ANAYASAL YÖNETİMDE YASA YAPIM SÜRECİ VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

Prof. Dr. M. Tevfik GÜLSOY*

ÖZET

Hukuk Devleti ve modern demokrasi arasında gerek yasa yapımı ve gerekse anayasa yapımı süreci bakımından olumlu ve yakın bir ilişki vardır. Bununla birlikte, demokrasi pozitif iktidarın, hukuk devleti ise negatif iktidarın bir yansımasıdır. Bu durum aynı zamanda birtakım çelişmeleri de beraberinde getirmektedir. Bunun çözümü ise günümüzde bir anayasal yönetimin inşası ile mümkün olabilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Hukuk Devleti, Anayasacılık, Yasa Yapım Süreci, Demokrasi.

ABSTRACT

There is positive and close relationship both law making and contitution making process between rule of law and modern democracy. However rule of law is a reflection of the negative power while democracy of the positve power. This situation also brings in some contradictions. Today the solution of this is possible with the contruction of a constitutional government.

Key words: Rule of Law, Constitutionalism, Law Making Process, Democracy.

* Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Polis devleti, genelde hukukla bağlı olmayan devleti ifade ederken, "hikmet-i hükümet" ve "devletin yüksek menfaatleri" gibi deyimler de bu bağlamda yer alırlar[1]. Aslında polis devletinden ya da hukuk devletinin zıddından geniş anlamda anlaşılması gereken, "keyfi yönetim"dir. Açıktır ki, herhangi bir keyfi yönetimin varacağı nokta otoriter ya da totaliter bir siyasal sistemdir ve böyle bir yönetim biçiminde hukukun üstünlüğünden, hukuk devletinden söz edilemez. Keyfi yönetimler, hukukla bağlı değildirler. Nitekim polis devletinin karşıtı olan hukuk devletinin amacı da, "keyfi gücün yarattığı tehlikeyi asgariye indirmek; istikrarsız, açık-olmayan ve geçmişe dönük yasaların neden olduğu kişisel özgürlük ve onur ihlallerini önlemektir"[2].

Bununla birlikte, hukuk devletini gerçekleştirebilmek, yalnızca keyfi yönetimleri bertaraf etmekten geçmemektedir. Hukuk devletinin keyfi yönetimin karşıtı olması gibi, kanun devleti de olmadığı sonucu bize bazı ipuçları vermekle birlikte yeterli değildir. Bizim, hukuk devletinin yapıcı unsurlarını belirlemeye ihtiyacımız vardır. Bunlar başlıca; 1) devletin hukuka uygunluğunu sağlayan ilke ve kurallar, 2) bu uygunluğu sağlayacak yargı denetimi, 3) bu mekanizmanın etkin işleyişi için gerekli olan yargı bağımsızlığı ve 4) adil yargılanma ilkesinin gerektirdiği güvencelerdir[3]. Hukuk devletinin ne olduğunu belirlemede bunlar yeterli görülebilir. Fakat kanaatimizce hukukun üstünlüğü ilkesinin tam anlamıyla egemen olduğu ideal yönetim biçimine ulaşabilmiş değiliz. Belki de hiçbir zaman bu ideale ulaşamayacağız. Önemli olan kat etmemiz gereken yolumuza devam ederken, ulaştığımız değerleri geriye dönmeden koruyabilmektir.

Bu noktada, ifade edeceğimiz şeyler de söz konusu değerler ile asıl yasa yapımı sürecinin ilke ve kurallarının belirlenmesinde vardığımız mesafenin altını çizmeye çalışmak olacaktır. Bir diğer ifadeyle, devletin ve onun temel iktidarlarının (yasama, yürütme ve yargı) hukuka uygunluğunu sağlayacak ilke ve kuralların salt felsefi tartışmasını değil, siyaset felsefesi yönünü ele almak istiyoruz. Hukuk devletini gerçekleştirebilme bakımından uygulanması gerekli teknikleri bu noktada dışarıda bırakacağız.

---

1 **Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul 2012, s. 105.

2 **C. L. Ten**, "Constitutionalism and Rule of Law", Goodin, R. E. & P. Pettit (eds.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy* (Oxford: Blackwell) içinde, ss. 394-403. (Aktaran: **Mustafa Erdoğan**, **Anayasal Demokrasi**, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005, s. 113).

3 **Tanör-Yüzbaşıoğlu**, s. 105. Bu konuda daha ayrıntılı bir liste için bkz., **Hayrettin Ökçesiz**, "Hukuk Devleti", **Hukuk Devleti**, Haz. H.Ökçesiz, HFSA-4, İstanbul 1998, s. 27.

Yine, hareket noktası olarak benimsediğimiz iki temel dayanağı belirtmek yararlı olacaktır. Öncelikle, hukuk devletinin karşıtı olan polis devletinin sonuçta bir keyfi yönetim olması gerçeği karşısında, hukuk devletinin keyfi yönetimi ortadan kaldırmak suretiyle hukukun belirleyici olduğu, dolayısıyla da devletin hukukla sınırlandırıldığı bir siyasal sistemin *öngörülebilirliğinin* inşa edilebileceğidir[4]. Nitekim hukuk devleti bir siyasi ideal ve siyasi bir kurum olarak modern anayasacılığın kurucu temellerinden biridir. Bundan ötürü, sınırlı devletin anlamı üzerinde son derece iyi düşünmemiz gerekir. İkinci olarak polis devletinden hukuk devletine geçiş sürecini, önce liberalleşme, sonra anayasacılık hareketleri ve nihayet demokratikleşme süreci ile birlikte düşünmek gerekir. Bu, her şeyden önce tarihsel gelişimin bir görünümü olduğu kadar, söz konusu olguların içeriklerinin ortaya çıkardığı sonuçlardır. Çağlar'ın da ifade ettiği gibi, "hukuk devleti soyzinciri, liberal anayasacılığın soyzinciri, fertleşme mücadelesi tarihidir. Hukuk korumalı liberal demokrasi de bugün varılan merhalenin adıdır"[5].

I. ANAYASACILIK VE ANAYASAL YÖNETİM

Batıdaki anayasa ya da anayasacılık hareketleri tarihi gelişim içinde demokratikleşme sürecinden önce gelirken[6], gerek anayasacılık hareketlerinin, gerekse demokratikleşme sürecinin belirleyicisi Batı'daki Aydınlanma Çağı düşüncesi oluşturmuştur. Keyfi yönetimin karşısında, iktidarın sınırlandığı devlet sınırlı devlettir ve her şeyden önce ve basit bir biçimde, "anayasal devlet yoluyla kişinin siyasal özgürlüğünün ve kişi hak ve özgürlüklerinin hukuki savunmasının uygulaması ve kuramı" şeklinde tanımlanmaktadır[7]. Anayasacılığın temel hedefi de, bu anlamda öncelikle siyasi yönetimin üzerine hukuki sınırlar yerleştirmek olduğundan, amaç sınırlı devlet ilkesinin gerçekleştirilmesidir. Anayasacılık siyasi yönetimin sınırlı olmasını ve kurallarla bağlanmasını hedefler[8].

Anayasacılık hareketi kendini ifade etme özgürlüğü üzerine baskıcı sınırlamalar getiren monarşik mutlakiyetçiliğe karşı yönelmiştir. Buna karşın, günümüz anayasa koyucuların amacının özgürlük olduğundan kuşku duyulabilir. Örneği çağdaş anayasaların ilan edici nitelikte olan başlangıçları, geniş amaçlardan ve

---

4 Ayrıntılı bilgi için bkz., **Mehmet Tevfik Gülsoy**, Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 19-23.

5 **Bakır Çağlar**, Anayasa Bilimi, BFS Y. İstanbul 1989, s. 167.

6 **Erdoğan Teziç**, Anayasa Hukuku, 13. baskı, Beta, İstanbul 2009, s. 143.

7 **Giovanni Sartori**, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev. T. Karamustafaoğlu-M. Turhan, TDV. Yayını, Ankara 1993, s. 412.

8 **Atilla Yayla**, Siyaset Teorisine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara 1998, s. 102-103.

sürekli tekrarlanan sosyal adaletten söz etmektedir[9]. Bu gelişim, asgari devlet anlayışının aksi istikametidir. Oysaki anayasa (constitution) terimi, devlet gücünün denetlenmesi için kullanılabilecek teknikleri ifade etme arayışının sonucunda doğmuştur. Fransızlar, anayasadan esas itibariyle kralın iktidarını sınırlayan hukuki bir belgeyi anlamaktaydı. Bundan sonra ise, anayasa kavramı aynı zamanda siyasi özgürlüğü de kasteder anlamda kullanılmaya başlandı[10].

Anayasacılığın hedefi anayasal bir yönetimi hâkim kılmak olduğuna göre, Erdoğan'ın ifade ettiği gibi, bu anlamıyla *"anayasa yapmak, siyasi iktidarı hukuk çerçevesine almak, yönetenleri hukukla bağlamak demektir. Anayasal devlet, devletin hukukla bağlı bir devlet olarak, hukuk devleti olarak kurulması gereğini ifade eder. Dolayısıyla* ***anayasal devlet*** *ile* ***hukuk devleti****nin amacı temelde aynıdır. Hukuk devleti ilkesi, siyasi iktidarın önceden belli edilmiş, açık ve genel yasalara/usullere göre kullanılmasını öngörür. Bu anlamda hukuk devleti, esas itibariyle* ***hukuki*** *bir kavram değil, siyasi bir idealdir. Öte yandan, hukuk devleti ilkesi anayasacılığın bir gereği olduğu kadar, anayasacılığın arkasında yatan temel düşüncelerden de biridir"*[11].

Bu noktada vurgulamak istediğimiz bir husus da, Hayek'in altını çizdiği ve "bir anayasanın, esas itibariyle, daha önceden mevcut bir hukuk sistemi üzerinde, hukukun yürütülmesini organize etmek için tesis edilmiş bir üst yapı olduğu" yaklaşımıdır ve bu anlamıyla daha önceden mevcut kuralları desteklemek için istenir[12]. Burada karşımıza çıkan anayasa-hukuk ilişkisidir. Gerçekten de, anayasaları değiştirdiğimizde veya anayasayı ortadan kaldırdığımızda, temel kodlar değişmez. Aslında Hayek'in ifade ettiği gibi anayasalar temel kodların oluşturduğu hukuki sistemi organize ederler ve belki de bunların güvencelerini arttırırlar[13]. Dolayısıyla, anayasa-hukuk ilişkisini, anayasacılığın iki temel değer

---

9 **Carl J.Friedrich**, Sınırlı Devlet, Çev.M.Turhan, Gündoğan Y., Ankara 1999, s. 17.

10 **Erdoğan**, s. 9. Bu durum literatürde anayasal devleti tanımlamak için kullanılmaktadır. Teziç'in ifade ettiği gibi; "Anayasanın devlet iktidarını sınırlayan, kişi haklarını güvenceye alan bir belge olması, aynı zamanda bir siyasi tercihi de yansıtır. Çünkü. Anayasanın devletin statüsü olması hukuki bir niteliğidir. Buna karşılık, devlet iktidarını sınırlaması, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 16. maddesindeki **insan haklarının sağlanmadığı ve kuvvetler ayrılığının belirlenmediği bir toplumda anayasa yoktur** ilkesi, anayasanın siyasi niteliğini ortaya koymaktadır. İşte anayasanın bu siyasi niteliğidir ki, **anayasal devlet** ile **anayasalı devlet**i birbirinden ayırır. Çünkü tanımı gereği, her devletin bir anayasası vardır ama, rejimi anayasal olmayabilir". Teziç, s. 4.

11 **Erdoğan**, s. 9.

12 **Friedrich Hayek**, Hukuk, Yasama ve Özgürlük (Kurallar ve Düzen), Çev.A.Yayla, T.İş Bankası Kültür Y., 1996, s. 201.

13 Aynı yönde bkz., **Yayla**, s. 104-105.

değeri ile birlikte okumak gerekir. Selçuk'un ifade ettiği üzere, "**az devlet, çok hukuk**. Devlet küçülüp azalmalı, hukuk büyüyüp çoğalmalıdır. İşte o zaman devletin otoritesi daha da artacaktır... hukukun üstünlüğünün ve hukuk devletinin kazandığı anlam yükü çağımızda bu formül ile özetlenebilir"[14].

Literatürde genellikle *asgari devlet* olarak ifade edilen bu anlayışın doğurduğu sonuç anayasal devlettir ve iktidara temel bir güvensizliğin ifadesi olan hükümetten özgür olmayı koruyup sürdürmek için doğmuştur[15]. Çağlar'ın da ifade ettiği gibi, hukuk devletin köklerinde sivil toplum-devlet düalizmi yatar ve hukuk devleti, klasik hakların sosyal tabanını koruma projesidir[16]. Buna karşın, bir devlet asgari devlet olmaktan çıkabilir ama, aslolan anayasal bir devlet olarak kalmasıdır[17].

II. HUKUK DEVLETİ, HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE HUKUKUN GENEL İLKELERİ

Hukuk devleti terimi Alman kökenlidir (Rechtsstaat) ve ilk olarak bir geçiş döneminde (18. yüzyılın ikinci yarısı ile 19. yüzyılın başlarında) ilk Alman liberalizminin temsilcilerinde görülmektedir[18]. Hukuk devleti orijininde, hukuku yapan ve devlet iktidarını kullananların, yaptıkları hukukla kendilerinin de bağlı olması anlayışını taşımıştır. Anglosakson geleneğinde ise daha çok hukukun üstünlüğü (rule of law) terimi kullanılmaktadır ve hukukun egemen ve belirleyici olduğu bir düzeni ifade etmektedir. Hukukun genel ilkelerine bağlılık da bu bağlamda değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, özellikle günümüzde gelinen noktada her iki kavramı birbirinden ayırmak kolay değildir ve genellikle "bunlar arasında anlam ve işlev bakımından önemli bir fark"[19] olmadığı söylenmektedir.

Modern bir terim olan ve devlet gücünün hukukla sınırlanmasında, bu gücün ölçülü kılınmasında ve bireysel özgürlüğün korunmasında özünü bulduğumuz hukuk devleti ilkesinin temelinde, gerilere doğru uzanan ögelerin varlığı söz konusu edilebilir[20]. Şüphesiz ki, her toplumun yaşamı düzenleyen bir kurallar manzumesi olmuştur ve bunlar devlet, toplum ve birey ilişkilerinin nasıl olacağını ortaya koyarlar. Örneğin, eski Türk toplumlarında töre (türe) ve İslamın kabulüyle

---

14 **Sami Selçuk**, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, 2.Baskı, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999, s. 320.

15 **Sartori**, s. 412.

16 **Çağlar**, s. 166.

17 **Sartori**, s. 412.

18 **Ökçesiz**, s. 17.

19 **Tanör-Yüzbaşıoğlu**, s. 105; Ayrıca bkz., **Gülsoy**, s. 62-7.

20 **Ökçesiz**, s. 17.

birlikte benimsenen İslam Hukukunun kuralları, devlet iktidarını ellerinde bulunduranların da uyması zorunlu kurallar içermişlerdir. Batı'da da hukuk devletinin köklerini Eski Yunan düşüncesine kadar götürebilmek mümkündür ve on yedinci yüzyılda doğal hukuk doktrini ile birlikte ileri sürülen doğal haklar anlayışı, Batı toplumlarının yaşadıkları bir sürecin yansımalarıdır. Nitekim insanın doğuştan gelen özgürlüklerinin temel alındığı düşünce akımı, on sekizinci yüzyılda devletin sınırı ve amacını çizmek suretiyle, dünyanın ilk yazılı anayasalarına damgasını vurmuştur. İşte hukuk devleti ilkesi de, bu sınırlamayı ve amacı gerçekleştirebilecek bir yöntem olarak anayasal yönetimin o günden bugüne önkoşulunu oluşturmuştur. Bu noktada yazılı bir anayasa yapmak, hukuk devletini gerçekleştirmenin bir tekniği olarak belirir.

Nasıl ki her devletin bir anayasası olması onun anayasal devlet olduğunu göstermiyorsa, her devletin hukuk sisteminin var olması da onun hukuk devleti olduğunu göstermeyecektir. Diğer bir ifadeyle, hukuk devleti hukuku olan devlet değil, hukukun egemen olduğu devlettir. Üstelik burada söz konusu olan herhangi bir hukuk değildir. Tüm devletlerin pozitif olarak yürürlüğe koyduğu ve devletin yaptırım gücü ile desteklenmiş bir normlar sistemi bulunur ve bu anlamda her devletin bir hukuku vardır. Ne var ki, böyle bir hukuk, devleti sınırlamak yerine mevcut iktidar yapısına yasallık kazandıran, hak ve adalet gibi evrensel değer ve ideallerle ilgisi olmayan bir yasalar düzeni niteliği taşıyabilir. Oysaki hukukun üstünlüğüne dayalı bir sistemde, hukuk vatandaşlar için hukuki güvenliği sağlar ve evrensel değerlerle uyumludur. Bu nedenle, hukuk devleti kanun devleti ile asla eş anlamlı değildir[21]. Üstelik "insanlık, yasallık adına hukukun çiğnendiği, yasa devletinin, yasal haksızlıklar devleti olabileceği deneyimini 20 milyon insanın ölümü ile öğrenmiştir"[22]. Gerçekten de, Nazizim yasal yöntemlerle iktidarı ele geçirmek suretiyle totaliter bir rejimi Weimar demokrasisinde kurabilmiştir. Bu meşruluğun ve hukuk devletinin kanunililikle eş anlamlı tutulmasının bir sonucudur. Bununla birlikte, kanunilik ilkesinin varlığının hukuk devletinin gerçekleşmesinin ön koşullarından biri olduğu gerçeğini yok sayamayız. Ülkenin yasalarına uyma zorunluluğu ile birlikte, beğenmediğimiz yasaların değişmesinin mücadelesini pozitif hukukun içinde kalarak vermenin gerçek erdem olduğunun en çarpıcı ve klasik örneğini bize Sokrat vermiştir. Ayrıca, parlamento çoğunluğuna dayanılarak bir ülkenin rejimini dahi değiştirebilme anlayışının kabulünü de bu anlamda çok ciddi bir biçimde tartışmak gerekmektedir.

---

[21] **Erdoğan**, s. 113-4.

[22] **Selçuk**, s. 320.

Burada son olarak değinmek istediğimiz husus, hukukun genel ilkeleri ile ilgili. Hukuk devleti ile genel hukuk tanımına verilecek anlam arasında sıkı bir ilişki söz konusu. Eğer hukuku, "adalete yönelmiş bir toplumsal yaşama biçimi" olarak tanımlarsak, tanımda, içerisinde pratik yarar, adalet ve düzen fonksiyonlarını görürüz ve bunlar da zaman zaman birbiriyle çelişirler. Sorun, modern anlamında hukuk devleti anlayışı ve uygulamasının anayasal devletle olan ayrılmaz ilişkisinden ötürü, hukuk devletinin ideolojik bir yaklaşım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ile ilgilidir. Diğer bir ifadeyle, hukuk devleti evrensel midir?

Hukuk devletinin evrenselliği ile ilgili sorunun cevabı, bir bakıma **hukukun genel (evrensel) ilkeleri** ile ilişkilidir. Hukukun üstünlüğü, hukukla bağlı devlet ilkesinin gerçekleştirilebilmesi, hukukun evrensel ilkelerine saygıdan geçmektedir. Bu saygı, gerek kural koymada gerekse kuralları uygulamada gözetilmesi gereken bir zorunluluktur. Üstelik hukuk devletine ilişkin gerekler, aslında hukukun genel ilkelerindendir. Buna karşın, hukukun genel ilkeleri hukuk devletinin gereklerine göre daha kapsamlıdır ve bu doğası gereği böyledir. Çünkü, "evrensel düzeyde kabul gören hukuk ilkeleri kategorisi belli bir anda somut içeriği tespit edilebilecek nitelikte olmayıp, hukuk anlayışındaki gelişmelere göre zaman içinde değişkenlik gösterir... Nitekim, yerel ve uluslararası yargı organları da evrensel ilkeler kategorisinin içeriğini zamanla genişletmektedirler"[23]. Dolayısıyla, hukukun genel ilkeleri, her şeyden önce dinamik bir karakterdedir ve bu yargılama ile canlılığını korumaktadır. Buna karşılık, hukuk devletine ilişkin kurallar, anayasal ve yasal düzen içinde belirlenir ve bunların değişimi ve yenilenmesi prosedürü normatif alanda daha durağan bir özellik gösterir. Ancak bu durum, hukuk devleti ilkesinin evrensel olmadığı anlamına gelmez. Hukukun evrensel ilkelerine saygıyı esas alan hukukla bağlı devlet ilkesi ile anayasa-üstü normların varlığını benimseyen anayasal yönetimin birlikteliği, doğal olarak kendiliğinden evrenseldir. Nitekim, gerek liberal anayasalar ve uluslararası belgeler, gerekse ulusal ve uluslar-üstü yargılama, hukukun genel ilkelerini anayasa-üstü değerde saymak hususunda genel bir eğilim taşımaktadır[24].

Ülkemizde de, Anayasa Mahkemesi "hukukun genel ilkelerinin önemini öylesine vurgulamıştır ki; bu ilkelere anayasanın üstünde yer vermenin ötesinde, uluslararası hukuk kuralları dâhil, her düzeydeki hukuk kuralının gerçekleştirmeyi amaçladığı ve onların varlık nedeni olan **temel norm** niteliğinde değer-

---

[23] **Erdoğan**, s. 133.

[24] Aynı yönde bkz., **Erdoğan**, s. 134.

lendirmiştir[25]. Örneğin Anayasa Mahkemesi'ne göre "hukuk devletinin, anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir". "Anayasa düzeni diye adlandırabileceğimiz... yapının öyle kuruluşları, hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların hukukun üstün kurallarına... aykırı düşen kimi hükümlere bağlanması, sözü geçen düzenin bütünlüğünü bozabilir"[26].

Hukukun genel ilkeleri, adı üzerinde ilkeleri ifade eder. Dolayısıyla, belli temel değerlerin korunmasına ilişkin genel ve soyut gereklilikler veya talepler olup, bunların uygulanabilmeleri, çoğunlukla hukuk normları şeklinde somutlaştırılmalarına bağlıdır[27]. Bu da yasa yapımı süreci ve yargılama ile ilgili bir husustur.

III. ANAYASA VE YASA YAPIMI SÜRECİ

Anayasa yapımı süreci, gerek siyasi özgürlükler, gerekse hukukun genel ilkeleriyle doğru orantılıdır. Öncelikle, siyasi özgürlük psikolojik, entelektüel, ahlaki, sosyal, ekonomik veya hukuki özgürlük olmayıp, bu özgürlükleri varsayar. Bunun yanısıra, bu özgürlükleri geliştirir. Fakat bunlarla aynı şey değildir. Siyasi özgürlük, savunucu veya koruyucu nitelikte bir özgürlüktür ve bunu istememizin esas sebebi keyfi ve sınırsız iktidara karşı korunmaktır. Diğer yandan, bütün serbestlikler gibi, özgürlük de bir faaliyeti öngördüğünden, müdahalelerden özgürlükle birlikte, bir şeye katılma (örneğin devlet faaliyetleri) özgürlüğünü de içerir[28].

Siyasi özgürlükten asıl muradımız korunmadır ve en son çözümlemede Solon'un zamanından günümüze çözüm, efendilere değil yasalara boyun eğme olarak belirlenmiştir. Cicero'ya göre **özgür olabilmek için yasaların kölesi olmalıyız**. Locke **yasa yoksa özgürlük de yoktur** derken, Paine de **özgür bir ülkenin hükümeti... kişilerde değil, yasalardadır** demiştir. İktidarı engelleyecek kuralların bulunması, siyasi özgürlük sorununun her zaman karşılaştığı bir husustur ve hukuki özgürlükle arasındaki yakın ilişkiyi göstermektedir. Siyasi özgürlükler bakımından yasaların koruyuculuğu farklı biçimlerde anlaşılmış olmakla birlikte, hukuki çözüm noktasında formül **anayasacılıktır**. İktidarın sınırlanması kavramı da şu anki hukuk anlayışımızın esasıdır[29].

---

25 **Necmi Yüzbaşıoğlu**, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF.Yayını, İstanbul 1993, s. 21.

26 **Yüzbaşıoğlu**, s.21-22.

27 **Erdoğan**, s. 134.

28 **Sartori**, s. 323 vd.

29 **Sartori**, s. 332-33.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus da, kurucu iktidar sorunudur. Anayasa yapımı sürecinde asli ve tali kurucu olarak iki iktidar tipi söz konusu olmuştur ve bunların hukuki nitelikleri önemlidir. Mevcut bir anayasada değişiklikler yapan tali kurucu iktidar, bunu yapabilme gücüne hukuken sahiptir ve bu yetkisi yürürlükteki anayasadan türemektedir. Üstelik yürürlükteki anayasa, değiştirilme yönteminin çerçevesini kendisi belirlemektedir. Tali kurucu iktidar, asli kurucu iktidar öngördüğü sınırlar içerisinde değişiklikleri yapabildiğinden, bu anlamda sorunlu bir konu teşkil etmeyebilir. Buna karşılık, ilk anayasayı yapan veya yepyeni bir anayasa yapan iktidar olan asli kurucu iktidarın hukuki niteliği oldukça tartışmalıdır. Bu konuda Erdoğan'ın şu değerlendirmesi önemlidir: *"Bazı hukukçular asli kuruculuk işlecinin hukuki bir nitelik taşıdığını, başka bazıları da onun sırf fiili bir güç niteliğinde olduğunu ve asli kurucu iktidarın hukukun dışında bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Gerçekte, asli kurucu iktidarın ne tümüyle hukuki olduğu ne de tümüyle hukukun dışında olduğu doğrudur. Bu iktidar tümüyle hukuki değildir, çünkü işlevin doğası icabı en azından anayasa koyucuyu bağlayan bir anayasa yoktur. Öte yandan asli kuruculuk tümüyle hukuk-dışı bir işlev de sayılamaz, çünkü evrensel anlamda hukukun varlığı anayasadan bağımsızdır; bu nedenle özellikle demokratik bir kurucu iktidar, hukukun genel ilkelerinden ve evrensel insan hakları hukukundan kendini bağışık tutamaz"*[30].

Anayasa yapımı sürecine hâkim olması gereken siyasi özgürlükler ve hukukun genel ilkelerinin, yasa yapımı sürecine de egemen olması gerekir. Yargıcın hukukun oluşumundaki rolü de son derece önemli olmakla birlikte, bu konuyu burada ele almayarak dışarıda bırakacağız. Üzerinde durmak istediğimiz husus, yine demokratik sistemin dışındaki rejimleri bir kenara bırakarak, demokrasiler ve anayasal yönetimler bakımından yasa yapımı sürecidir. Özgürlük sorunun çözümünde yasa koyucunun yöntemi bağlamında hukuk, yasama organınca çıkarılan yazılı kurallardan oluşur. Bir başka ifadeyle hukuk, yasama organının koyduğu kurallardır ve yasalardan, sistematik yasa yapımından oluşur. Bu noktada hukuk, yalnızca bir iradenin ürünü olarak görülebilir ve hukukun yasama organının iradesi olduğu biçimindeki çözüm de öyle bir noktaya götürebilir ki, insanlar yasalar olmasına karşın, yine de başkaları tarafından diktatörce yönetilebilirler. Dolayısıyla, yasama koruma görevini yapamayabilir[31].

Rousseau'nun genel irade kavramının sonucu olarak **genel iradenin ifadesi anlamında yasa** anlayışı demokrasilerin gelişmesiyle paralel olarak değişmiştir.

---

[30] **Erdoğan**, s. 51-52.

[31] **Sartori**, s. 333-34.

Bunun da belirleyicisi siyasi partilerdir ve anlayış **politikanın ifadesi ve aracı kanun** anlayışına geçiş olmuştur. Hukuk da değişen sosyal-siyasal mücadelenin konusu olarak payını böylece almıştır[32]. Bununla birlikte, yasaların ne genel iradenin ürünü olarak kutsallığını kabul etmek, ne de onu politikanın ifadesi ve aracı olarak benimsemek, hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşır. Yasaların anayasaya uygunluk denetimi ayrı bir sorun olmakla birlikte, anayasa yargıcının da hukuku yaratmaya yönelmesi başka bir tehlikeyi beraberinde getirecektir. Bu durumda sorunun çözümü daha karmaşık bir hal almaktadır. Temel soru şudur: Yasa yapımı sürecine ve aynı zamanda bunların anayasaya ve hukukun genel ilkelerine uygunluğunun denetimi tekniklerine hâkim olması gereken ilke ve kurallar nasıl belirlenecektir?

Her şeyden önce, hukuk devletinde egemen olması gereken hukuk, vatandaşlar için hukuk güvenliği sağlayan ve evrensel değerlerle uyumlu olan bir hukuk olduğuna göre, pozitif olarak yasama organınca demokratik usullerle yürürlüğe konulmuş olsalar dahi, yasaların hukukun genel ilkelerine uygun olması gerekir. Bu noktada, demokrasi ile hukuk arasında bir ikilemin varlığı söz konusu olabilmektedir. Erdoğan'ın şu saptaması dikkate değerdir: *"Hukuk devleti ile demokrasi iki farklı siyasi idealdir. Bundan dolayı, bu ikisi arasında zaman zaman gerilim ve çatışmalar olabilir. Ama öte yandan hukuk devletinin demokrasiye benzer bir yönü de vardır. Çünkü, hukuk devleti ilkesi kurallara uymak bakımından devletle vatandaş arasında bir eşitlik tesis eder; hukuka uymak yalnızca vatandaşlar için değil, devlet için de -hatta özellikle onun için- zorunludur. Bunun pratik anlamı, bir hukuk devletinde vatandaşların tek taraflı olarak devlete boyun eğmekle yükümlü bir "tebaa" konumunda görülemeyeceğidir. Demokrasinin de zaten bir anlamı budur"*[33].

Bununla birlikte, demokrasi ile hukuk devletinin zaman zaman çatışması noktasını görmek gerekir. Temsili demokrasilerde genel ve eşit oylu seçimlerle ortaya çıkan parlamento halkın iradesini yansıtır. Bu iradenin mutlak olarak kabulü, bizleri mutlak demokrasiye götürecektir ve bunun acı örneklerin tarih bizlere vermiştir. Mutlak demokrasiyi önlemek için yasaların yapımı sürecinin de sınırlanması zorunluluğu doğmuştur. Bu sınır da, yine demokrasinin sınırlı bir demokrasi olarak belirlenmesi formülüdür.

Sartori'nin ifade ettiği gibi, yasaların niteliği üzerinde genel düşüncelerimizi, yasaların bize verilmesi ve bunların da toplumun adalet duygusunu ifade

---

[32] Bkz., **Bakır Çağlar**, "Kıt'a Avrupasında Yeni Kurumsallaşma Denemeleri: Hukuk ve Demokrasi", Anayasa Yargısı 9, 1993, s. 252.

[33] **Erdoğan**, s. 114.

eden ve onu somutlaştıran kural olarak görülmesi belirlemiştir. Ne var ki, yasalar artık bizlere verilmemekte, yapılmaları gerekmektedir. Yasa yapımı, modern toplumların kaçınılmaz bir fonksiyonudur. Yasayı kim, nasıl yapar ve kim yorumlar şeklindeki sorular bizim için son derece önemlidir. Yasalar yoluyla yönetilmemiz için yasa koyucuların kendilerinin de yasalara uyması ve bağlı olması zorunludur. Anayasal devlette bu sorunun çözümü, yasama yöntemi ve sürecinin, yasanın biçiminin denetimi yanında, onun içeriğinin de denetimi anlamına gelecek şekilde düzenlenmesiyle aşılmaktadır. Anayasal düzenlemeler de çoğunlukla, yasa yapımı sürecinde ius'un (hukuk) iustum'a (adalet) bağlı kalmasını sağlayacak koşulları yaratma amacını taşımaktadır. Bundan ötürü de, yasa yapımı belirli aralıklarla seçmenlere hesap vermesi gereken seçilmiş organlara bırakılmıştır. Bununla birlikte seçilmiş olanlara tam yetki veremeyiz. Yasa yapımı için seçilmiş olanlar, temsili rollerine bağımlı ve onunla frenlenmiş iktidar sahipleri olmalıdırlar[34].

Şüphesiz ki, anayasal yönetimin gereği de budur. Ülkemizde de Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarında bunu vurgulamıştır: "Hukuk devletinde kanun koyucu organ da dahil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hakimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lazımdır. Zira, kanunun da üstünde, kanun koyucunun bozamayacağı temel hukuk prensipleri ve anayasa vardır ve kanun koyucu bunlardan uzaklaştığı takdirde meşru olmayan bir tasarrufta bulunmuş olur... Hukukun ana prensiplerine dayanmayan, devletin amacı ve varlığı sebebiyle bağdaşmayan ve sadece belli bir anda hasıl olan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunları hukuk devleti niteliğinde saymak mümkün değildir"[35].

Yine, tarihi sürecin hukuk anlayışına getirdiği etki bakımından günümüzde hukukun üç boyutun bileşkesinden oluştuğu söylenebilir. İlk olarak hiyerarşinin doruğunda yer alan boyut adalet kriteridir. Adalet her zaman sezinlenir ve duyumsanır. Hukuk yazılı normlara dönüşürken adalet gözetilmelidir aksi takdirde yasal zorbalıkla karşılaşırız. Yasal düzenlemelerde değerlerin gözetilmesi halkın bitmeyen isteğidir. İkinci olarak toplumlar sürekli değişim içinde olduğundan buna paralel olarak hukukun koruduğu değerler de değişirler; doğarlar, yaşarlar ve tükenirler. Dolayısıyla halkına ve katılımcı demokrasiye saygılı yasa koyucu bu dinamiği yazılı hukuka dönüştürür. Bu bakımdan hukuk yaratılmaz, kendini yaratır. Son olarak adalet ve toplum boyutuna göre oluşan hukuk günümüz

---

[34] **Sartori**, s. 350.

[35] **Yüzbaşıoğlu**, s. 22.

modern devletinde yazıya dönüşür ve yayınlanır. Bunu yapamayanlar ilkel toplumlardır. Başta devlet olmak üzere herkes yasalara uymalı ve yargıçlarda buna göre karar vermelidir. Buna karşın, yazılı hukuk toplumsal değerleri yansıtmıyor ve adaletle bağdaşmıyorsa başta yargıçlar olmak üzere yapabileceğimiz pek bir şey yoktur[36].

IV. DEMOKRASİNİN İKİCİLİĞİ VE YASA YAPIMI SÜRECİNDE HUKUK DEVLETİ-DEMOKRASİ BİRLİKTELİĞİ[37]

"Hukuk Devletinin İmkansızlığı" adlı makalesinde Endicott, sözlerine hukuk devletinin ulaşılamaz olduğu ve toplumların asla tamamıyla ona erişemeyeceğini söyleyerek başlar. O'na göre, toplumların bu konudaki başarısızlığının altında yatan neden, hukuka olan resmi sadakatsizlik ve yasa koyucuların hukuk devleti idealini izleme noktasındaki hatalarıdır. Bu iki neden, aslında hukuk devletinin zorunlu olarak imkansız olmadığını bize göstermektedir[38].

Bu tespit, hukuk devletini gerçekleştirmenin önündeki engel olarak, yasama ve yürütme iktidarlarının hukukla olan ilişkilerini sağlıklı kurmamalarına dayanmaktadır. Gerek yasama gerekse yürütme bir demokrasinin siyasal mekanlarıdır ve hukukun oluşumu ve yürütülmesinde her ikisine de zorunlu bir bağımlılığımız vardır. Ancak, iktidarın keyfi kullanımını engellemek de ayrı bir zorunluluk teşkil etmektedir. Russell, Antik Yunan'da *"iktidarın kötüye kullanılmasını önlemek amacını güden demokrasi, ikide birde kendini herhangi bir demagogun geçici başarısına kurban ettiğinden, sürekli olarak yenik düşmekteydi"*[39] saptamasında bulunur. Modern demokraside neyin değiştiği haklı olarak sorulabilir. Modern demokrasiler de, iktidarın kötüye kullanılmasını önlemek amacını gütmekte midir? Eğer demokrasi böyle bir amacı taşıyorsa yine demagogların geçici başarılarına teslim olduğundan dolayı mı demokrasiyi kontrol altına alma yolları aranmaktadır? İlk sorunun cevabı olumlu ise, hukuk devleti ile demokrasi arasında amaç birlikteliğinden söz etmek gerekir. İkinci sorunun da cevabının olumlu olması durumunda, demokrasinin bu hususta ciddi bir eksikliğinin kabulü gerecektir ki, bu bizi hukuk devleti ile demokrasi arasındaki gerilime götürür.

---

36 **Selçuk**, s. 320-25.

37 Bu başlık **Gülsoy**, s. 73-8'den alınmıştır.

38 **Timothy A. O. Endicott**, *"The Impossibility of the Rule of Law"*, Oxford Journal of Legal Studies, Spring 1999, s. 1.

39 **Bertrand Russell**, *İktidar*, Çev. Mete Ergin, Cem Yayınevi, İstanbul 1990, s. 280-1.

İktidarın kötüye kullanılması, keyfi yönetimle aynı anlama gelmektedir. Endicott, başlıca dört durumda keyfi iktidarın söz konusu olduğunu belirtmektedir: Buna göre, eğer hükümet, (1) bir mutlak diktatörlükteki gibi yöneticilerin serbest iradelerini uyguluyorsa; (2) birbirine benzer durumlarda halka mütemadiyen eşit davranmıyorsa; (3) vatandaşların haklarının ve görevlerinin neler olduğunu ve konumlarını söylemiyorsa, yani öngörülebilir değilse; (4) faaliyetleri hukukun mantığından ayrılıyorsa, keyfidir[40].

Endicott'un her iki saptamasından yola çıkacak olursak, demokrasi bakımından özellikle bir hususun açıklığa kavuşturulması gerekecektir. Bu, insanlığın bugüne kadar uygulamış olduğu hemen her siyasal sistemde olduğu gibi[41], yönetenyönetilen farklılaşması modern demokrasinin de bir gerçeğidir. Dolayısıyla, demokrasinin işlevselliği ve başarısında yöneticilerin belirleyici bir rolü bulunmaktadır. Bu bakımdan, demokratik yöneticileri demokratik olmayan yöneticilerden neyin ayırdığı önem kazanmaktadır. Modern demokrasiler bakımından bunun cevabı, Schmitter ve Karl tarafından, her ikisini birbirinden ayıran şeyin *"kendilerinden öncekilerin iktidara nasıl geldiklerini belirleyen normlar ve bunları hareketlerinden dolayı sorumlu kılan uygulamalardır"*[42] şeklinde verilmiştir. Kendilerinden öncekilerin iktidara gelişini belirleyen normlar, aynı zamanda mevcut iktidar sahiplerinin de iktidara gelişini belirleyen normlardır. Bundan ötürü, demokraside iktidara nasıl gelineceği, bu normlar dolayısıyla öngörülebilir olmaktadır. Bir diğer ifadeyle, hukuk iktidarın nasıl oluşacağını öngörülebilir kılmaktadır. Bu, iktidarı elde edenin, yani mevcut iktidarın da bu kuralı değiştirmesi yasağını içermelidir. Sartori'ye göre, demokratik yarışmanın birincisi sınırsız (mutlak) iktidar elde ederse, bu takdirde kendini sürekli birinci kabul ettirebilecektir. Böyle bir durumda da, demokrasinin geleceği artık demokratik olamaz ve demokrasi daha başlangıçta demokrasi olmaktan çıkar. Oysa ki bir demokrasinin geleceğinin demokratik olması, çoğunlukların azınlıklara ve azınlıkların da çoğunluklara dönüşebilmesine bağlıdır. Böyle bir durumda ise, iktidara ilke olarak tam hak kazanmış olanların bu iktidarı nasıl sınırlanacaktır? Bunun cevabı, sırf demokrasinin "halk iktidarı" kavramıyla çözülemez. Çoğunluğun yönetimi ilkesine göre kararlar vermeye hak kazanmış bir halkın, iktidarını sınırlar içerisinde kullanması, halk iradesinin tamamen dışında olan ögelerde aranmalıdır[43].

---

40 **Endicott**, s. 3.

41 Çeşitli bakımlardan tartışma konusu olabilirse de, Antik Yunan'daki doğrudan demokrasi istisna edilebilir.

42 **Philippe C. Schmitter-Terry Lynn Karl**, *"Demokrasi Nedir…Ne Değildir"*, Demokrasinin Küresel Yükselişi, Der. Larry Diamond-Marc F. Plattner, Çev. Levent Gönenç, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 68.

43 **Sartori**, s. 26.

Bir iktidarı hareketlerinden dolayı sorumlu kılan uygulamaların cevabı ise kamuoyu ve kamusal alan kavramlarına taşınmaktadır. Bu, Sartori'nin bıraktığı yerden devam etmek anlamına da gelir. Schmitter ve Karl'ın ifadesiyle *"modern siyasi demokrasi, yönetenlerin, yaptıklarından dolayı, seçilmiş temsilcilerinin rekabeti ve işbirliği yoluyla, dolaylı olarak hareket eden vatandaşlar tarafından, kamusal alanda sorumlu tutuldukları bir yönetim biçimidir"*[44].

Kamuoyu, anayasacılık taraftarlarının ana sorunlarından birisi olan devlet iktidarı üzerinde bir tür kontrol kurmak için buldukları, örneğin kuvvetler ayrılığının kurumsallaştırılması gibi hukuki teknik çözümlerin nihai kaynağı olarak başvurulan bir kavram olmuştur[45]. Habermas'a göre de, kurumsallaştırılmış bir kurgu olarak kamuoyuna başvurmak, kamu hukuku ve siyaset biliminin anayasa gerçekliğiyle ilişkilerine yönelik tahlillerinde bir zorunluluktur[46]. Anayasacılık taraftarları, kamuoyunu muhalefet yaratmak için ve muhalefeti de devlet iktidarını kontrol etmek için bir zorunluluk olarak düşündüler ve demokratik bir öge olan kamuoyu, devlet iktidarını meşrulaştırmak için değil, denetlemek için takdim edildi. Böylece, demokrasiye ödünler verilmek suretiyle mobilize edilen kamuoyu, aslında bir negatif, kontrol edici iktidarın temeli olarak düşünüldü. Bütün bunlarla amaçlanan ise, kamuoyunun anayasalcı hukuk devletine hizmet etmesiydi[47].

Kamusal alan, ifadesini demokraside sivil toplum-devlet ilişkilerinde bulmaktadır. Demokrasilerde, kamusal alanın içeriği, sivil toplum-devlet düalizmi temelinde büyük ölçüde farklılıklar gösterebilir[48]. Farklılıklar, aynı zamanda çatışma alanlarıdır ve kamusal tartışmalara kaynaklık ederler. Kamusal tartışmanın gerek demokratik niteliğinin sağlanması gerekse özellikle anlaşmazlıkların barışçı çözümünü sağlayacak yapıların oluşturulması, kamusal alanın özerkliğine bağlıdır. Bunun önde gelen şartı da, devlet alanından bağımsızlıktır[49]. Bu çerçevede, *"kamusal alan, toplumu bağlayan ve devletin yaptırım gücüyle desteklenen kolektif normların ve tercihlerin yapılmasını içerir"*[50]. Bunun bir anlamı

---

44 **Schmitter-Karl**, s. 68.

45 **Francis Sejersted**, *"Democracy And The Rule Of Law: Some Historical Experiences Of Contradictions In The Striving For Good Government"*, Constitutionalism and Democracy, Edited by Jon Elster and Rune Slagstad, Cambridge University Press, 1993, s. 134.

46 **Jürgen Habermas**, *Kamusallığın Yapısal Dönüşümü*, Çev. Tanıl Bora-Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 1997, s. 386-7.

47 **Sejersted**, s. 134-5.

48 Bkz., **Schmitter-Karl**, s. 68-9.

49 **Reyhan Sunay**, *"Cumhuriyetçi-Liberal-Müzakereci Kamusal Alan Modelleri ve Türkiye'de Kamusal Alanın Gelişimi"*, SÜHFD, C.10, Sy.3-4 (2002), s. 71.

50 **Schmitter-Karl**, s. 68.

da, bir demokraside yasa yapımı sürecinin nasıl işleyeceği ve bu sürece hakim olması gereken ilkelerin neler olduğudur.

Efendilere değil de yasalara boyun eğmenin, siyasal özgürlüğün gerçekleştirilmesi bakımından tarihin eski zamanlarından günümüze taşınan bir çözümleme olduğu daha önce ifade edilmişti. Sartori'nin de ifade ettiği gibi, özgürlük sorunun çözümü, yasa koyucunun ya da hukukun yönetimi olmak üzere, birbirinden temel olarak çok farklı iki yöntemle gerçekleştirilebilir. Yasa koyucunun yönetimi bağlamında, hukuk yasama organınca çıkarılan yazılı kurallardan oluşur. Bir başka ifadeyle, hukuk yasama organının koyduğu kurallardır ve yasalardan, sistematik yasa yapımından oluşur. Bu noktada, hukuk yalnızca bir iradenin ürünü olarak görülebilir. Ne var ki, hukukun yasama organının iradesi olduğu biçimindeki çözüm öyle noktalara götürülebilir ki, insanlar yasalar olmasına rağmen yine de başkaları tarafından diktatörce yönetilebilirler. Bu durumda, yasalar özgürlükleri koruma görevini yapamayabilirler[51].

Bu, Rousseau'nun genel irade kavramının sonucu olarak genel iradenin ifadesi anlamında yasa anlayışının tehlikelerini gösterir. Nitekim demokrasilerin gelişmesine paralel olarak bu anlayış değişmiştir. Bugün, politikanın ifadesi ve aracı "yasa" anlayışı egemendir[52]. Bu sürecin ise anayasal garantiler ve hukuk devleti ile teminat altına alınması durumu söz konusu olmuştur. Diğer bir deyişle, çoğunluğun iradesi karşısında korunan azınlık hakları ve buna ilişkin bir güvenceler sisteminin kurumsallaştırılması günümüz demokrasilerini nitelemekte kullandığımız terminolojilerdir. Çünkü yakın tarihin acı örneklerinin gösterdiği gibi, temsili demokrasilerde genel ve eşit oya dayanan seçimlerle ortaya çıkan parlamentolar halkın iradesini yansıtmakla birlikte, bu iradenin "genel irade" anlayışındaki gibi mutlak olarak kabulü, bizi çoğunlukçu demokrasiye götürmektedir. Bunun önlenmesi, pratikte yasaların yapımı sürecinin de sınırlanması zorunluluğunu getirmiştir. Bu, demokrasinin de sınırlanması anlamına gelir. Bu anayasal demokrasidir ve bu açıdan bakıldığında, böyle bir demokraside halk temel siyasal kararları almaktadır ama, onun alabileceği kararlar üzerinde de sınırlamalar bulunmaktadır[53].

Yine, tarihsel sürecin hukuk anlayışına getirdiği bakımından günümüzde hukukun başlıca üç boyutun bileşkesinden oluştuğu ifade edilmektedir. Birincisi, hiyerarşinin doruğunda yer alan adalet ölçütüdür. Hukuk yazılı normlara dönüşürken bu ölçütün gözetilmemesi yasal zorbalığı doğurur. İkinci olarak,

---

51 **Sartori**, s. 333-4.

52 Bkz., **Bakır Çağlar**, (1993), s. 252.

53 **Erdoğan**, s. 233.

toplumlar sürekli değişim içinde olduğundan, hukukun koruduğu değerler de değişebildiği gibi, yeni hukuk kurallarının da üretilmesi gerekmektedir. Yasa koyucunun bu dinamiği yansıtması gerekmektedir. Üçüncü olarak da, modern toplumları ilkel toplumlardan ayıran bir ölçüt olarak, hukukun yazılı olması ve aleniyetinin sağlanması gerekir[54].

Modern demokrasiler yasa yapımı olmadan yaşayamazlar. Bunun anlamı, yasaların bize verilmediği, yapılmaları gerektiğidir. Burada karşımıza çıkan sorunlar ise, yasaları kimin yaptığı, nasıl yaptığı ve nihayet yasaları kimin yorumlayacağıdır. Yasalar yoluyla yönetilmek için, yasa koyucuların kendilerinin de yasalara uyması ve bağlı olması hukuk devletinin bir zorunluluğudur. Anayasal devlette bu sorunun çözümü, yasama yöntemi ve sürecinin, yasanın biçiminin denetimi yanında, onun içeriğinin de denetimi anlamına gelecek şekilde düzenlenmesiyle aşılmaktadır. Anayasal düzenlemeler de çoğunlukla, yasa yapımı sürecinde ius (hukuk)'un iustum (adalet)'a bağlı kalmasını sağlayacak koşulları yaratma amacını taşımaktadır. Bunu gerçekleştirmek için, demokrasi ve demokratik süreçlere başvurulmaktadır; yasa yapımı belirli aralıklarla seçmenlere hesap vermesi gereken seçilmiş organlara bırakılmıştır. Yine aynı nedenle, bu yetki "tam yetki" (carte blanche) olarak verilmemektedir. Yasa yapımı için seçilmiş olanlar, temsili rollerine bağımlı ve onunla frenlenmiş iktidar sahipleri olarak görülmektedir[55]. Russell'in söylediği gibi, *"tarihi ya da insan doğasını inceleyen herhangi bir kişi demokrasinin, tam bir çözüm olmamakla birlikte, çözümün esaslı bir bölümü olduğunu herhalde açıkça görür"*[56]. Bu noktada karşımıza çıkan, hukuk devleti ile demokrasinin ortaklığıdır. Erdoğan bunu şu şekilde ortaya koymaktadır:

"…(H)ukuk devleti ile demokrasi arasında şöyle bir benzerlik…kurulabilir: Her iki öğreti de devletin birincil bir varlık olduğu anlayışını, devlet öncelikli bir siyaseti reddeder. Hukuk devleti öğretisi hukuku, demokrasi ise toplumu devletin önüne koyar. Devleti kendisinden önce gelen bir ilkeye bağlamak veya bağımlı kılmak suretiyle bu iki öğreti de devleti sınırlamakla beraber, hukukla toplum devleti sınırlamak bakımından her zaman aynı gereklere işaret etmezler; toplum kaynaklı talepler zaman zaman hukuku zorlayabilir. Mamafih, her ne kadar toplumlara göre değişmeyen evrensel gerekleri bulunsa da, hukukun toplumdan tümüyle kopuk olması gerektiği de söylenemez. Hukuk aynı zamanda toplumsal gerçekliğin bir türevidir, öyle olmak zorundadır. Bir ülkedeki pozitif hukuk sistemi huku-

---

[54] **Selçuk**, s. 320 vd.

[55] **Sartori**, s. 350.

[56] **Russell**, s. 281.

kun evrensel ilkelerine ve mantığına uygun olmak zorundaysa da, toplumsal talep ve ihtiyaçlardan hareketle oluşur ve oluşturulur. Yani, hukuk bir yönüyle bir toplumdaki yerleşik adil davranış kuralları ve kurumsallaşmış sorun çözme yöntemleridir; bir yönüyle de toplumun demokratik temsilcilerinin toplumun ihtiyaç ve taleplerinden hareketle evrensel gereklere uygun olarak ürettikleri kurallardır"[57].

Son tahlilde, demokrasi ile hukuk devleti arasında hem zorunlu bir birliktelik hem de bir gerilimin varlığı dikkati çekmektedir. Gerilim, her ikisinin de meşruluğunu hem birbirine dayandırmakta hem de birbirlerinin meşru sınırlarını belirlemeye zorlamaktadır ve anayasa yargısı günümüzde bu tartışmanın odağı haline gelmiştir.

SONUÇ

Yasa yapımı her siyasi sistemin kendine özgü nitelikleriyle şekillenmektedir. Bununla birlikte hukuk devletinin her siyasi sistem için geçerli olduğunu söyleyemeyiz. Şüphesiz ki ülkelerin sosyo-ekonomik koşulları yasa yapımı sürecini etkileyen temel etkenlerden birisi olmakla birlikte, modern hukuk devleti düşüncesi ve bunu gerçekleştirmeye matuf teknikler bakımından konuya yaklaştığımızda, anayasal yönetimlerin ayırt edici özellikleri de belirginleşmektedir. Bu noktada başlıca üç temel sonuca ulaşılabilir.

Bir defa hukuk devleti öngörülebilir bir düzenin kurulmasını gerçekleştirebilmenin temel yöntemidir. Hukuk devleti bir taraftan nesnel adaleti inşa ederken, diğer taraftan da yasa üstü adaletten beslenir[58]. Bu yönüyle kanun devletinden ayrılır. Hukuk devletinde nesnel adalet inşa edilirken, yani bir norm yürürlüğe konulurken ya da bir norma yürürlük gücü verilirken, meşruiyetini temel hak ve özgürlüklere dayanmasından alır. Hukuk devleti yasa üstü adaletten beslenirken de, yürürlükteki normların sürekli olarak temel hak ve özgürlüklere uygunluğunun denetlenmesini ifade eder. İnsan haklarının dinamik karakteri ve evrensel düzeyde gerçekleşmiş temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak değerlendirmenin sürekliliği, yasa yapımı sürecini de dinamik kılar, kılmalıdır da. Bununla birlikte, anayasal düzenlemelerin bu denli dinamik olması beklenmemelidir. Bu nedenle de, anayasaların yasa yapımı sürecinin dinamizmini engelleyici değil, yönetici ve yönlendirici olması gerekir. Bunun yolu da anayasaların bir yandan temel hak ve özgürlükleri güvence altına alması, diğer yandan da demokratik siyasi rekabette hakem rolü oynaması gerekir.

---

[57] **Mustafa Erdoğan**, Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 21-2.

[58] Ayrıntılı bilgi için bkz., **Vecdi Aral**, Toplum ve Adaletli Yaşam, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983, s. 161-3

İkinci olarak, bir anayasal yönetimde yazılı olsun olmasın anayasanın varlığı, hukuk devleti cephesinden ele alınmalıdır. On sekizinci yüzyılın sonlarında ortaya çıkan ve bir geleneğe dönüşen yazılı anayasa yapımı, anayasacılık hareketleri bakımından hukuk devletini inşa etmenin bir tekniği olarak belirmiştir. Demokrasi ve demokratikleşme anayasacılıktan sonra söz konusu olmuştur. Demokratik temsili organların temsil ettiği iktidar, mevcut durumda sürekli bir değişimin gerçekleştirilmesini, yani pozitif iktidarı ifade eder. Buna karşılık hukuk devletini gerçekleştirmeye yönelik ilke, teknik ve kurumlar, bu pozitif iktidar faaliyetlerinin hukuka, daha doğru bir ifadeyle temel hak ve özgürlüklere uygunluğunun denetlenmesini ve yeri geldiğinde de frenlenmesini, yani negatif iktidarı ifade eder. Bir sosyal-siyasi düzende hem pozitif iktidara hem de negatif iktidara bir arada sahip olmamız gerektiğinin bilincinde olmak bir zorunluluktur. Bunlardan birisinin yokluğunun götüreceği yer, bir otoriter ya da totaliter sistem, yani despotluk rejimidir. Bununla birlikte, pozitif ve negatif iktidar görevini üstlenen organların kendi işlevsel sınırlarında kalmaları da hukuk devletinin iyi işlemesi bakımından bir zorunluluk teşkil eder.

Nihayet, gerek anayasa ve gerekse yasa yapımı sürecinin ideal ve pozitif bir tasarımının pek de mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Tarihi deneyimler en azından bize bunun böyle olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, yönetilenlerin yöneten olabilmesinin önündeki engellerin en az seviyeye indirilebilmesine elverişli bir sistem olarak demokrasi ve demokratik usul ve ilkeler, hem anayasa hem de yasa yapımı sürecinde toplumun bütün kesimlerinin sürece katılımını mümkün kılabildiğinden, meşruluk temellerini oluşturmada diğer siyasi sistemlere kıyasla modern çağa damgasını vurmuştur.

KAYNAKÇA

Atilla Yayla, Siyaset Teorisine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara 1998.

Bakır Çağlar, Anayasa Bilimi, BFS Y. İstanbul 1989.

Bakır Çağlar, "Kıt'a Avrupasında Yeni Kurumsallaşma Denemeleri: Hukuk ve Demokrasi", Anayasa Yargısı 9, 1993, s. 233-82.

Bertrand Russell, İktidar, Çev. Mete Ergin, Cem Yayınevi, İstanbul 1990.

Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul 2012.

Carl J. Friedrich, Sınırlı Devlet, Çev. M. Turhan, Gündoğan Y., Ankara 1999.

Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 13. baskı, Beta, İstanbul 2009.

Francis Sejersted, "Democracy And The Rule Of Law: Some Historical Experiences Of Contradictions In The Striving For Good Government", Constitutionalism and Democracy, Edited by Jon Elster and Rune Slagstad, Cambridge University Press, 1993, s. 131-52.

Friedrich Hayek, Hukuk, Yasama ve Özgürlük (Kurallar ve Düzen), Çev. A. Yayla, T. İş Bankası Kültür Y., 1996.

Giovanni Sartori, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev. T. Karamustafaoğlu-M. Turhan, TDV. Yayını, Ankara 1993.

Hayrettin Ökçesiz, "Hukuk Devleti", Hukuk Devleti, Haz. H. Ökçesiz, HFSA-4, İstanbul 1998, s. 11-34.

Jürgen Habermas, Kamusallığın Yapısal Dönüşümü, Çev. Tanıl Bora-Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 1997.

Mehmet Tevfik Gülsoy, Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005.

Mustafa Erdoğan, Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

Sami Selçuk, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, 2. Baskı, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999.

Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF. Yayını, İstanbul 1993.

Philippe C. Schmitter-Terry Lynn Karl, "Demokrasi Nedir…Ne Değildir", Demokrasinin Küresel Yükselişi, Der. Larry Diamond-Marc F. Plattner, Çev. Levent Gönenç, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 67-81.