

2. Anayasal Devlet

Anayasa, devlet⁴⁰ kudretini işlevlerine göre böler. Burada belirli bir organizasyon ve kurumlara yetki dağıtımı söz konusu olur.⁴¹ Devlet kudretini şeffaflaştırmanın, kontrol edilebilir hale getirmenin ilk yolu onu dağıtmaktır. Ancak bu sayede devlet kudreti hukukun boyunduruk altına alınması sağlanır.

Görüldüğü gibi devlet kudretinin hukukla ele alınması için onun dağıtılması erkler ayrılığını oldukça gerekli ve çekici kılmaktadır. Ancak bu basit bir uğraş değildir; zira erkler ayrılığı, modern anayasal devletin en çarpıcı bir işareti ve muhtemelen başka bir ilkenin olmadığı kadar yüzyılların gayretini içinde barındıran düşünsel yaratıcılığın bir meyvesidir.⁴² Gerçekten de iktidarın sınırlandırılması ve meşru kılınmasına erkler ayrılığı fikri ile başlanmaktadır.

Montesquieu Yasaların Ruhu kitabında, erkler ayrılığına ilişkin iki farklı dürtüye yer vermektedir. Bu dürtüler, bir yandan her seferinde ideal esas içeriğinde iktidarın sınırlandırılmasına bağlanmakta, diğer yandan ve fakat aynı zamanda iktidarın istikrarı ve meşruluğunu

Bkz. Randall G. Holcombe, "Consent or Coercion? A Critical Analysis of the Constitutional Contract", içinde Constitutional Mythologies, Ed. Randall G. Holcombe, Springer, New York 2011, 9-24, s. 9 vd. Eğer böylesi bir rol alınmasa anayasalar da gerçek kimliğinden sıyrılır ve zorlayıcı hale gelir.

³⁹ Meşruluk sorunu için ayrıca bkz. Gianfranco Poggi, Modern Devletin Gelişimi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2016, s. 122 vd.

⁴⁰ Bu kavram ve anayasacılık bakımından ayrıca bkz. Mehmet Turhan, Anayasal Devlet, Naturel Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2003, s. 27 vd.

⁴¹ Bu gerçek anlamda bir anayasa için geçerlidir. Şu halde bu, nominal anayasaların yalnızca örgütsel anayasalar, yani belirli bir yönetim biçiminde siyasi iktidarın uygulanmasını düzenleyen ancak kısıtlanmayan kurallar topluluğu olduğu anlamına gelir. Aslında, nominal anayasalar gerçekten "gerçek anayasalar" gibi davranmazlar. Açıkça sınırsız, kontrolsüz bir güç sistemini tanımlarlar. Bu konuda bkz. Giovanni Sartori, "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", The American Political Science Review, C. 56, S. 4, 1962, 853-864, s. 861.

⁴² Matthias Cornils, "Güçler Ayrılığı", Çev. Ahmet M. Güneş, içinde Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, 669-711, s. 670.

hedeflemektedir.⁴³ Burada devlet biçimini aşan ve onu güncel kılan, onu dengede tutma dürtüsüdür. Erklar ayrılığı, insan doğasından kaynaklanan sürekli zorunluluğunu yığılan, bölünmemiş, külli iktidarın kendi yasalarına göre tiranlığa dönüşeceği konusunda kendisine atfedilen tehlikeyle ilişkilendirmektedir. Dolayısıyla güç sahiplerinin çokluğuna ve Montesquieu tarafından gayet uyumlu düşünülen bu öznelerin ortak, birlikte ve yan yana icra edilen güçler olarak dengeli bölüşümüne gereksinim vardır.⁴⁴

Bu süreç tamamlandıktan sonra hukuk devletinden bahsedilebilmektedir. Anayasal devlet ilkesi iki farklı anlamda hukuk devleti ilkesinin genişletilmesi olarak algılanabilir.⁴⁵ En yüksek norm olması sayesinde yasaların bağlayıcı niteliğini arttırır; yasanın önceliğini anayasanın önceliği sayesinde radikalleştirir. Bu sayede yasa koyucuya hukukun bağlayıcı ilkesini genişletme imkanı sunar. Anayasa, anayasal devlet ilkesinin maddi boyutunu yasama gücünü de geçerli hukuka bağlı kılarak daha anlaşılır kılar ve aynı zamanda anayasal düzenin korunmasını sağlar.⁴⁶ Ancak bu husus başlı başına bir amaç gütmmez. Yasanın bağlayıcılığı, hukuksal koruma, hukuk güvencesi gibi prensip ve kurumlar nihai anlamda bireysel otonomiye duyulan saygının ifadesidir.⁴⁷ Bireysel otonomi, bireyin güvenli bir ortamda hayatını planlayabilmesini gerektirir. Böyle bir güveni sağlamakla görevli hukuksal düzenin kendisinin güven içerisinde olması gerekir. Kendi

⁴³ Cornils, a.g.e., s. 675.

⁴⁴ Cornils, a.g.e., s. 676.

⁴⁵ Andreas von Arnould, "Hukuk Devleti", Çev. Arslan Topakkaya, içinde Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, 712-756, s. 729.

⁴⁶ Hukukun devletinin formel ve maddi boyutu haklara dayanmaktadır. Devletin bu yapısal boyutu en önemli hukuk kurumlarından birini teşkil eden vatandaşın özgürlükleri ve insan hakları ile bağlantılıdır. Bu kurum aracılığıyla bir yandan devletin diğer yandan vatandaşın toplumdaki hukuki konumu ve yeri ifade edilmekte ve belirlenmektedir.

⁴⁷ Bunu daha da detaylandırırsak; devlet iktidarının her hareketinin önceden hakla (hukuk normları) düzenlenmesi gerektiği ortaya çıkar. Buradan devletin yaptığı tüm yasal hareketlerin, devlet-vatandaş ilişkisinin yanı sıra hak eksenli bir yaklaşımla düzenlenmesi gerektiğini görebiliriz. Dolayısıyla hukuk devletinde, insan hak ve özgürlüklerinin koşulları ile bunların korunmasına yönelik mekanizmalar güçlü bir hukuksal zeminde somutlaştırılmalıdır.

güvenliği için kurulmuş kurumlar, her şeyden önce bizzat kendileri hukuksuzluğa sebep olmamak bağlamında hukuka bağlı olmalıdırlar.

Bireysel otonominin sağlanmasında insan onuru temelli bir yaklaşım gereklidir. Burada da hak kavramı karşımıza çıkmaktadır. Hak, kişilere hukuk düzenince tanınmış yetki olarak tanımlanabilir. Böylesi bir tanımdan, doğal olarak şu netice ortaya çıkar: Hakkı olan kişi, o hakka dayanarak öteki kişilerin, kendi hakkına saygı göstermesini bekleyebilir ve bu beklentisinin hukukça desteklenmesi gerekir.⁴⁸ Böyle olmakla birlikte hakların hukuk düzeni tarafından tanınmış olması, hakların gerçekleştirilmesi için tek başına kafi olmaz. Dolayısıyla hakların güvenceye bağlanması, yani garanti edilmiş olması da gereklidir. Bu doğrultuda, tanınmış olan hakların eylemli olarak (fiilen) kullanılabilmesine imkan tanıyan ve olabildiğince kusursuz işleyen bir toplum düzeninin de devlet tarafından kurulmuş ve işlemekte olması gerekmektedir. Bu toplum düzeninde hak ihlallerinin ortaya çıkmaması için yeterli ve etkili önlemler alınmalı; haklara saygı gösterilmesi kural, haklara saygısızlık istisna olmalıdır. Haklara saygısızlığın da devletçe uygulanan hukuksal yaptırımlarla karşılaşması sağlanmalıdır.⁴⁹

Haklar kuramı çerçevesinde hakların genel vasfı, normatif amacı ve içerik olarak kapsamına ilişkin sistematik görüş yukarıda vurgulandığı gibidir. Buradaki vurgulamanın konusunu, hak tanımının ağırlık noktasını oluşturan birincil ögesi olan “genel vasıf” unsuru, buradaki ifadesi ile özgürlük hakların çözümlenebilir münferit hadiselerden bağımsız genel yapısını oluşturmaktadır. Bu yapısal yaklaşım, anayasal hak kuramı açısından mühimdir; ancak hakların yapısına ilişkin ifadeler, haklara ilişkin tüm içeriksel ifadelerden önceliğe sahiptir.⁵⁰

⁴⁸ Rona Aybay ve Demirhan Burak Çelik, İnsan Hakları Hukuku, Der Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2022, s. 3.

⁴⁹ Aybay ve Çelik, a.g.e., s. 3.

⁵⁰ Wolfgang Kahl, “Temel Haklar”, Çev. Hüseyin Özcan, içinde Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, 825-854, s. 826.

Bu yapısallık sayesinde hakların içeriğine bakılmaksızın, ilkesel olarak hak kuramını teşkil eden kuralların gereği hukuki ve fiili olarak sağlanır.⁵¹ Burada zorunluluk arz eden, hakkın her seferinde en iyi şekilde gerçekleştirilmesidir. Buna gerçekleştirme emri diyebiliriz. Bu gerçekleştirme emri sayesinde, anayasanın birliği prensibi dahilinde hak mutlak bir geçerlilik kazanır. Böylece hakkın emirleri mutlak uygulama alanı bulmaktadır. Dogmatik bir şekilde formüle edilirse, her hakkın koruma alanı bir anayasal veya yasal gerekçe ile ancak belirli koşullarda tahrif edilebilir.

Hakkın bu şekilde gerekçelendirilmesi, bir hak doktrinini oluşturur. Hak doktrini ise yargısal uygulamaları ikna edici şekilde yönlendirme yetisine sahiptir. Nitekim hak doktrininin gelişimi günümüzde özellikle anayasa mahkemesi uygulamalarında pek çok bireysel vakıalara yönelik kararları etkilemiştir. Bu yüzden her anayasanın bir hak doktrinini benimsemesi elzem gözükmektedir.

Dolayısıyla anayasa, hakları doğrudan bağlayıcı bir hukuk biçimi olarak ele almaktadır.⁵² İnsan onuru ilkesi ise buradaki haklar manzumesinin doruğuna yerleşmektedir. Öyle ki insan onuru, anayasayı değiştirme gücünü haiz anayasa koyucuya da bağlamaktadır. Bu nedenle hakkın, anayasacılığın maddi ve ilkesel değerlerine dayandığından şüphe bulunmamaktadır. Hak, anayasanın genetik programının bir işleyişidir.

⁵¹ Jürgen Habermas'a göre, demokratik anayasal devlet, halk tarafından arzulanan ve özgür düşünce oluşumu ve iradesiyle meşrulaştırılan, hukuk sisteminin alıcılarının kendilerini onun yazarları olarak görmelerini sağlayan bir düzen olarak çerçevesizdir. Devletin anayasal görevlerini yerine getirmedeki performansı, fiili eşitsizliğin üstesinden gelmek için yasaya dayanarak, eşit hakların gerçekleştirilmesini mümkün kılar. Böylece, bu eylemin genişliği, toplumun kendi kendini yönetme kapasitesini yoğunlaştırarak, demokratik kendi kendini yasama olasılığını genişletir. Bkz. Eneida Desiree Salgado, "Essays on the Constitutional Promises of Democracy and Republic", *Revista de Investigações Constitucionais*, C. 4, S. 3, 2017, 85-100, s. 89.

⁵² Anayasal hak, diğer tüm hukuk ve politikalarla ilişkili olarak temeldir ve meşruiyetin temeli, hukukun üstünlüğüne göre hareket eden tüm devletin anayasal otoritesidir. Bkz. Anna Yeatman, "The Idea of the Constitutional State and Global Society", *Law Text Culture*, C. 8, 2004, 1-25, s. 10.

Devlet kavramına insan hakları için olduktan sonra bunun nasıl yönetilmesi gerektiği sorusuna gelebiliriz. Bu noktada karşımıza demokrasi kavramı çıkmaktadır.⁵³ Siyasi iktidarın sahibini belirleme (zorunlu olarak diğer hukuki normlardan üstün) halkın anayasası ile gerçekleşmektedir. Bu durum halka aktarıldığında da aynı netice geçerlidir. Bu yönüyle demokrasi, Horn'un belirttiği üzere özerk bir anayasal kararın ürünüdür. Halk egemenliği ile bağ kurar ve bunu asli kurucu iktidarın sahipliği üzerinden bir devlet ve yönetim şekline dönüştürür.⁵⁴ Kanaatimizce halkın egemenliğine dayanan bir asli kurucu iktidar pratiği ile devlet yönetiminin oluşumu meşru sayılabilir. Bu bakımdan anayasa devletin oluşum ve işleyişi faaliyetinden bağlantısız ve şartsız bir karar olarak algılanmamalıdır. Halk egemenliğinin ihtilalci yönünün meşrulaştırılması anlamında kullanılması devletin siyasi birliğe tevdi edilmesini sağlar. Anayasa sayesinde kurulmuş bulunan hukuki statüko, demokratik bir kaide olarak halkın fiilen yönetmesini gerektirir. Böyle olmakla, anayasal devlet, devlet iktidarının demokratik olmasını şart koşar.

Devlet iktidarının düzenleyici şeklini yukarıdaki erkler ayrılığı ve hukuk devleti ilkeleriyle irdeledik. Ne var ki, siyasi iktidarın da düzenleyici bir şekle sokulması gerekir ki, bu da demokrasi sayesinde gerçekleşmektedir. Siyasi iktidarın oluşumu ve işleyişi halkın iradesinin denetimine tabi kılmakla demokrasi, halk yönetiminin can alıcı⁵⁵ noktasına işaret eder. Bu da, toplam kütlede gerek devlet iktidarının gerek siyasi iktidarın bireysel hürriyet karşısında işlevselleşmesini⁵⁶

⁵³ Tanımlar için bkz. David Beetham, *Demokrasi ve İnsan Hakları*, Çev. Bilal Canatan, Liberte Yayınları, Ankara 2014, s. 19 vd.

⁵⁴ Hans-Detlef Horn, "Demokrasi", Çev. Hüseyin Yıldız, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, 757-792, s. 774 vd.

⁵⁵ Böyle olmakla, siyasi iktidarı elinde bulunduran insanlara dayatılan ahlaki görevlerin olup olmadığını, onların eylemlerini sınırlayan ve onları belirli bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlayan bir ahlaki yasanın olup olmadığını kendimize sorabiliriz ve sormalıyız. Leon Duguit, "The Law and the State", *Harvard Law Review*, C. 31, S. 1, 1917, 1-185, s. 3. İşte bunu sormakla bu can alıcı noktayı derinlemesine çeşebiliriz.

⁵⁶ Anayasa, tarafsız olmayan ve biçimine itaat etmeyi gerektirmeyen, ancak "doğrudan toplumun derin dokusunu yorumlayan bir değerler çerçevesinin ifadesi ne-

sağlar. Sonuç olarak; anayasa kavramının, deyim yerindeyse, belirli bir amaç için ve daha doğrusu ayırt edici ve emsalsiz bir "özgürlük tekniği"ni belirtmek için yeniden kavramsallaştırıldığını⁵⁷ belirtmemiz gerekir.

Sonuç

Devletin ne olup olmadığını kavramsal olarak betimlemek oldukça zordur. Çünkü devlet farklı ideolojik yaklaşımlar veya anlayışlar çerçevesinde tanımlanabildiğini kabul etmekteyiz. Gerçekten de devlet; bir tür zorunlu birlik, tanımlayıcı bir fikir, bir tür organizasyon tekniği, suni ya da doğal bir kurum ve saire şeklinde ele alınabilmektedir.

Biz ise devleti üstünlerin değil, eşitlerin oluşturduğu hukuki bir kurumlar bütünü şeklinde ele almayı yeğlemekteyiz. Bu yaklaşımımız şüphesiz devleti bilimsel anlamda bir bütün olarak tarif edemez. Esasen böylesi bir tanım kimseden de beklenmemelidir. Ancak biz burada devleti anayasacılık anlayışı bağlamında geliştirilen bir boyut üzerinden değerlendirmek durumundayız.

Dolayısıyla biz devleti, yukarıda, deneysel olarak ispat edilebilen bir kavram olarak ele almadık. Böyle olmakla devleti; normlar ve kurumlar dizisi olarak inceledik. Çünkü biz devleti ancak bu şekilde hukuki bir form olarak ele alabiliriz ve onu hukuk sayesinde cisimleştirebiliriz.

Anayasa hukuku bakımından devlet bir kamu gücü olarak belirir. Anayasacılık bu şekilde somutlaşan iktidar ağını dağıtmak, sınırlandırmakla mükellef bir anlayıştır. Bu anlayışta devlet, hak ve özgürlüklere sahip olan bireylerin bu hak ve özgürlüklerini korumakla ve da-

deniyle" hareket eden siyasi, sosyal ve yasal bir projeyi içerir. Ancak mesele, anayasa metninde iyi bir yaşam ideali oluşturmak ya da bunu vatandaşlara dayatmak değildir. Cumhuriyetçi bir bakış açısıyla, diğerlerini engellemediği sürece, bireylerin projelerini ve hayatlarını gerçekleştirmelerine izin veren nesnel değerlerin seçimi vardır. Bkz. Salgado, a.g.e., s. 90.

⁵⁷ Sartori, a.g.e., s. 862.

hası onlar gerçekleştirmekle görevli olan bir kurumlar bütünü (burada normativizm ve iradeci görüş şeklinde ele alınan bir birliktelik söz konusudur ve bu birliktelik hak temelli bir yönetim için işlevsel bir araç mahiyetinde ele alınmaktadır) olarak karşımıza çıkar. Bu da, devletin sınırlarını belirtir ki, esasen bu sınırlar anayasanın fonksiyonel alanı için önemli bir faktördür.

Sonuç olarak biz, devleti anayasal devlet vasfıyla ele aldık. Bu doğrultuda devlet özsel anlamda siyasi bir niteliğe işaret etse de, anayasal devlet bu örgütlü siyasi birliği hukuk kısılcasına alır. Zaten anayasanın gücü, politik olanı devletten bağımsız ve bazen de ona rağmen belirleme noktasında ortaya çıkmaktadır.

Kaynakça

- Alexander Larry, "Introduction", içinde Constitutionalism: Philosophical Foundations, Ed. Larry Alexander, Cambridge University Press, Cambridge 1998, 1-15.
- Aristotle, The Politics and Constitution of Athens , Ed S. Everson, Cambridge University Press, Cambridge 1996.
- Arnauld Andreas von, "Hukuk Devleti", Çev. Arslan Topakkaya, içinde Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, 712-756.
- Aybay Rona ve Demirhan Burak Çelik, İnsan Hakları Hukuku, Der Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2022.
- Badura Peter, R. Herzog, Art. Verwaltungsmonopol, EvStL, 2. Aufl., 1975.
- Barber N. W., The Constitutional State, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Beetham David, Demokrasi ve İnsan Hakları, Çev. Bilal Canatan, Liberte Yayınları, Ankara 2014.
- Cornils Matthias, "Güçler Ayrılığı", Çev. Ahmet M. Güneş, içinde Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, 669-711.

- Costa Marta Nunes da, "Revisiting Hobbes: On Freedom, Political Authority and Civil Disobedience", *Aufklarung*, C: 5, S. 2, 2018, 59-74.
- Dobner Petra ve Martin Loughlin, "Introduction", içinde *The Twilight of Constitutionalism*, Ed. Petra Dobner ve Martin Loughlin, Oxford University Press, New York 2010, xi-2.
- Dobner Petra, "More Law, Less Democracy?", içinde *The Twilight of Constitutionalism?*, Ed. Petra Dobner ve Martin Loughlin, Oxford University Press, Oxford 2010, 141-161.
- Duguit Leon, "The Law and the State", *Harvard Law Review*, C. 31, S. 1, 1917, 1-185.
- Foucault M., "The Subject and the Power," içinde *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*, Ed. H. Dreyfus and P. Rabinow, Harvester, Brighton 1982, 208-226.
- Glaeser Alexander Schnitt, *Vorverstaendnis als Methode*, 2004.
- Haberle Peter, *FS Haug*, 1986.
- Hobbes Thomas, *Leviathan*, Oxford World's Classics, Oxford 1998.
- Hoffe Alexander H., "Defining the State", *Enemies and Friends of the State*, Ed. Christopher A. Rollston, Eisenbrauns, University Park, Pennsylvania 2018, 3-24.
- Holcombe Randall G., "Consent or Coercion? A Critical Analysis of the Constitutional Contract", içinde *Constitutional Mythologies*, Ed. Randall G. Holcombe, Springer, New York 2011, 9-24.
- Horn Hans-Detlef, "Demokrasi", Çev. Hüseyin Yıldız, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, 757-792.
- Isensee Josef, "Anayasanın Devleti (Anayasal Devlet)", Çev. Arslan Topakkaya, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, 209-285.

- Jestaedt Matthias, *Die Verfassung hinter der Verfassung: eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*, Schöningh, München 2009.
- Kahl Wolfgang, “Temel Haklar”, Çev. Hüseyin Özcan, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, 825-854.
- Klein Eckart, “Devletin Şiddet Tekeli”, Çev. Ali Emrah Bozbayındır, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, 645-667.
- La Torre Massimo, *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Springer, Dordrecht 2007.
- Löwenstein K., *Vefassungslehre*, Tübingen 1959.
- Mann, M., *The Sources of Social Power, Volume I: A History of Power from the Beginning to AD 1760*, Cambridge University Press, Cambridge 1986.
- Marciano Alain, “Introduction: Constitutional Myths”, içinde *Constitutional Mythologies*, Ed. Randall G. Holcombe, Springer, New York 2011, 1-8.
- Morlok Martin, *Was heißt un zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, Schriften zum Öffentlichen Recht (SÖR), 1988.
- Möstl Markus, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen 2002.
- Möstl Markus, “Anayasanın Düzenleme Alanları”, Çev. Zafer Zeytin, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Chritoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2014, 583-612.
- Neocleous Mark, *Devleti Tahayyül Etmek*, Çev. Akın Sarı, Nota Bene Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2015.
- Perry Michael J., “What is the Constitution?”, içinde *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Ed. Larry Alexander, Cambridge University Press, Cambridge 1998, 99-151.
- Poggi Gianfranco, *Modern Devletin Gelişimi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2016.

- Prandini Riccardo, "The Morphogenesis of Constitutionalism", içinde *The Twilight of Constitutionalism?*, Ed. Petra Dobner ve Martin Loughlin, Oxford University Press, Oxford 2010, 309-326.
- Salgado Eneida Desiree, "Essays on the Constitutional Promises of Democracy and Republic", *Revista de Investigações Constitucionais*, C. 4, S. 3, 2017, 85-100.
- Sartori Giovanni, "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", *The American Political Science Review*, C. 56, S. 4, 1962, 853-864.
- Smith Adam T., *The Political Landscape: Constellations of Authority in Early Complex Polities*, University of California Press, Berkeley 2003.
- Smith Adam T., "Archaeologies of Sovereignty", *Annu. Rev. Anthropol.* C. 40, 2011, s. 415-432.
- Stein G., "Undertsnading Ancient State Societies in the World", içinde *Archaeology at the Millennium*, Ed. T. D. Price ve G. M. Feinman, Kluwer, New York 2001, 353-379.
- Stern Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Auflage, 1984.
- Tocqueville A. de, *Democracy in America: Historical-Critical Edition of De la démocratie en Amérique*, Ed. Eduardo Nolla, Çev. J. T. Schleifer. Liberty Fund, Indianapolis 2010.
- Turhan Mehmet, *Anayasal Devlet*, Naturel Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2003.
- Winterhoff Christian, *Verfassung-Verfassungsgebung-Verfassungsänderung*, Mohr Siebeck, 2007.
- Yeatman Anna, "The Idea of the Constitutional State and Global Society", *Law Text Culture*, C. 8, 2004, 1-25.