

MODERN HUKUKUN BELİRLENMESİ SERÜVENİ ÜZERİNE BİR DENEME

AN ESSAY ON THE JOURNEY OF DEFINING MODERN LAW

Semih Batur KAYA*

“Observe how parts with parts unite
In one harmonious rule of right;
See countless wheels distinctly tend
By various laws to one great end”¹.

Özet: Hukukun ne olduğu sorunu oldukça sofistike bir sorundur. Bu sorun özellikle iktidar ilişkisi söz konusu olduğunda beraberinde pek çok tartışma getirmektedir. Bu bağlamda temelde iki yaklaşım söz konusudur. Birinci yaklaşıma göre hukuk iradenin bir türevidir. Egemenin her buyruğu hukuktur; egemenin iradesi hukuk olmalıdır. Tekel ve tekil bir iktidar kurgusu ile çıkan bu yaklaşım kanımızca sorunludur. İkinci yaklaşım ise hukuku aşkın değerlerde yani deyim yerindeyse idealar dünyasında aramaktadır. Bu yaklaşıma göre hukuk tinsel bir iradenin ürünüdür. Ancak bu yaklaşım da sorunludur. Zira bu her iki yaklaşımda organik bir benzerlik ve hukukun iradeye indirgenmesi söz konusudur. Nitekim her iki irade de otoriter ve totaliter rejimlere kapı aralayabilmektedir. İşte bu noktada kanımızca hukukun belirlenmesi serüveni anayasacılık ve bunun beraberinde getirdiği değerler dizisinden oluşmalıdır. Buna göre hukuk çoğulcu demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri üzerinde temellenmektedir. Çünkü bu şekilde bir yandan hukukun norm sorunu diğer yandan hukukun irade sorunu çözümlenmektedir. Sonuç olarak bize göre modern hukuk bilişsel bir devrimin sonucudur. İleride kitaplaşacak bu çalışmanın amacı modern hukukun ne olduğu sorunu üzerine provokatif bir tartışma başlatmaktır.

Anahtar Kelimeler: Haklar, Modern Hukuk, Hukukun Belirlenmesi Serüveni, Çoğulcu Demokrasi, Hukuk Devleti, Anayasal Demokrasi

* Arş. Gör., Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, semih.batur@yahoo.com

¹ W. Holdsworth, A History of English Law, Cilt XIII, Methuen and Sweet & Maxwell, London 1952, s. 704.

Abstract: The issue of defining the law is a sophisticated issue. This issue brings about several debates particularly when it comes to relationship with the power. In this context, there are two fundamental approaches. The first approach suggests that law is a derivative of the will. Each order of the dominant power is the law; the will of the sovereign should be the law. We believe that his approach appears with the single and autonomous power is problematic. The second approach seeks the law in extreme values, in other words, in the world of the ideal. According to this approach, law is the product of unworldly will. However, this approach is also problematic. There is an organic similarity in both approaches and the law is reduced to the will. Likewise, both wills can open doors to the authoritarian and totalitarian regimes. At this point, we have the opinion that the journey of defining the law should lead the constitutionalism and the relevant series of values. In this case, the law is founded on the pluralistic democracy and the principles of the state of law. In this way, the norm problem and the self-control problem of the law can be solved.

Keywords: Rights, Modern Law, Journey of Defining the Law, Pluralistic Democracy, State of Law, Constitutional Democracy

Giriş

Hegel, birey-devlet arasındaki ilişkide ontolojik önceliği devlete vermektedir.² En yüce görevi devletin üyesi olmak olan bireyler karşısında devlet, en ulvi doğruyu temsil etmektedir. Diğer taraftan “özgürlük de ancak devlet içerisinde en ulvi doğruya ulaşır”. Hegel’e göre, bireyin “hakikate ve etik yaşam” a sahip olmasının yolu devletten geçmektedir.³ Hegel der ki: “Eğer devlet, sivil toplumla karıştırılır, amacı da mülkiyetin ve kişisel özgürlüğün güvenliği ve korunmasından ibaret kabul edilirse, bireylerin çıkarı, uğruna etrafında birleşilen nihai gaye olur. Diğer yandan bu yolla Devlet’e üyelik seçenekli hale gelir... Oysa Devletin bireyle ilişkisi oldukça farklı bir türdendir. Devlet objektif tin olduğu için, birey, objektifliğe, hakikate ve etik yaşama ancak Devlet’in bir üyesi olmak yoluyla sahip olabilir”.⁴

² Modern öncesi dönemlerde hukuk köken ve gelecek bakımından Tanrıya dayandırılıyordu. Peter Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law*, Routledge, New York 2002, s. 44. Gerçi hukukun tanrıya dayandırılan ontolojik meşruiyetinin yerine hukukun devletin türevi olduğu anlayışının gelişmesi modern bir olgudur ve modern olduğu kadar da demokratik hukuk devletine geçiş sürecinde bir ara basamak olduğu ölçüde de yerindedir.

³ Zühtü Arslan, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, *Doğu Batı Dergisi*, 3. Baskı, Ankara 2012, 67-89, s. 70.

⁴ Akataran, Arslan, a.g.e., s. 70-71.

Modern devletle⁵ cisimleşen iktidar oldukça karmaşık siyasal ve sosyal ilişkilerin bir sonucudur. Ancak her ne kadar form bulsa da iktidar modern devletle birlikte de arkaik özelliklerini korumakta ve yaşam rejimini oluşturmaya eğilim göstermektedir. İktidar bu yönüyle yaratıcıdır. Ancak iktidarın yaratıcılığı hukuk olgusu söz konusu olduğunda daha bir sofistike bir hale bürünmektedir. İktidar ilişkilerinin hukuku gerekli kıldığı doğrudur; fakat iktidar ilişkilerinin aynı şekilde hukuk olgusunu da doğurduğu savı çok tartışmalıdır. Şüphesiz iktidar gücünün temel alametinin hukuk yaratıcılığı olduğunu belirtmektedir. Bu ona norm gücü ve eylemsellik kabiliyeti katmaktadır. Dolayısıyla burada esas tartışma baş göstermektedir: İktidar, yani irade hukukun yaratıcısı mıdır değil midir? Veya iktidar hukukun yaratıcısı olmalı mıdır olmamalı mıdır? Kanımca burada evleviyetle hukuk nedir veya ne olmalıdır sorusunun yanıtını bulmak gerekir.

Hukuk nedir sorunu beraberinde iki temel soruna işaret etmektedir. Hukukun norm ve irade sorunu olarak şekillenen bu iki sorun hukukun belirlenmesi serüveninde hukuk olgusunun yapıtaşı niteliğindedir. Bu yapıtaşları sayesinde hukukun kimliğinin tespit edilmesinde pozitivist eğilimden⁶ de doğal hukuk eğiliminden de sıyrılırmış olunur. Hukukun norm sorunu hukuk devleti ile aşılabılır. Esasında hukuk devleti olgusu tam da bu sorunu çözmektedir. Hukuk devleti maddi ve biçimsel olmak üzere bir bütünlüğü ortaya koyar. Buna göre hukuk devleti maddi yönüyle insan onurunu siyasal ve sosyal yaşam pratiğinde gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Hukuk devletinin amacı hukuksal belirliliği, güvenirliliği ve öngörülebilirliği sağlayarak insan hak ve özgürlüklerinin iktidar iradesi karşısında korunmasını sağla-

⁵ Değişen içeriğiyle modern olgusu antik çağın yapı taşlarıyla ilişkilidir. Modern olgusu eskinin yeniye aktarımının bir fotoğrafı ve farkındalığıdır. Ayrıca Habermas'ın düşünceleri için bkz. Jürgen Habermas, "Modernity – An Incomplete Project", içinde H.Foster (ed.), *Postmodern Culture*, Pluto Press, London 1985, s.9. Ayrıca bu bağlamda modernitenin parametreleri için bkz. Christopher Pierson, *The Modern State*, Routledge, 2. Baskı, New York 2004, s. 28. Kanımızca modern olgusu bilişsel bir evrimin devrimsel bir dönüm noktasıdır. İşte modern devlet de bu bilişsel devrimin bir sonucudur.

⁶ Hukuk mhteşem bütünlüğü ile devleti de yaratır. Bize göre devlet iradesi hukukun kökeninde ve geleceğinde yegane belirleyici bir konumda değildir. Dolayısıyla pozitivist eğilim hukuku devlet iradesinin veya iktidarın diğer görünüm biçimlerinin bir türevi olarak görmektedirken biz burada hukuku modern anlamda bilişsel bir gelişim sürecine bağlamaktayız.

maktır. Biçimsel yönden hukuk devleti de nitelikli bir normlar toplamı oluşturarak hukuku hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi bakımından işlevsel kılmaktır.

Hukukun bir diğer temel sorunu olan irade sorunu da çoğulcu demokrasi ile aşılabılır. İrade sorunu matematiksel bir çoğunluğa indirgenemez. Çünkü her bir irade ayrı bir anlam dünyasını, ayrı bir yaşamı temsil etmektedir. Dolayısıyla her irade siyasal ve sosyal karar alım sürecine aynı oranda katılmalı, aynı oranda nimetlerinden yararlanmalı ve külfetlerinden sorumlu tutulmalıdır. Çoğulcu demokraside hukuk devletiyle oluşturulan nitelikli normlar bütünü aynı zamanda modern devletin demokratik pratiğini, bir diğer ifade ile hareket kabiliyetini de belirler, tanımlar ve sınırlandırır. Böylelikle yönetim faaliyetinde insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda norm ve iradenin mükemmel bütünlüğü sağlanır. İşte çalışmada hukukun belirlenmesi serüveni söz konusu bu norm ve irade sorunun aşılması üzerinde temellendirilmektedir. Dolayısıyla çalışmada mümkün olduğunca pozitivist ve idealist yaklaşımların dışında bir paradigmayla hareket edilmeye çalışılmaktadır.

A. Modern Hukukun İktidar Sorunu

1. Modern Hukuku İktidarın Türevi Olarak Gören Anlayışın Kökeni

Hukukun ne olduğu sorunu oldukça sofistike tartışmalar beraberrinde getirmektedir. Hukukun kökeni sorunu olarak da adlandırılabilir bu sorun oldukça geriye gitmektedir. Gerçekten de doğal hukuk ve hukuksal pozitivizm bağlamında ve bunların motivasyonunu aldığı maddeci ve idealist görüşler çok eskiden beri tartışmalara konu olmuştur. Her ne kadar arkaik bir sorun olsa da hukukun kökenini modernite ile birlikte ele almak ve modern devlet ve onun iktidar pratiği üzerinden açıklamak yerinde olur. İktidarın somut bir formu olan modern devlet ve bunun hukukla ilişkisi bu bakımdan ilgi çekici gözükmemektedir. İşte burada bu nedenle hukukun ne olduğu sorunu veya bir başka söylemle hukukun irade sorunu Machiavelli, Bodin ve Hobbes üzerinden açıklanacaktır. Çünkü onların görüşleri modern düşüncenin de iktidar ve hukukun da ilişkilerini görece bize somutlaştırmaktadır.

Machivelli insanının doğasında kötülük bulunduğunu sık sık dile getirmektedir. Ona göre insanlar genellikle nankör, kaypak, ikiyüzlü, tehlikeler karşısında ürkek ve kazanç düşkünü varlıklardır. Kötü olan ve verdikleri sözleri tutmayan insanlar yalnızca zorunlu oldukları zaman iyi davranırlar. Ancak yakalanmadan kötülük yapmak seçeneğine ve özgürlüğüne sahip oldukları an her yerde kargaşa ile düzensizliği götürmekten kesinlikle geri durmazlar. İnsanlar iyilikten daha çok kötülük yapmaya her zaman daha hazırdırlar.⁷ Herkes daha fazla güç daha fazla iktidar peşinde koşar. İktidar elde edilmesi istenen en üstün şeydir.⁸ Machiavelli'nin Prensi en üstün emretme gücüne sahiptir ve bu anlamda egemenin ta kendisidir. Egemen devlete içkin olan egemenliğin kullanıcısı ya da sahibi olarak algılandığından Machiavelli'nin Prensi esasında ardında kurumlarla donanmış bir yapıyı, yani "devlet"i ifade etmektedir. Nitekim Ona göre Prens'in etrafında iktidarın yüceliği, yasalar ile devletin ve yakınlarının desteği vardır.⁹

Geleneği ve geçmişi olan iktidar, yani belirli bir zaman var olmuş iktidarın devamlılığı daha kolay olur. Prens'in bu tür iktidarlarda iktidarlarını koruma durumu yeni bir prensliğe göre daha kolay olur.¹⁰ Bunda geçmiş iktidarda kalan anıların rolü de vardır.¹¹ Dolayısıyla burada var olanın statikliği ve bunun belirli bir devamlılığı ve alışkanlığı oluşturma durumu bulunmaktadır. Bu iktidar için de böyledir. Buna iktidarın geçmişi arttıkça bu geçmişten aldığı var olma ve devam etme kaynağının artışı etkinliği denilebilir. İktidarın geçmişi arttıkça köklenme ve yayılma hızı artar. Çünkü iktidar bu şekilde ontolojik meşruiyetini çözer ve topluluğun belleğinde belirli bir episteme, bilgi ve yönetim pratiği oluşturur. Bu nedenle bundan sonra bu iktidarın etkinliğinin azalma durumu çok zor olur. Bu durum ancak topluluğun veya diğer bir etkenin dinamikliğinin iktidarın var olan statikliğini çözmesi ile söz konusu olabilir.

İyi bir iktidarda tek bir hükümdar bulunur ve geriye kalanlar tamamıyla kuldur. Yönetim için hükümdar çeşitli yöneticiler atar ve

⁷ Mehmet Ali Ağaoğulları ve Levent Köker, Tanrı Devletinden Kral Devlete, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 180.

⁸ Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., s. 182.

⁹ Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., s. 187-188.

¹⁰ Nicolo Machiavelli, Prens, Remzi Kitabevi, 3. Basım, İstanbul, 2016. s. 10.

¹¹ Machiavelli, a.g.e., s. 25.

bunları dilediği biçimde konumlandırabilir.¹² Tekil ve tekel iktidar ve geriye kalanların tamamıyla kul olma durumu iktidarın bütünlüğü için oldukça güçlü bir tutkaldır. Çünkü egemenden başka özne ve irade yani herhangi bir iktidarı olan veya herhangi bir biçimde adayı olabilen yok, geriye kalanlar ve her şey iktidar amacıyla ancak araçtır. Bu heterojen olan, birden çok değişkeni olan denklem ve iktidar biçimi değildir; bu tek bir değişkeni olan bir denklem ve homojen bir iktidar biçimidir. Bu iktidarı bütünüyle tek ve tekel olan egemenin varlığıyla koşullandırma durumudur.¹³

Normun politika, iktidar bağlamında, yönetim bağlamında ve yaşamın tüm boyutlarında ve genel olarak bütün boyutlarda toplum belleğini oluşturmadaki rolü vardır. Norm bir toplulukta belirli bir iktidar ve yönetim belleği oluşturur. Bu iktidar norm ile daha güçlü olur ve daha da devamlılık kazanır. Norm iktidar için dinamik bir kaynaktır ve tutkaldır. Norm topluluğu iktidara bağlı olarak homojen bir duruma getirir, iktidarla bütünleştirir; bu nedenle norma dayalı iktidar daha güçlü, dirençli olur ve daha zor yıkılır. Yıkılınca da yeniden kurulumu daha kolay olur.

Prens iktidarını korumak ve devam ettirmek için gerektiğinde ahlaki ve erdem değerlerinden vazgeçebilir ve kötülüğün tüm yollarını kullanabilir. Çünkü temel amaç iktidar ve bunun devamlılığıdır.¹⁴ Prens korkutucu, acımayan olmalıdır. Machiavelli'ye göre bireyler nankör, hakikatsiz, tehlikeler karşısında korkak ve açgözlüdür; ihtiyaç duyulduğunda yanında değillerdir. Bu nedenle egemen bireylere güvenmemelidir.¹⁵ Mücadele etmenin iki yolu olduğu bilinir; biri normlar yoluyla diğeri de zor kullanarak. Birinci yol insana özgüdür, ikinci yol hayvanlara; ancak ilk yolla birlikte ikinci yolu da egemen kullanmalıdır. Bu nedenle bir egemen hem insani hem de hayvani özellikleri iyi kullanmalıdır. Bu nedenle iktidar ve mücadele için egemenin yarı insan yarı hayvani bir yönü olmalıdır. Prens çıkarı için vaadini tutmayabilir ve hatta tutmamalıdır; gerektiğinde yalancı ve ikiyüzlü veya tilki gibi olmalıdır.¹⁶

¹² Machiavelli, a.g.e., s. 22.

¹³ Machiavelli, a.g.e., s. 24.

¹⁴ Machiavelli, a.g.e., s. 77.

¹⁵ Machiavelli, a.g.e., s. 82.

¹⁶ Machiavelli, a.g.e., s. 85-86.

Egemenlik sosyal sözleşmelerde ve daha sonra anayasalarda somutlaşan bir olgudur.¹⁷ Egemenliğin somutlaşması modern düşüncenin kurumlaştırılmasının bir sonucudur. Bodin Devletin Altı Kitabı (1576) adlı eserinde egemenliği “bir devletteki yurttaşlar ve tebaa üzerindeki en üstün, mutlak ve daimi yetki/güç” olarak tanımlamaktadır. Egemenlik “en büyük emretme gücü”dür ve bu güç “ne yetki ve görev bakımından ne de muayyen bir zamanla sınırlı”dır. Bodin’e göre, bireylere emir verme yetkisine sahip olan egemen ister bir kişi isterse bir heyet olsun onun otoritesi mutlak, bölünmez ve daimidir. Egemenliğin mutlak olması, onun yapabileceklerinin hiçbir sınırının olmaması anlamına gelir. Zira kayda ve şarta bağlı olan bir hükümdar egemen değildir.¹⁸ Bodine’e göre her istikrarlı siyasi yönetimin hiyerarşik olarak örgütlenmesinin kaçınılmaz olduğunu belirtir. Sürdürülebilir her devletin tüm yönetim yetkilerini kapsayan tek bir üstün otorite merkezine sahip olması zorunludur.¹⁹

Bodin’e göre, egemen olan kişi ve kurul bağlayıcı kanunlar yapma yetkisine sahip olduğu gibi, kanunları uygulamada da hiç kimsenin sınırlandırılmasına tabi değildir. İster monarşi, ister aristokrasi isterse demokrasi biçiminde olsun her devlette mutlaka bir egemenin bulunması gerekir. Zira siyasal toplumun birlik ve bütünlüğünü ancak egemen güç sağlayabilir. Kanun ihdas etmek ise özünde tebaaya emir verebilmek demektir.²⁰ Tabanın egemene itaatten başka bir seçeneği yoktur. Dolayısıyla tebaanın egemene sınır koyması mümkün değildir. Bireylerin egemenin meşruluğuna direnme hakları yoktur. Bu durum iktidarın mutlak olmasının mantıki bir sonucudur. Bu nedenle egemen hukuk bakımından hata yapmaz ve sorumlu tutulamaz. Hukuk egemen için bir yükümlülüğün ziyade bir lütuf veya erdem meselesidir. O halde, yetkisi üzerindeki sınırlandırmalara rağmen, siyasal ve sosyal yaşam pratiğinde Bodin’in egemeni mutlaktır, hukukun kaynağıdır ve başkalarının rızasını sağlama gibi bir zorunluluğu yoktur.²¹

¹⁷ Leon Duguit, *Law in the Modern State*, Çev. Frida ve Harold Laski, B. W. Huebsch, London 1919, s. 1.

¹⁸ Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, 13. Baskı, Ankara 2017, s. 384.

¹⁹ Erdoğan, (2017), s. 383.

²⁰ Erdoğan, (2017), s. 383-384.

²¹ Erdoğan, (2017), s. 384-386.

Hobbes'e göre *devletin amacı, bireysel güvenliktir*. Doğal olarak özgürlüğü ve başkalarına egemen olmayı seven insanların, devletler halinde yaşarken kendilerini tabi kıldıkları sınırlandırmanın nihai nedeni, amacı veya hedefi, kendilerini korumak ve böylece daha mutlu bir hayat sürmektir. *Bu güvenlik doğal hukukla sağlanamaz. Çünkü adalet, hakkaniyet, tevazu, merhamet ve, özet olarak, bize ne yapılmasını istiyorsa başkalarına da onu yapmak gibi doğa yasaları, bunlara uyulmasını sağlayacak bir gücün korkusu olmaksızın, bizi taraf tutmaya, kibre, öç almaya ve benzer şeylere sürükleyen doğal duygularımıza aykırıdır. Kılıcın zoru olmadıkça ahitler sözlerden ibarettir ve insanı güvence altına almaya yetmez. Bu nedenle, doğa yasalarına rağmen, (bu yasalara uyulmak istendiğinde ve güvenlik içinde uyulması mümkün olduğunda) kurulu bir iktidar yoksa veya bu iktidar güvenliğimiz için yeterince büyük değilse; herkes, bütün diğer insanlara karşı korunmak için, kendi gücüne ve kurnazlığına dayanacak ve üstelik bunu meşru olarak yapabilecektir.*²² Hobbes'e göre bu durumda güvenlik *"Tek bir karar verici tarafından yönetilmeyen bir çoğunlukla da sağlanamaz. Tek karar verici sürekli olmalıdır."*²³

Hobbes'e göre insanlar şeref ve itibar için sürekli rekabet halindedir. Dolayısıyla insanlar arasında kıskançlık ve nefret, ve en sonunda da savaş çıkar. İnsanlar arasında ortak çıkar özel çıkardan farklıdır ve onlar arasında özel çıkar üstün gelir. Akıl nedeniyle diğerlerine nazaran daha akıllı ve toplumu yönetmeye daha yetenekli olduklarını düşünürler, yenilik ve değişiklik yapmaya çalışırlar ve bu şekilde kargaşaya neden olurlar. İyiyi kötü, kötüyü iyi gösterebilme yeteneğini bulundurlar, iyi ve kötünün görünürdeki oranını değiştirmeye yönelik yetenekleri vardır. Bilgeliklerini göstermeyi ve devleti yönetenlerin eylemlerini denetlemeyi severler. İnsanların mutabakatı doğal değil yapaydır. Bu nedenle onların mutabakatını sabit ve sürekli kılmak için, ahit dışında başka bir şey daha gereklidir; yani, hepsini korku içinde tutacak ve eylemlerini ortak faydaya yöneltecek genel bir güç.²⁴

Hobbes'a göre bir devleti oluşturma tek yolu bireylerin tüm kudret ve güçlerini, tek bir kişiye veya hepsinin iradesini oyların çok-

²² Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 133.

²³ Hobbes, a.g.e., s. 134-135.

²⁴ Hobbes, a.g.e., 135-136.

luğu ile tek bir iradeye indirgeyecek bir heyete devretmeleridir. Yani kendi kişiliklerini taşıyacak tek bir kişi veya heyet tayin etmeleri ve herkesin, bu kişi veya heyetin, ortak barış ve güvenlikle ilgili işlerde yapacağı veya yaptıracağı şeylerin amili olmayı kabul etmesi ve kendi iradesini o kişi veya heyetin iradesine ve muhakemesine de onun muhakemesine tabi kılmasıdır. Bu onaylamak veya rıza göstermekten öte bir şeydir; herkes herkese, senin de hakkını ona bırakman ve onu tüm eylemlerinde aynı şekilde yetkili kılman koşuluyla, kendimi yönetme hakkını bu kişiye veya bu heyete bırakıyorum demişçesine, herkesin herkesle yaptığı bir ahit yoluyla, hepsinin bir ve aynı kişilikte gerçekten birleşmeleridir. Bu yapıldığında, tek bir kişilik halinde birleşmiş olan topluluk, bir devlet, olarak adlandırılır. İşte o Ejderhanın veya ölümsüz Tanrı'nın doğuşu böyle olur.²⁵

Hobbes'a göre uyruklar hükümet şeklini değiştiremez. Egemen güçten vazgeçilemez, Hiç kimse, çoğunluk tarafından belirlenen egemenin kuruluşuna, adaletsizlik etmeden karşı gelemez. Egemenin eylemleri uyruklar tarafından eleştirilemez. Egemenin yaptığı hiçbir şey, uyruk tarafından cezalandırılmaz. Uyruklarının barışı ve savunulması için neyin gerekli olduğuna egemen karar verir. Uyruklara hangi düşüncenin öğretileceğine egemen karar verir. Yargılama ve anlaşmazlıkları çözme hakkı da egemene aittir. Egemenin bu hakları bölünemez.²⁶ Norm koyma yetkisinin tümü egemene aittir. İyi ve kötüyü, yasal olanı ve yasal olmayanı belirleme hakkı egemenindir. Toplum yasalarını, yani devlet yasalarını egemen yapar. Yargılama ve anlaşmazlıkları çözme hakkı da egemenindir. Egemenliğin bu hakları, bir başka deyişle parçaları bölünemez bir bütündür. Bu haklar temel ve bölünemezdir ve onlardan biri herhangi bir şekilde terk edilemez ve bu nedenle bu haklar, egemen güçten feragat edilmesi dışında, asla yok olamaz.²⁷

Bodin'den sonra Leviathan'ı yazan Hobbes klasik egemenlik anlayışının ikinci büyük düşünürüdür. Hobbes ayrıca devleti hem başlangıçta onu kuran halktan hem de aynı zamanda iktidar sahiplerinin kişiliğinden ayırmakla da modern devlet kavramının ilk kapsamlı teo-

²⁵ Mete Tunçay, Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 229-230.

²⁶ Tunçay, a.g.e., s. 231-237.

²⁷ Hobbes, a.g.e., 141-144.

risini oluşturmuştur.²⁸ Lane'e göre Hobbes'un egemen iktidar modelinin dört kilit unsuru vardır. İlk olarak devlet egemenliğe sahiptir. İkinci olarak egemenlik en başta insanların uymakla yükümlü oldukları kanunları koymayı ifade eder. Üçüncü olarak hukuk egemenin buyruğudur. Dördüncü olarak da devletin rasyoneli, yani mantığı ve gerekçesi, anarşiden kaçınmaktır.²⁹ Hobbes da Bodin gibi egemenliği en üstün hukuk yaratma otoritesi olarak niteler. Gerçekleştirmeyeceği ve kaldırmayacağı hiçbir kanun olmadığından, egemenin hukukla bağlı olması düşünülemez. Dolayısıyla Hobbes egemen prence veya halka, herhangi bir yasal ya da anayasal kısıtlamayı göz önüne almama hakkını kayıtsız ve şartsız tanımaktadır.³⁰ Egemen zaten ortak yarar için kanunlar yapmak üzere var olduğundan, kanunun adilliği hakkında hüküm vermeye kalkışmak saçmadır; zira iyi ve kötü eylemin ölçüsü egemenin koyduğu hukukun kendisidir. Hobbes "hukukun emir teorisi"nin kurucusudur, Leviantan'da hukuku "başkaları üzerinde haklı olarak emretme yetkisine sahip olan kişinin sözü" olarak tanımlamıştır. Hobbes "örf ve adet" biçimindeki eski hukuk tanımını tamamen terk ederek, hukukun yöneten otorite tarafından ilan edilen, tamamıyla insan yapısı bir olgu olduğunu ileri sürer. Bu tanıma göre yegâne "temel hukuk" egemenin koyduğu kurallara tebaanın itaat etmeleri gereğidir. Bunun dışında bir doğal yasa söz konusu değildir. Egemenin kanun koyma yetkisi mutlak olduğundan, egemenle tebaa arasındaki ilişki hukuk tarafından düzenlenemez. Hobbes "hukuk"la pozitif hukuku kastetmektedir. Ve "iyi ve kötü fiillerin ölçüsü"nü bu hukuk sağladığı için de adaletsiz kanun diye bir şey yoktur.³¹ Egemenlik hukuk yaratmak demektir. Egemen herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir ve egemenin hukukla bağlı olması düşünülemez.³²

Hobbes'e göre norm bir emirdir. "herhangi bir kişinin bir başkasına verdiği bir emir de değildir ama; daha önce belirli bir kişiye itaat etmeye zorunlu kılınmış birine, o kişi tarafından verilmiş bir emirdir. Toplum normu ise *persona civitatis* olarak adlandırılır. "Toplum yasa-

²⁸ Erdoğan, (2017), s. 387.

²⁹ Erdoğan, (2017), s. 387.

³⁰ Leo Strauss, "Tabii Hak ve Tarih" içinde Devlet Kuramı, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 286.

³¹ Erdoğan, (2017), s. 388-390.

³² Erdoğan, (2017), s. 391.

sı, her uyruk için, sözle, yazıyla veya iradenin bir başka yeterli işaretiyle, doğru ve yanlışın ayırdedilmesi için, yani neyin kurala aykırı olup neyin olmadığının ayırdedilmesi için kullanılmak üzere, devletin uyruklarına emrettiği kurallardır. Yasalar haklı ve haksız gösteren kurallardır; haksız olarak bilinip de bir yasaya aykırı olmayan hiçbir şey söz konusu değildir. Devletten başka kimse yasa yapamaz; zira tabiyet yalnızca devlettedir.³³ Norm yalnızca egemen tarafından konulur ve kaldırılır. Egemen güç, normlara tabi değildir; mutlak özgürdür. Norm egemen gücün iradesi ve iznine bağlıdır. Doğal hukuk ile toplum normları aynı bütünün parçalarıdır. Bunlar farklı norm türleri değildir. Doğal hukuk ile toplum normları birbirini içerir. Adalet, hakkaniyet ve kadirbilirlikten ve bunlara dayalı diğer ahlak erdemlerinden oluşan doğal hukuk doğa durumunda, tam anlamıyla yasa değil, insanı barış ve uyuma teşvik eden niteliklerdir. Doğal hukuk, yalnızca bir devlet kurulduğunda, gerçekten yasa hükmü kazanır, daha önce değil; zira ancak o zaman devletin buyruğu ve devletin yasası haline gelir. İnsanları ona uymaya zorlayan şey egemen güçtür. Neyin adalet, hakkaniyet ve ahlaki erdem olduğunu tayin eden ve bunları bağlayıcı kılan sadece egemen güçtür. Toplum yasalarına uymak doğal hukukun bir parçasıdır. “Doğal hukuk ve toplum yasaları farklı yasa türleri olmayıp aynı bütünün parçalarıdır”. Bunlardan yazılı olanlar toplum normları, yazılı olmayanlar ise doğal hukuk veya doğa normları olarak ortaya konulur. Doğal hukuk, yani doğal hak ve özgürlükler toplum normları ile sınırlanabilir; zaten norm koyucunun hedefi de budur. Bu yapılmadığı takdirde barış ve huzur olmaz. Hukukun yaratılış nedeni, insanların doğal özgürlüğünü sınırlamaktan başka bir şey değildir; öyle ki insanlar birbirlerine zarar vermesinler, ancak yardım etsinler ve ortak düşmanlarına karşı bir araya gelsinler. Yazılı ve yazısız tüm normlar güç ve yetkilerini egemenin iradesinden alır.³⁴

Görüldüğü gibi gerek Machiavelli, gerek Bodin, gerekse Hobbes, hukuku egemenin iradesine indirgemektedir.³⁵ Buna göre egemenin

³³ Hobbes, a.g.e., s. 200-201.

³⁴ Hobbes, a.g.e., s. 201-203.

³⁵ Bunlara Rousseau da eklenebilir. Gerçekten de Onun “genel iradesi” tam da bu noktada somutlaşmaktadır. Ona göre yasa her zaman doğru olan genel iradenin bir eylemidir. Jean Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Çev. Ayşe Meral, Alfa Yayınları, İstanbul 2016, s. 58-59.

buyruğu hukuktur; hukuk ancak egemenin iradesinden neşet eder. Üstelik buyruğu hukuk olan egemen koyduğu hukukun altında veya onunla özdeş de değildir. Zira egemen ihdas ettiği hukukun da üzerindedir. Bu durum bu teorisyenlerin iktidarı, yani egemenliği tekil ve tekel olarak görmesinin bir sonucudur. Dolayısıyla burada anayasacılık düşüncesinden eser yoktur. Egemen irade yanılmazdır, bölünmezdir. Bu yaklaşımın en somut kurucusu ise John Austin ve Hans Kelsen'dir. Kelsen "saf hukuk kuramında"³⁶ yukarıdaki teorisyenlerin irade ve hukuk bağlamındaki düşüncelerini sistemleştirmiştir.³⁷ Biz bu makalenin genişletilmiş biçiminde Austin ve Kelsen'i özellikle ele alacağız; ancak burada buna yalnızca değinmek yerindedir.

2. Değerlendirme: Hukukun İktidar Sorunu ve "Devlet Aklı"

Hukukun iktidar sorunu veya bir başka ifade ile hukukun irade sorunu ile "devlet aklı" arasında organik bir bağ vardır. Bu organik bağ bize devlet aklının da kodlarını vermektedir. Çünkü hukuku iktidarın, yani iradenin bir türevi olarak gören anlayış ister istemez yaşam pratiğinde devlet aklına kapı aralamaktadır. Kapının aralanmasından sonra ise iki anlayış birbirlerine dönüşmekte, birbirlerinin akışını sağlamak ve birbirlerini beslemektedir. İktidarı gökyüzünden yeryüzüne indirilmiş tinsel bir olgu olarak gören yaklaşım hukuku da bu tinsel gücün formu olarak tasarlanan modern devletin bir türevi olarak görmektedir. İlginçtir devlet aklının teorisyenleri aynı zamanda hukuku devletin bir türevi olarak görenlerdir.

Devlet aklı belirli bir siyaset ve yönetim anlayışını, bir bütün olarak belirli bir devlet zihniyetini ifade etmektedir.³⁸ Şüphesiz devlet aklı olgusu belirli bir hukuk anlayışını da içermektedir. Siyaset ve hukuk iç

³⁶ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, Nora Kitap, 1. Baskı, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, 2016.

³⁷ Esasında Kelsen'den önce burada John Austin'e değinmek gerekir. Zira Ona göre "Hukuk biliminin konusu pozitif hukuktur: Tam anlamıyla yasa olarak adlandırılan, siyaseten üstün olanların siyaseten altta olanlar için yaptığı yasadır... Bir yasa, kelimenin gerçek ve tam anlamında, akıl sahibi bir varlığa yol göstermek için, onun üzerinde gücü olan akıl sahibi (diğer) bir varlıkça koyulan bir kural olarak tanımlanabilir." Bkz. John Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye ve Umut Koloş, Tekin Yayınları, İstanbul 2015, s.27. Austin hukukun belirlenmesi serüveni adlı kapsamlı çalışmamızı beklemektedir.

³⁸ Mithat Sancar, "Devlet Aklı" Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2014, s. 15.

içe araçsal kurumlardır. Siyasetin kökeni de hukukun kökeni de devlet ve onun aklının eseridir. Türev olan siyaset ve hukuku amaca giden yolda işlevsel birer düşünce ve değerler bütünüdür. Bu yönüyle devlet aklı modern devletin oluşumunda ve kurumsallaşmasında bir zihniyet başlangıcını ifade etmektedir.

Sancar'ın da belirttiği gibi kabaca tasvir etmek gerekirse modern devlet, feodal parçalanmışlığın coğrafi ve siyasi merkezileşme yoluyla aşılması sonucu ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan modern devlet, iç ve dış egemenlikle donanmış territoryal egemenlik birliği olarak tanımlanabilir. Bu yapının ana rahmine düştüğü anı 15. Yüzyıla kadar götürmek olanaklı ise de, esas olgunlaşmaya başladığı dönemin 17. Yüzyıl olduğu söylenebilir.³⁹ Ortaçağ'ın siyasal sisteminin çözülmesi ve yerini modern devletin alması her açıdan köklü bir dönüşüm süreci olmuştur. Zira burada söz konusu olan, içerde yerel ve kesimsel iktidarları çökertecek, idarenin ve hukukunun birliğini, bütünlüğünü sağlayacak, şiddet araçlarını kesinleşmiş sınırlar içerisinde tekel altına alacak, dolayısıyla tüm tekellerin en önemlisi silah ya da şiddet tekelini elinde tutacak, dini dünyevi alanın dışına çıkaracak, birbirleriyle mücadele halindeki toplumsal katmanları belirli sınırlar içinde tutacak ya da zorunlu görünüyorsa bu güçlerden birini imha edecek, dışa karşı koruyucu gümrükler meydana getirecek, sınırları koruyacak, yeni pazarlar fethedecek bir devin leviathan'ın doğuşudur.⁴⁰

Bu bakımdan devlet aklı doktrini bakımından merkezi soru şudur: “Şayet devlete bir yarar sağlayacağı umuluyorsa, hükümdar etik kurallardan ve yürürlükteki hukuktan sapabilir ya da açıkça haksızlık yapabilir mi?” İşte bu soruya olumlu cevap verilmesiyle devlet aklı doktrinin temeli atılmış olunur. Ancak burada “devletin bekası”nın sağlanmasının siyasal eylemin nihai amacı olması gerekir. Tarihsel açıdan bakıldığında, devlet aklına uygun siyasal eylemin ön koşulunu da, hükümdara, değişen iç ve dış şartlara göre serbestçe hareket etme imkân ve yeteneğini tanımak teşkil eder. Şüphesiz siyasal eylem, her dönemde olduğu gibi bu dönemde de içkin ve dışsal sınırlara tabi olmuştur. Fakat bu doktrin, “eylemin sınırları” konusunda da belirleyici kararı verme yetkisini, bizzat eylemin aktörüne, yani tarihsel

³⁹ Sancar, a.g.e., s. 16.

⁴⁰ Sancar, a.g.e., s. 17.

olarak hükümdara tanır.⁴¹ Devlet akli doktrinin geliştiği dönemde, siyasal eylemin meşruluk referansının ve sınırlarının, “kutsal” otoriteye ve ona dayanılarak kurulan “kutsal” öğretiye göre belirlendiği düşünülecek olursa, söz konusu bu doktrinde öngörülen siyasal eylem mekanizmasının işlemlerini sağlayacak en elverişli yolun, bir “kutsal”ın karşısına bir diğer “kutsalı” çıkarmak, yani siyasal eylemin merkezi birimi olarak “devlet”i tanrısallaştırmak olduğu söylenebilir. İşte modern devlet ya da leviathan, yani görmeyen, işitmeyen, kendisine dokunulamayan, ancak her şeye kadir, her yerde hazır ve nazır olan yapı, esasında bir tür yeryüzü tanrısı, bu uğraşların bir sonucu olarak meydana geldi.⁴²

Bununla beraber devlet akli doktrininin temelinde yatan sorun, farklı şekillerde güncelleştirilebilmektedir: Örneğin Nazi hukuk anlayışını dile getiren “hukuk, halka yararlı olan şeydir” sloganı ya da Hitler’in “halkın esenliği, kanun maddelerinin üstündedir” sözü veya “devletin bekası her türlü mülahazadan önce gelir”, “hukuk, devletin korunmasında zaaf yaratırsa, bir kenara bırakılabilir” gibi deyimler, hep aynı zihniyeti yansıtır.⁴³ Ancak Sancar’ın da belirttiği gibi bu zihniyetin tarihi, ancak “kir” ve “kan” ile yazılabilir.⁴⁴ Yine Meinecke’ye göre etik ve hukuk kurallarının ihlalinin yarattığı sürekli bir “kirlenme”, devlet aklının özünde vardır. Devlet aklının gereklerine göre harekete eden bir devlet, sürekli “günah işlemek” zorunda kalır. Tarihin her çeşit örnekten oluşan dokusu içinde devlet aklının kırmızı, ama neredeyse her zaman “kan kırmızı” rengini teşhis etmek kolaydır.⁴⁵

Devlet aklının değinirken Machiavelli’den mutlaka söz etmek gerekir.⁴⁶ Makyavelizm’den “siyasal başarı için zorunluluk doğrultusunda davranmak, dolayısıyla gerekiyorsa kötülüğü seçmek” anlaşılır.⁴⁷ Machiavelli amaç-araç ilişkisini oldukça net bir biçimde ortaya koymaktadır. Ona göre insanların, hele hele herhangi bir itiraz mahkemesine izin vermeyen prenslerin eylemlerini yargılamak söz konusu

⁴¹ Sancar, a.g.e., s. 19.

⁴² Sancar, a.g.e., s. 19.

⁴³ Sancar, a.g.e., s. 24.

⁴⁴ Sancar, a.g.e., s. 25.

⁴⁵ Sancar, a.g.e., s. 26.

⁴⁶ Peter S. Donaldson, Machiavelli and Mystery of State, Cambridge University Press, New York 1988, s. 111.

⁴⁷ Ağaogulları ve Köker, a.g.e., s. 228.

olduğunda araçlara değil amaca bakılır. Bir prens, amaç olarak devleti elde etmeyi ve korumayı seçsin o halde araçları hep övgüye değer bulunacak ve herkesçe övülecektir. Dolayısıyla prens gerektiğinde sahtekârlık, hile, şiddet ve cinayet gibi yollara başvurabilir. Vatani, ister alçaklıkla ister onurla olsun korumak gerekir; tüm araçlar iyidir. Devletin esenliği söz konusu olduğunda herhangi bir birey adalet ya da adaletsizlik, insanlık ya da vahşet, övünç ya da utanç gibi hiçbir düşünce tarafından durdurulmamalıdır;⁴⁸ yani bunlara aldırış etmeden kendisini amacına götürebilecek tüm araçları kullanılmalıdır.⁴⁹

Machiavelli'ye göre güç ve şiddet hiçbir ahlaki değer taşımaz. Ancak ne var ki, siyasette son hükmü veren daima güçtür ya da gücü içeren virtu'dur; ahlakilik ise, hemen her zaman acizdir. Şu halde, yapılması gereken şey, ahlak ile siyasetin birbirinden ayrı tutulması ya da daha doğrusu siyasetin ahlaki değerlerin hükmünden kurtarılmasıdır.⁵⁰ Bununla beraber, ister bir monarşi ister bir cumhuriyet olsun, Machiavelli için gerçek bir devlet yasalarla işlemeli ve genel iyiliği gözetmelidir. Fakat devlete yüklenen bu özellik, Makyavelizmi dışlamakta hatta devlet aklına kapıyı açmaktadır. Amaç devletin kurulup sürdürülmesi ve bu sayede ortak iyiliğin gerçekleştirilmesi olduğunda, en ahlaksız olarak nitelendirilebilecek bir araç bile siyasal açıdan meşruluk kazanmaktadır. Gerçekten de devlet aklı olgusu anlam olarak Machiavelli'nin düşünceleri arasında yer almaktadır. Zira O, Makyavelizmin bir uzantısı olarak, devletin iyiliği için yapılan hiçbir eylemin ahlaki bakımdan sorgulanmamasını ya da hukuksal kurallarla bağlanmamasını kabul eder. İster prens ister halk zorunlu ise yasaların bile dışına çıkabilir.⁵¹

Görüldüğü gibi devlet aklı siyasi ve hukuksal bir anlayışın sembolik adıdır; bu devlet merkezli bir felsefedir. Bu felsefe devleti bizatihi bir amaç ve "kendinde varlık" olarak görür. Buna göre iktidar; ahlak, adalet ve hukuktan bağımsız olup, bunlardan önce gelmektedir.⁵²

⁴⁸ Zaten Machiavelli burada otokratik yönetimin doğasıyla ilgilenmektedir. E. A. Rees, *Political Thought from Machiavelli to Stalin*, Palgrave Macmillan, New York 2004, s. 1.

⁴⁹ Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., s. 228-229.

⁵⁰ Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., s. 229-230.

⁵¹ Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., s. 232-233.

⁵² Mustafa Erdoğan, "Hikmet-i Hükümet'ten Hukuk Devletine Yol Var Mı?", *Doğu Batı Dergisi*, 13, 3. Baskı, Ankara 2012, 47-59, s. 48-49.

Devlet aklının yasası devlet adamına devletin sağlamlığını ve gücünü koruması için ne yapması gerektiğini söyler. Bu düşüncenin temel var-sayımı politika ile ahlak ve adalet arasında bir çatışmanın var olduğu ve bu çatışmada belirleyici olanın politika olması gerektiği fikridir.⁵³ Burada devlet kudretinde üstün bir değer ve bu değerın hukukla etkileşimi söz konusudur.⁵⁴

Öte yandan devlet aklının hukuk devleti üzerinden değerlendirilmek gerekir. Çünkü devlet aklı hukuk devletinin tam karşısında konumlanır. Hukuk devleti sosyo-politik sistemin yapı ve işleyişi bakımından hangi esaslara dayanması ile ilgili siyasi ve hukuksal bir idealdir. Bu idealin özünü de, devletin meşruluğunu kendisinin bir güç organizasyonu olarak var olmasından değil, üstün bir hukukilik anlayışından, “hukuk” denmeyi hak eden evrensel bir normlar manzumesinden alması gereği oluşturmaktadır. Burada gerek maddi gerek biçimsel açıdan bir normlar bütünü ve en tepesinde anayasa⁵⁵ söz konusudur. Bunun doğal bir sonucu olarak hukuk devleti, devletin hukukla bağlanması ve hukukla yetkilendirildiği ölçüde ve çerçevede faaliyette bulunabilmesi; ayrıca kaba kuvvet ve keyfilik yerine önceden belli edilmiş, herkes için geçerli kuralların, yani devlet aklı yerine hukukun egemen olması demektir. Dolayısıyla hukuk devleti anlayışına göre hukuk yoksa devlet de yoktur; hukukun olmadığı yerde var olan sırf örgütlü bir şiddettir.⁵⁶ Hukuk devleti yalnızca kendini hukukla kayıtlayan devlet demek değildir; o aynı zamanda bireylere hukuki güvenliği sağlayan devlet anlamına da gelir. Yine hukuk devleti, hukukun, hukuk uygulamasının ve bütün devlet pratiğinin eşitlik ilkesini gözetmesini, bireyler arasında keyfi olarak -bu arada dünya görüşüne ve hayat tarzına göre- ayırım yapılmamasını zorunlu kılar. Hukuk devleti, onları ister “insan” (insan hakları), ister “kişi” (medeni haklar/hukuk), isterse “vatandaş” olarak (siyasi haklar) muhatap alsın, her durumda bireylere eşit muamele etme yükümlülüğü altında olan devlet demektir.⁵⁷

⁵³ Erdoğan, (2012), s. 48-49.

⁵⁴ Rees, a.g.e., s. 1.

⁵⁵ Blandine Kriegel, *The State and the Rule of Law*, Çev. Marc A. LePain and Jeffrey C. Cohen, Princeton University Press, New Jersey, 1995, s. 11

⁵⁶ Erdoğan, (2012), s. 55.

⁵⁷ Erdoğan, (2012), s. 55.

Devlet hukuksal bir olgu olmak zorundadır. Hukukun dışında devlet bir tür leviathan'a dönüşür. Nitekim Troper'in de belirttiği gibi devlet her ne kadar sosyal bilimlerin konusu olsa da, öncelikle hukuki bir kavramdır ve yalnızca hukuki olarak tanımlanabilir.⁵⁸ Dolayısıyla şu soruların cevabı hukuk devletinde açıktır: Devleti kim ve nasıl yönetmeli? Bu sorular kendi içerisinde iktidarın norm ve irade sorununu barındırmaktadır. İrade sorunu çoğulcu demokrasi ve norm sorunu da ancak hukuk devleti ile aşılabılır.

B. Modern Hukukun Belirlenmesini Sağlayan Kodlar: Hak, Hukuk Devleti ve Çoğulcu Demokrasi

1. Genel Olarak

Devlet ulusal hukuk sisteminin kişileştirilmiş veya bir başka deyimle somutlaştırılmış halidir. Bu bakımdan devlet ulusal bir yasal düzen tarafından oluşturulan topluluktur.⁵⁹ Bu bağlamda devletin temel normu ise anayasadır. Bu temel, iktidar ve kurumları için norm sınırlılığı ve engeller yaratır.⁶⁰ Anayasa bu özelliğini üstün norm olması ile elde eder.⁶¹ Anayasanın vazgeçilmez temel ilkeleri veya bir başka deyimle kendisiyle beraber getirdiği değerler dizisi vardır. Bu değerler anayasacılığın özünden kaynaklanan kuvvetler ayrılığı⁶², hukuk devleti ve çoğulcu demokrasidir. Bunlar formel ve maddi anlamda devletin hukukunu teşkil eder. Dolayısıyla devletin hukuku demokratik hukuk devleti veya diğer bir söylemle anayasal demokrasidir. Şu halde modern devletin oldukça sofistike iki temel sorunu olarak hak, norm ve irade sorunlarından söz edilebilir. Hukukun belirlenmesi serüveni bu sorunlar üzerinde şekillenir. Bu bağlamda ilk olarak hak sorunu, ikinci olarak hukuk devleti ve üçüncü olarak çoğulcu demokrasi incelenecektir.

⁵⁸ Michel Troper, "Hukuki Devlet Kuramı Üstüne", içinde Devlet Kuramı, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 341.

⁵⁹ Hans Kelsen, General Theory of Law, and State, Çev. Anders Wedberg, Oxford University Press, London 1949, s. 181.

⁶⁰ Ronald Dworkin, Law's Empire, Harvard University Press, Cambridge 1986, 355.

⁶¹ Dworkin, (1986), 356.

⁶² Abbe Sieyès'in belirttiği gibi "anayasa devletin içsel yapılanmasını, farklı kamu güçlerinin içsel örgütlenmesini, bunların zorunlu bağlantılarını ve aralarındaki karşılıklı bağımlılığı kuşatan bir kavramdır. Anayasa, güçlerin akıllı bir şekilde dağıtılmasıyla ilgili politik önlemlerin alınmasını da öngörür. Bu sayede, toplumsal fayda sürekli hale gelir ve bu güçler hiçbir zaman tehlikeli olmaz. Anayasa kavramının gerçek anlamı budur". Aktaran Isensee, a.g.e., s. 213.

2. Hakları Daha Çok Ciddiye Almak

Haklar bireyi özne haline getiren yegane dirimsel kaynaklardır. İnsan haklarıyla birey haline gelip özneleşmektedir. Dolayısıyla insanın ne kadar çok ciddiye alındığı hakların ciddiye alınmasına bağlıdır. Zira insan haklarıyla vardır. Şu halde haklar bir siyasi ve hukuki rejiminin belirlenmesinde en önemli ölçüttür. Peki küresel anlamda yönetimler bireylerin ahlaki ve siyasi haklarına saygı duymakta mıdır? Dworkin'in de belirttiği gibi günümüzde bu tür soruların öncelikli tartışma konusu haline gelmesine şaşırılmamak gerekir. Siyasi bir toplumun bölünmeye uğradığı, işbirliği ya da ortak bir hedef için verilen uğraşlar anlamsızlaştığı zaman haklar kavramının, özellikle yönetime karşı sahip olunan haklar kavramının gündeme gelmesi oldukça doğaldır.⁶³ Bu bağlamda hakların iktidara karşı konumlanmasında ortaya çıkan sorunları teker teker tartışalım.

Birincisi iktidarın hukuk üretmi yoluyla ihdas ettiği haklar sorunudur. Bu sorun hukukun kökeni ve geleceğini yakından ilgilendirmektedir. Bu konuda pozitivist yaklaşım ve doğal yaklaşım olmak üzere iki temel yaklaşımdan söz edilebilir. Birinci yaklaşım esas anlamını Austin'in şu sözlerinde bulmaktadır: *"Her pozitif hukuk veya basitçe ve harfiyen bu şekilde adlandırılan her hukuk bir egemen kişi veya egemen kişilerden oluşan bir egemen organ tarafından, bu kişi veya organının egemen veya üstün olduğu bağımsız bir siyasi toplumun bir üyesine veya üyelerine uygulanır. Başka bir ifadeyle bir monark veya belirli sayıda kişiden oluşan egemenlik tarafından, otoritesine tabi konumda olan bir kişiye veya kişilere uygulanır."*⁶⁴ İkinci yaklaşımda ise bir tutarlılık olmamakla birlikte çoğunlukla, en azından köken bakımından hukukun kökenini aşkın değerlerde, idede, irade üstü olgularda aramaktadır. Biz burada her iki yaklaşımın da yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Özellikle modern hukukun kökenini ve geleceğini bilişsel bir evrime ve bu doğrultuda atılan devrimsel adımlarda olduğuna inanıyoruz. Buradaki bilişsel evrim modernite ile yakından ilgili iken devrimsel adım ise anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak genel ilkeler, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisine ilişkindir.

⁶³ Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, Dost Yayınevi, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara 2007, s. 223.

⁶⁴ Austin, a.g.e., s. 139.

İkincisi bireyler iktidarın norm yoluyla ihdas ettiği hakların dışında birtakım haklara sahip midir? Biz eşyanın tabiatının beraberinde getirdiği determinist bağ ve bu bağın oluşturduğu yasalar dizisinden oluştuğunu öngörmekteyiz. İktidar ve norm birbiriyle ontolojik meşruiyet bakımından bağlı olgulardır. Burada rasyonel bir tercih ve buna bağlı olarak rasyonel bir irade olgusu söz konusudur. Ancak hukukun bilişsel devrimi tam da bu noktada hukukun genel ilkelerinin oluşturmaktadır. Hukukunun genel ilkeri iradenin türevi değildir. Özel ve tözsel anlamda ontolojik meşruiyeti ve epistemeolojik geleceği kendinden menkul bir olgu ile karşı karşıyayız. Dolayısıyla bize göre başta sorduğumuz sorunun cevabı açıktır: Evet, iktidarın norm yoluyla ihdas ettiği hukukun ve dolayısıyla hakların dışında bireyler birtakım haklara sahiptir. Bu haklar iktidarın birer türevi değildir. İlk kez burada iktidarla ilişkilendirilemeyen bir hukuk ve buna balı haklar söz konusudur. Şu halde uygulamada ne kadar bu yaklaşımıza karşılaşmazsak da (çünkü sonuçta ortada bir yönetim iradesi vardır ve bu iradeye bağlı polisi, mahkemesi vb. söz konusudur) teoride bu mantıksal tutarlılığı sağlayabiliriz. Bu noktada Dworkin tam da şunu söylemektedir: *“Ancak bu Yönetimin bakış açısının mutlak anlamda doğru olduğunu göstermez; bunun böyle olduğunu düşünen bir insan, kadın-erkek her yurttaşın, ancak Yöentimin onlara bahşetmeyi seçtiği haklara sahip olduğuna da inanmak zorundadır ki, bu da bireylerin aslında hiçbir ahlaki hakka sahip olmadıkları anlamına gelir”*.⁶⁵

Son olarak hukukun bilişsel devriminin somut bir adımı olan anayasacılığı bu iki sorun karşısında nasıl değerlendirebiliriz? Dworkin bu noktada *“Anayasal sistem Yönetim karşısında sahip olunan ahlaki hakların korunmasına katkıda bulunmakla birlikte, bu hakları tam garanti altına almak bir yana bunların tam olarak ne olduklarını saptamada bile yetersiz kalmaktadır. Bu da bazı hallrde, yasama dışındaki bir bölümün bu sorunlarda son sözü söyleyeceği anlamına gelmektedir ki, böyle bir bölümün temelden yanlış olduğunu düşünen birini nadiren tatmin edebilir.”* Biz bu anlamda Dworkin’e katılmaktayız. Gerçekten de anayasa içerik açısından iktidar karşısında hakları yeterince ortaya koymayabilir ve ciddiye almayabilir. Bu ise iki durum ile ilgilidir. Birincisi söz konusu bu tür bir anayasa sahte veya görünüşte anayasa olabilir. Anayasacılığın özü si-

⁶⁵ Dworkin, (2007), s. 224.

yasi iktidarın sınırlandırılması ve bu sınırlı ortamda bireylerin hak ve özgürlüklerinin krounmasıdır. Görüldüğü gibi anayasacılığın temel motivasyonu haklardır. İkincisi ise anayasa yalnızca basit bir metinden ibaret değildir; bir normlar bütünü ve ilkeler dizisidir. Dolayısıyla anayasa derken bilişsel devrimin esas sonucunu, yani hukukun genel ilkelerini de ortaya koymaktayız.

Öte yandan hakların geleceği ile ilgili de burada bir konuya değinelim. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki haklar rejimi anayasa düzeni içerisinde bir rasyonel bir tercih olarak demokratik hukuk devleti formu ile somutlaşmaktadır. Ancak kolektif bir bilinç oluşturulmadıkça demokratik hukuk devletinin hiçbir coğrafyada garantisi yoktur. Bilişsel evrim ve anayasacılık ekseninde atılan devrimsel adım modern hukukun dirimsel kaynağını teşkil etmektedir. Bu dirimsel kaynak kolektif bir bilinç ile yaşatılmadıkça haklar her zaman için tehlikede olur. Dolayısıyla modern bilinç ile başlayan “haklar çağı” yine bu bilinç ile ancak yasaşatılabilir. Günümüzde otoriter ve totaliter rejimler her an haklara ilişkin bu bilinçin kırılmasını, yani bir kriz anını kovalamaktadır. Kriz anlarından beslenen otoriter ve totaliter rejimler tıpkı haklar gibi her an güncellenen bir rasyonel bilincin eseridir. Şüphesiz bizim burada tercihimiz haklardan yanadır; fakat buna yönelik bir bilinç oluşturulmadıkça ve devam edilmedikçe her zaman için hakların sonu gelebilir.

3. Hukuk Devleti

Hukukun iktidar ile ilişkisinde temel sorun yukarıda da değinildiği gibi iradenin üstünlüğü mü yoksa hukukun üstünlüğünün mü olması gerektiğidir?⁶⁶ Biz bilişsel bir evrime bağladığımız modern hukuku iradenin bir türevi olmaktan kurtarmaktayız. Bu bağlamda hukuk basit bir normlar toplamı veya bütünü değildir. Gelişen ve değişen anlamıyla hukukun belli bir özü ve hedefi vardır. Bu öz ve hedef insan hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır; yani insan onurunun sağlanması ve yaşam pratiğinde insanın anlam dünyasının gerçekleştirilebilmesi için ortam hazırlanmasıdır. Dolayısıyla hukuk maddi ve biçimsel

⁶⁶ Bobbio’nun da belirttiği gibi bu sorun oldukça antikite bir sorundur. Norberto Bobbio, *The Future of Democracy*, Çev. Roger Griffin ve Ed. Richard Bellamy, University of Minnesota Press, Minneapolis 1987, s. 138.

olarak belirli değerler ve ilkeler içerir. Bu değerler ve ilkeler hukukun *telos*udur. Bu değerler ve ilkeler sarmalı ise hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve çoğulcu demokrasi, insan hakları⁶⁷ etrafında somutlaşmaktadır. Bu nedenle hukuk burada bu bağlamda değerlendirilecektir.

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğünü sağlayan, bireyin hak ve özgürlüklerini gerçekleştiren, adaletli bir hukuk düzenine ve bağımsız bir yargıya sahip olan ve hâlihazırda yürürlükteki normları evrensel hukuk kurallarına uygun olan devlet biçiminde belirtilebilir.⁶⁸ Başka bir deyişle hukuk devleti, birey hak ve özgürlüklerinin güvenceye alındığı ve gerçekleştirilmeye dair hukuki ortamın hazırlandığı bir düzendir.⁶⁹ Dolayısıyla hukuk devleti yalnızca devlet ile birey arasındaki ilişkileri düzenleyen ve normların bağlayıcılığının sağlandığı bir sistemden ibaret değildir. Elbette hukuk bireyi ile devlet ve birey ile birey arasındaki dikey ve yatay ilişkileri düzenler; bireylerin yapabileceklerinin ve yapamayacaklarının sınırlarını belirtir. Ancak bu ilişkilerin niteliği bir hukuk devletinde gerek maddi gerek ise biçimsel olarak niteliklidir; yani hak ve özgürlüklere göre konumlanır.

Bunun gerçekleştirilmesi ise her şeyden önce hukukun üstünlüğünün sağlanması gerekir. Gerçekten de çokça tekrarlanan bir anekdota göre XIII. Yüzyıl sonlarında İngiltere’de fakir bir köylü pencereleri kırık bir barakada ailesi ile birlikte yaşamını sürdürmektedir. Hava çok soğuktur ve kırık camlardan karla karışık soğuk rüzgâr girmektedir. Bunu gören birisi köylüye “üşümüş ve mutsuz olmalısınız” der. Köylü ise “hayır” der “biz burada mutsuz sayılmayız, evimize kar girer, yağmur girer, soğuk girer, ancak ‘kral’ giremez”. İşte bu köylüye kral veya bir başka deyişle devlet iktidarı karşısında özerk bir alan tanıyan hukukun iktidar karşısındaki üstünlüğüdür.⁷⁰

⁶⁷ Gerçekten de hukuk devleti haklar konusunda ulaşılmış en mükemmel normatif formdur. Ayrıca bkz. Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge 1985, s. 11-12.

⁶⁸ Füzûzan İnkinciogulları, “Hukuk Devleti”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 1991, 28-30, s. 28.

⁶⁹ Bununla birlikte hukuk devleti tarihi süreç içerisinde gelişen ve antik yapısı bulunan da bir olgudur. Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law*, Cambridge University Press, New York 2004, s. 7. Hukuk devleti evrimsel süreç içerisinde kimi zaman gerçekleştirilen devrimsel adımlarla gelişim göstermiştir.

⁷⁰ Yılmaz Aliefendioğlu, “Hukuk- Hukukun Üstünlüğü- Hukuk Devleti”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001-2, 29-68, s. 29-30.

Modern devletin anayasal devlete evrimleşmesi sürecinde hukuk devleti ilkesi önde gelmektedir.⁷¹ Yol gösterici niteliğindeki hukuk devleti çifte işleve sahiptir. Bu bir yandan anayasa hukukunun kimi kurumlarını paranteze alırken (paranteze alma işlevi) diğer yandan anayasa hukuku için yeni ve türetilmiş alt ilkelerin oluşumunda (oluşum işlevi) yol gösterici olarak rol oynar. Bu çifte işlev genelde anayasal devletin ne olduğu ve onun temel ilkelerinin gelişimini az ya da çok belirleyen prensiplerin listelenmesi istendiğinde (ki bunlar aynı zamanda hukuk devletinin temel ilkeleridir) yeterince açıklanamaz veya görmezden gelinir.⁷² Bütünlükçü bir yaklaşımla hukuk devleti bu işlevleriyle normatif anayasa teorisinin sınırlarını belirler. Dolayısıyla alan dışı ilkelere başvurmaya gerek kalmaksızın, hukuk devleti, bize anayasal devletin hukukunun peşinde doğru bir iz üzerinde olduğumuzu gösterir. Çünkü modern anayasal devletin hukuku mümkün olduğunca anayasal güvenceler etrafında formülleştirilmesi gerekir. Şu halde hukuk devleti modern devletin hukukunun anlaşılmasında sıkı sıkıya bağlı kalınması gereken bir gerçekliği sunmaktadır.

Hukuk devleti, hukuka bağlı ve hukukla boyunduruk altına alınmış devlettir. Bu tür bir devlet, kendi isteğiyle değil, özgür ve eşit insanların yasalar aracılığıyla bir araya gelerek oluşturdukları bir devlettir. Bu çifte teoloji sayesinde, hukukun bağlayıcılığı ve özgürlüğün güvence altına alınması, hukuk devletinin biçimsel ve maddi yönünü açığa çıkarmaktadır. Bu bağlamda hukuk devletinin temel ilkeleri kuvvetler ayrılığı ilkesi, anayasanın ve yasanın önceliği, yasal çekinceler, yasaların belirli ve açık olması, hukuksal güvence ve güvenin korunması, yasanın geriye doğru işlemesinin sınırlandırılması, tek tek bireylerin haklarının devlet karşısında güvenceye bağlanması ile ilgili olan ilkelere dir.⁷³

⁷¹ Gerçi adalet olgusu Ortaçağ dönem ve sonrasında da kral ve devlet arasındaki ilişkiyi belirleyici bir olgu olmuştur. Alan Harding, *Medieval Law and the Foundations of the State*, Oxford University Press, New York 2001, s. 295. Dolayısıyla hukuk devletinin izlerini burada adalet olgusu üzerinden de srnek mümkündür.

⁷² Andreas von Arnould, "Hukuk Devleti", *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Arslan Topakkaya, Lale Yayıncılık, 2014, s. 715.

⁷³ Arnould, a.g.e., s. 716.

Şu halde anayasal devlet, iki farklı anlamda hukuk devleti ilkesinin genişletilmesi olarak ifade edilebilir. En yüksek norm olması sayesinde yasaların bağlayıcı niteliğini arttırır; yasanın önceliğini anayasanın önceliği sayesinde radikalleştirir. Bu şekilde, yasa koyucuya hukukun bağlayıcı ilkesini genişletme imkânı sunar; anayasa hukuku bakımından daha doğru bir söylemle temel haklar bağlamında bağlayıcı bir hukuk haline gelir. Anayasa, anayasal devlet olgusunun maddi boyutunu yasama gücünü de geçerli hukukla bağlı kılarak daha anlaşılır hale getirir ve aynı zamanda sosyal düzenin korunmasını sağlar.⁷⁴ Dolayısıyla anayasal devlette ne bir sihirbaz olur ne de deyim yerindeyse şapkadan tavşan çıkar. Hukuk ve devlet olguları ancak bu şekilde, yani hukuk devletiyle sağlam bir birliktelik oluşturur.

Hukuk devleti Hegelvari bir devlet genişlemesinin karşısında hukukun genişlemesi söz konusudur. İnsanın bedenine ve hareket kabiliyetine sahip olması, insanın hak ve özgürlüklerinin garanti altına alınması ve devlet iktidarının sınırlandırılması hukuk devleti sayesinde gerçekleştirilmiştir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi ve sosyal ve siyasal düzenin temeli olarak insan haklarının ilanı yine hukuk devleti düşüncesinin ürünüdür. Hukuk devleti denge ve denetimiyle her an oynanabilen bir düzen kurarak demokrasiye de göz kırpmıştır. Bu bakış açısı iktidar olgusunu gökyüzünden yeryüzüne indirmiş ve meşruiyet olgusunu tekil ve tekel yöneticiden iyi yönetim olgusuna evirmiştir. Görüldüğü gibi, burada anayasacılık düşüncesi ortaya çıkmaktadır.

Bununla beraber hukuk devletinin teolojik kökenine de değinmek gerekir. Zira belirtilen hukuk devletine ilişkin güvenlik tedbirleri kendi başlarına bir amaç gütmazler. Yasaların bağlayıcılığı, hukuksal korunma, hukuk güvencesi gibi prensip ve kurumlar nihai olarak insan onuruna, bireysel otonomiye duyulan saygının bir ifadesidir. Bireysel otonomi bireyin güvenli bir ortamda yaşamını planlayabilmesini gerektirir. Bu tür bir güveni gerçekleştirmekle görevli hukuksal düzenin kendisinin de güven içerisinde olması gerekir. Kendi güvenliği için kurulmuş kurumları her şeyden önce bizzat kendileri hukuksuzluğa neden olmamak bağlamında hukuka bağlı olmalıdırlar. Dolayısıyla tanınan, güvenilir (yalnızca kâğıt üzerinde kalmayan) ve öngörülebilir (keyfi ya da sürprizlere açık olmayan) hukuk, mahkeme yoluyla hukukun korunmasında olduğu gibi, bireyin özgürlüğüne duyulan say-

⁷⁴ Arnould, a.g.e., s. 719.

gının bir ifadesidir. İşte bu otonomi düşüncesi “mutluluğun peşinden koşan ve ona kabiliyetli olan” bir insan tasavvuru ile bağlantılıdır. Bu tür bir insan kendine hedef koyar, kendini bizzat amaç olarak görür ve buna göre davranır. Dolayısıyla insan onuru düşüncesinden yalnızca “insanın özgür olduğu (kendini ve çevresini belirleme bağlamında) sonucu değil, aynı zamanda her insanın eşit olduğundan bu özgürlüğe sahip olması gerektiği sonucu da çıkar”.⁷⁵

Öte yandan burada hukuk devletin denge ve denetim yanını oluşturan yargı iradesinden, özellikle de anayasa yargısından söz etmek gerekir. Yargı iradesi burada araçsal bir özellik arz etmektedir.⁷⁶ Burada anayasanın yasama iradesi yasası karşısında önceliği ilkesinden hareket edilmektedir. Gerçekten de anayasa yargısına verilen en büyük yetkilerden biri yasaların iptali diğer ide anayasa şikâyeti yoluyla hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesidir. Belli bir kuruma anayasanın hukuki bağlayıcılığını güvence altına alma yetkisinin verilmesi, siyasi iktidarın hukuki temellendirmesinin bir neticesidir. Anayasa yargısı, yazılı anayasa fikrinin mantığını, bağlayıcı hukuk normu şeklinde fiilen hayata geçirmektedir. Yazılı bir anayasa bir ülkede en üst yasa ve yalnızca belli bir usulle ve zorlaştırılmış şartlarla değiştirilebilir olmak zorundaysa, yasama iradesinin onunla çelişin işlemleri hükümsüz olmalıdır. Hükümsüzlüğün tespitini bir anayasa mahkemesinin yapması engellenemez, zira aksi durumda anayasanın üstünlüğü pratik sonuçta terk edilmiş olacaktır. Dolayısıyla bu işlev için özel olarak kurulmuş ve kendisi doğrudan doğruya hiçbir siyasi gücü elinde bulundurmeyen bir anayasa mahkemesi var olmalıdır.⁷⁷ Anayasanın son operasyonel kurumu olan anayasa mahkemesine anayasanın korunması ve uyarlanması, güvenilirliği ve esnekliği arasında dengenin ve anayasanın kimliğinin korunarak dönüşümünün üstesinden gelme görevi düşmektedir. Dolayısıyla her şeyden önce bir anayasa mahkemesi, siyaseti kapsamlı olarak hukukileştirmekten ve aynı şekilde kendisini siyasileştirmekten kaçınmalıdır.⁷⁸

⁷⁵ Arnould, a.g.e., s. 729.

⁷⁶ Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End*, Cambridge University Press, New York 2006, s. 77.

⁷⁷ Otto Depenheuer, “Anayasanın İşlevleri”, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Mısra Tan, Lale Yayıncılık, 2014, s. 562-563.

⁷⁸ Depenheuer, a.g.e., s. 563. Ancak anayasa mahkemeleri diğer mahkemelerden daha çok siyasi özellikler taşıyan hususlarda karar vermek zorundadırlar.

3. Çoğulcu Demokrasi

Hukuk düzeni ani çekilmiş bir resimde (enstantane) isabetli ve net olarak görülebilen statik bir olgu değildir. Aksine hukuk olgusu değişim ve dönüşüme uğramaktadır.⁷⁹ İşte anayasa bu değişim ve dönüşümün başını çekmektedir. Anayasa devlete halkın genel iradesine uygun olarak meşruluk kaynakları sağlar. O, halkı meşruluk öznesi olarak koşullandırır.⁸⁰ Bu aynı zamanda modern devletin hukukuna ilişkin irade sorunudur. Anayasal devletin parametrelerinden biri hukuk devletiyse diğeri de çoğulcu demokrasidir. Dolayısıyla anayasal devlet demokrasiyi ihmal edemez; zaten demokrasi anayasal hukukunun irade sorunuyla birebir ilişkilidir. Zaten böyle olmasaydı, hukuk devleti hedefinden sapardı. Dolayısıyla eğer anayasal devletin hukuku, demokrasinin, yani irade sorununun doğru anlamı hakkındaki fikri çabaları ihmal ederse, kendisiyle ilgili verilen karar farkında olmadan bir dönüşüme uğrar ki nihayetinde kimsenin içinden çıkmayacağı bir sanrıya dönüşür. Şu halde anayasal demokrasi teorisi salt bir demokrasi kavramından ziyade, normatif geçerliliği yanında hukuk bilimi tarafından da geliştirilmesi gereken işlevsel içeriklere de sahiptir.

Demokrasi düşüncesi iktidara yönelik irade ve istekten kaynaklandığına göre, o zaman halkın iktidarı tek tek bireylerden yola çıkılarak gerekçelendirilebilir. Halkın kendisi, varlık bilimi açısından bir bütün olarak, ne irade ne de fiil ehliyetine sahiptir; yani yönetmeye muktedir değildir. Yalnızca halk müntesipleri, bireylerin toplamını oluşturur. Onların siyasi icraat ve etki birliği ile olan bağlantısı bir düzenleyici sürece ihtiyaç duyar ki “meşruiyet sağlayan olgu olarak” halk egemenliğinin talebine devlet iktidarını fiilen halka ve onun iradesine dayandırılarak yanıt verebilsin. “Eşit toplumsal fırsatlara sahip bir demokraside de vatandaşlar (devlet halkı) ancak devlet vasıtasıyla-

Mahkemelerin kararları genellikle geniş kapsamlı siyasal etkiler doğurmaktadır. Ayrıca anayasa mahkemelerinin kararları ayrıntılı hukuksal kurallara dayanarak değil zorunlu olarak ilke normlar biçiminde konulmuş olan ve ayrıntılarının sonradan belirlenmesi gereken anayasa kurallarına dayanılarak verilmektedir. Zafer Gören, “Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 81-145, s. 90.

⁷⁹ Cristoph Grabenwarter, “Hukuk Düzeni Hiyerarşisinde Anayasa”, içinde Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Hilal Kafkas, Lale Yayıncılık, 2014, s. 403.

⁸⁰ Isensee, a.g.e., s. 214.

la bir siyasi düzen tesis edebilir".⁸¹ Bu iradeye olanak tanıyan düzen demokrasinin hakikatini de dile getirir. İşte bireysel iktidar iradesinin halkın ortak iradesine "dönüşümü" hayali, yani Rousseau'nun ölçüsünde *volente de tous'unvolontegenereale'*ye inkılâbı, o oranda inandırıcı hale getirilmeli ki bir diğer yoruma imkân kalmamalı; bunu sağlamak için de kurum ve süreçlere ihtiyaç vardır.⁸² Söz konusu bu veriler ışığında demokratik bir anayasa ya zorunlu olarak şu üç hususu düzenleme görevi verilmiştir: vatandaşlık şartları, iradeyi ifade etme hakkı ve bunun yol ve yöntemi. Demokrasinin açık taslağı, bir yandan farklılıklara açık alan bırakıyor, bunlar birbirinden uzak duran düzenleme biçimleri de olabilir, diğer yandan da demokratik devlet düzeni için yapıcı olan kimi asgari hususları şart koşuyor.⁸³

Anayasal demokrasi fikrine giden neden, burada, hukuka uyma emrinden kaynaklanan iktidara itaat gerçeğinde yatmaktadır. Ancak aynı çıkış noktası farklı bir algı gerektirmektedir. Zorunlu olan, fazlaca öne çıkarılan hürriyetçi-ideolojik yaklaşımı teorik bir gerçeklikle ika-me eden başka bir anlam tasavvuruna geçilmesidir. Yalnızca bu anlayış demokrasinin gerçek anlamda ne olduğunu ortaya koymaktadır. O da halkı oluşturan bireylerin iktidar iradesinden kaynaklanan devlet yönetimidir. İşte bu iktidar iradesi veya hükmetmek isteği demokrasi düşüncesine temel teşkil etmektedir. Bireysel özgürlüğe değil, insan doğasında bulunan yönetmek iradesine işaret etmektedir.⁸⁴ Siyasi iktidarın sahibini belirleme (zorunlu olarak diğer hukuki normlardan üstün) halkın anayasası aracılığıyla gerçekleşmektedir, halka aktarıldığı durumda da aynı husus geçerlidir. Demokrasi özerk bir anayasal kararın ürünüdür. Halk egemenliği ile bağ kurar ve bunu asli kurucu iktidarın sahipliği üzerinden bir devlet ve yönetim şekline dönüştürür.⁸⁵

Demokrasi burada halk-oylamacı değişim iradesine etkin bir saha sağlayarak ve anayasa hukuku açısından önem vererek, siyasi iktidarın bir düzenleyici şekli olmaktadır. İktidar iradesini halkın denetimine

⁸¹ Hans-Detlef Horn, "Demokrasi", içinde Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Hüseyin Yıldız, Lale Yayıncılık, 2014, s. 786-787.

⁸² Horn, a.g.e., s. 786-787.

⁸³ Horn, a.g.e., s. 787.

⁸⁴ Horn, a.g.e., s. 783.

⁸⁵ Horn, a.g.e., s. 774.

tabi kılmaktadır ki zaten halk yönetiminin can alıcı noktası da budur. Bu tür nüfuz olanaklarının bulunmadığı yerde devlet iradesi yalnızca hukuk devleti sınırlarının ve iyi niyetli amaçların dışında kalarak halkın genel menfaatlerini dikkate alması gerekirken bireysel olanlara hizmet etmek tehlikesiyle karşı karşıya kalmaz. Bununla beraber, özellikle siyasi iktidardan dışlanıp genel bir muvafakat imkânını –beklentilere yanıt vermeksizin- asgariye indirerek, toplumsal bir isyan çıkma ihtimalini de yükseltebilir. Ancak devletin demokratik irade oluşumu herkesi kapsar. Devlet içerisinde nesnelleştirilmiş iktidarın, bireyin özne iradesinde topraklanması gerçekleştirilir; onun toplamından da halkın iradesi meydana gelmektedir. Gerçi bu durum iktidarın yoğunlaşmasına ve “nüfuz altına alınmış yaşam sahasının” genişlemesine neden olan bir eğilimi doğurmaktadır. Yalnız etkisi aynı zamanda nev-i şahsına münhasır bir şekilde mutedilleştirilmektedir. Demokrasi böylelikle diğer devlet şekillerine nazaran ihtilallere karşı daha dirençlidir ve “hükümetin kan akıtılmadan seçimler vasıtasıyla değişebilmesinin” koşullarını sağlamaktadır.⁸⁶

Görüldüğü gibi demokrasi de anayasa yoluyla meşrulaşmaktadır. Devlet iktidarı ve yürürlükteki hukuk artık değiştirilemez olarak evelden saptanmış, yani ilahi olarak yasalaştırılmış görülüyorsa; akıl mahkemesinde, somut olarak bireylerin özgürlük talepleri karşısında, rasyonel olarak meşrulaştırılma ihtiyacı duyar. İşte anayasalar bu görevi yerine getirmektedir. Belirledikleri, anayasal bir devlette özne olarak meşrulaştırılır. Devlet iktidarının meşrulaştırılması işlevi, her normatif anayasada kendine özgüdür. Devlet iktidarının meşrulaştırılması, anayasa ile sonuca ulaşır. Bunun dışında bir meşrulaştırma artık gerekli değildir. Modern devlette anayasa, meşruluk sorununun yapı taşını teşkil etmektedir. Siyasi nizamın meşruluğuna ilişkin soru, pozitif hukuka göre kendine atıfla anayasayı işaret etmektedir.⁸⁷ Anayasalar hukuk normları olup sadece, bağlayıcı olmayan programlar, devletin amaçlarının tespiti, simgeler ya da taahhütler değildir. Normun muhataplarına yönelik bağlayıcı bir yürürlük ve teminatların güvenirliliğini hedeflemektedir. “Topluluğun temel düzenlemesi olarak” anayasa, hukukun siyasi üstünlüğünü güçlendirmektedir. Halkın yap-

⁸⁶ Horn, a.g.e., s. 777-778.

⁸⁷ Depenheuer, a.g.e., s. 555-556.

tığı anayasa, kişisel meşruluğu olan egemenliğin öznel keyfiliğinden, kendi yaptığı yasalar uyarınca halkın nesnel, öngörülebilir ve denetlenebilir egemenliğine geçişi ifade etmektedir. Yetki kullanımı, verasete, dini hakikatlere ya da siyasi zorunluluklara değil, sadece hukuka dayalı olduğunda meşrudur. Anayasa sadece hukuku meşrulaştırmaktadır, her şeyden önce kendisi de pozitif bir normdur.⁸⁸

Şu halde anayasa ile beraber pozitif hukuk ve halk egemenliği, siyasi keyfiliğin ve hükümdarın egemenliğinin yerine geçmektedir. Devletin bütünlüğü artık hükümdar ile değil, anayasa ile temsil edilmektedir. Otokrasilerde hukuk olağan veya otokratın ilan edilmiş iradesidir. Modern demokrasilerde ise hukuk toplumların temsilcileri tarafından, yani bir meclis iradesi tarafından ihdas olunur.⁸⁹ Ancak demokratik hukuk devletine varma tırmanışında meclis iradesi de bir ra basamaktır. Zira hukuk bilişsel bir devrim sonucunda genel ilkelerini geliştirmiştir. “Büyülü parşömen” anayasa, devlet teşkilatını meydana getirmekte ve devleti hukuki anlamda bir devlete dönüştürmektedir. Hukukun düzeninin belirlediği, sadece, hukuk mantığında devletin ne olduğudur. Yasa olarak anayasa devletin bütünlüğünü gerçekleştirmekte ve sembolize etmekte; ancak devlet ile özdeş hale gelmemektedir. Aksine devlet olmak, hukukun temeli ve güvencesi olmaktadır.⁹⁰

Öte yandan çoğulcu demokrasi de anayasacılığın beraberinde getirdiği değerler dizisinden biridir. İktidarı sınırlandırmak ve hak ve özgürlükleri güvenceye bağlamak hedefini kendisine koyan anayasacılık iktidar karşısında irade sorununu çoğulcu demokrasi ile aşmaktadır. Çoğulcu demokrasiyi tam zıttı yönde Machiavelli’nin ifadelerinde bulmak mümkündür. Ona göre nasıl görüldüğünüzü herkes görür, ama çok az kişi gerçekte nasıl olduğunuzu bilir ve o az sayıdaki kişi, arkalarında devletin desteği olan çoğunluğun görüşüne karşı çıkmaya cesaret edemez ve insanların, özellikle de başvurulacak bir mahkemenin olmadığı prenslerin eylemlerine gelince önemli olan sonuçtur. Yani bir prens iktidarı ele geçirecek ve koruyacak şekilde bulunmalıdır; başvurduğu yöntemler daima onurlu sayılacak ve herkes tarafından övülecektir, çünkü sıradan insanlar daima bir şeyin görüntüsüne

⁸⁸ Depenheuer, a.g.e., s. 561-562.

⁸⁹ Bernard Crick, *Democracy*, Oxford University Press, New York 2002, 97.

⁹⁰ Depenheuer, a.g.e., s. 565.

ve sonuçlarına aldanır. Dünyanın büyük kısmı sıradan insanlardan oluşur ve az sayıda olanlar ancak çok sayıda olanlar dayanacak yer bulamayınca kendilerine yer bulurlar.⁹¹

Demokrasi Bobbio'nun deyimiyle barışçıl bir şekilde bir arada var olmaya ve yaşamaya dair bir kurallar⁹² ve kurumlar sistemidir. Çoğulcu demokrasiyi ise en etkileyici biçimde Dworkin açıklamaktadır. Ona göre ortaklık demokrasisi anlayışında, halkın kendi kendini yönetmesi bir şirketteki veya bir ortaklıktaki ilişkiye benzemektedir. Nasıl ki bir şirkette yönetici olarak seçilenler yalnızca kendilerini için değil tüm ortakların çıkarlarını sağlamaya yönelik kararlar alıyorsa, ortaklık demokrasisinde de yönetici olarak seçilenler toplumun tamamını gözetken kararlar almak zorundadır.⁹³ İşte bu yönüyle ortaklık demokrasisi anlayışı çoğunlukçu demokrasi anlayışı kadar yaygın bilinmemekle birlikte, demokrasi hakkında çok farklı bir bakış açısı sunmaktadır. İnsanların arasında anlaşmazlıklar olsa bile, aynı bir ortaklıkta olduğu gibi, birbirlerinin çıkarını gözeterek karar almasını sağlayan koşullar nelerdir? Bu bağlamda şu üç şart en azından düşünce düzeyinde gerçekleştirilmelidir. İlk olarak bireyler siyasal kararlar üzerinde eşit söz hakkına sahip olmalıdır. Bu yalnızca bireylerin oy hakkına, hatta eşit oy hakkına sahip olması anlamına gelmez. Hiçbir birey, sırf düşünceleri rahatsız verici olduğu için medyaya erişim olanağından ve siyasal sürece katılım hakkından yoksun bırakılmamalıdır. Ortaklık demokrasisinin ikinci şartı eşit özen ilkesidir. Herkesin bireysel varoluş koşulları ortak kararlarda gözetilmelidir. Ortak kararlar yalnızca çoğunluğun çıkarlarını değil, herkesin çıkarlarını dikkate almalıdır. Zira herkesin hayatı eşit önemdedir. Ortaklık demokrasisinin üçüncü şartı en tartışmalı olanıdır ve aynı zamanda en önemlisidir. Bu şart bireylerin onurunu korumak amacıyla, yalnızca kendilerinin karar vermesi gereken konularda çoğunluk tarafından herhangi bir şekilde karar alınmamasını öngörür. Siyasal kararlar ancak bireylerin onuru ile uyumlu olduğu oranda ortaklaşa alınmalıdır.⁹⁴

⁹¹ Machiavelli, a.g.e., s. 87-88.

⁹² Norberto Bobbio, *Old Age and Other Essays*, Çev. Allan Cameron, Polity Press, Cambridge 2001, s. 76.

⁹³ Ronald Dworkin, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39, s. 28.

⁹⁴ Dworkin, (2011), s. 29-30.

Sonuç

Anayasa basit bir normlar toplamı değildir; aynı zamanda bir değerler ve düşünceler bütünüdür. “Büyülü parşömen” olan anayasa bir yandan modern devleti dizayn etmekte diğer yandan insanların hak ve özgürlüklerini korumaktadır. Dolayısıyla anayasal devlette iktidar ilişkilerinde özne birey ve onun iradesidir. İktidar ve onun somut formu niteliğindeki devlet ise bu söz konusu iktidar ilişkilerinde nesne konumundadır. Özne-nesne ilişkisi bu şekilde kurulduğunda ancak anayasal devlet bir anlam ifade eder. İşte bu doğrultuda anayasacılık⁹⁵ iktidarın sınırlandırılması ve bu sınırlı ortamda bireyin hak ve özgürlüklerinin tanınıp güvenceye bağlanmasını ifade eder.⁹⁶ Anayasacılığın özü bu bağlamda denge ve denetimdir. Bu şekilde iktidar karşısında konumlanan anayasacılık düşüncesi beraberinde çeşitli değerler ve düşünceler bütünü getirmektedir. Bunlardan en temelleri de hukuk devleti, çoğulcu demokrasi ve kuvvetler ayrılığıdır. Anayasa hukukun kaynağıysa anayasacılık da bunun temel felsefesi ise o halde hukukun da buna göre şekillenmesi beklenir. Dolayısıyla gelişen ve değişen anlamıyla hukuk olgusu modern zamanlarda anayasacılık düşüncesi üzerinde temellenmektedir. Bu durum aynı zamanda Rousseau’nun şu endişesini de çözümlemektedir: İnsanlar özgür doğdular; ancak her yerde prangalanmışlardır.⁹⁷

İşte bu doğrultuda norm ve irade sorunu hukuk olgusunun karakterini belirlemede iki önemli etkidir. Norm sorunu hukuk olgusunun köken veya kaynak sorununu çözümlerken irade sorunu ise hukuk olgusunun eylemselliğini ortaya koyar. Yönetime ilişkin norm ve irade oluşumları ve gelişimleri bir bütün olarak birbirinden farklıdır. Norm hukuksal alana, irade ise politik alana aittir. Bu bakımdan norm ve irade birbiriyle uyuşmazlar ve çoğunlukla çatışma halinde-

⁹⁵ Anayasacılık modern siyasal düşünce içerisinde önemli bir araç konumundadır. Anayasacılık, sözleşmesel metaforların konuşlandırılması, siyasi düzenin özgür ve eşit bireylerin anlaşmasına dayandığı yönünde bir inanç taşması nedeniyle özellikle yararlıdır. Anayasacılık özgürlük ve eşitlik değerleriyle ilişkilidir. Martin Loughlin, *Sword and Scales*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2000, s. 174.

⁹⁶ Locke bu bağlamda anayasacılığın önemli temsilcilerinden biridir. O sınırlı iktidar teorisinin önemli bir temsilcisidir. Ona göre iktidar hiçbir zaman keyfi olmamalıdır. Loughlin, a.g.e., s. 166.

⁹⁷ Loughlin, a.g.e., s. 162.

dirler. Buradaki gerilim iradenin norm üretmeye, bir başka söylemle politik alanının hukuk üretmeye girişimi ile ortaya çıkmaktadır. Normun etkinliği ve uygulanması aşamasında ise gerilim gittikçe artmaktadır. Nitekim iradenin normu üretme ve norma egemen olma girişimi tarihsel süreç içerisinde yönetimlerin karakterini belirleyen en önemli değişken konumunda olmuştur. Gerçekten de Machiavelli'nin iktidarı hükümdara eşitme ve hükümdar iradesini yüceltme teorisi, Bodin'in ve Bossuet'in monarşiyi ve devlet iradesini yüceltmesi, Hobbes'un Leviathan'ı, Rousseau'nun genel iradesi ve Hegel'in kutsalı bu bağlamda örnek gösterilebilir. Dolayısıyla norm ve irade özdeşliği veya iradenin norma karşı egemenliğinin yönetimleri nasıl bir başkalaşıma uğrattıkları açık bir şekilde ortadadır.

İradenin hukuku tekel olarak sahiplenmesi normun kökeninin irade olduğu anlamına gelmez. İradenin burada yaptığı bir tür zorbalıktır. Böylece irade normu yaşam rejimindeki bir aleti ve oyunun bir parçası olarak tasarlar. İrade yaşam rejimini oluşturur ve oyun kurallarını belirler. Temel normun, yani anayasacılılığın somut bir formu olarak anayasanın, değerler ve düşünceler dizisinden oluşan ve buna bağlı olarak gelişen bir değer yargısı vardır. Ancak temel norm aynı şekilde mantıksal tutarlılığa ve reel bütünlüğe de sahiptir. Dolayısıyla temel norm ile türev norm arasındaki bağ belirli bir dayanağı ve tekniği bulunan bir etkileşim olarak somutlaşır. O halde temel norm ile türev norma arasında bir değer hiyerarşisi sorunu yoktur. Burada temel normun vücut bulup cisimleşmesi ve eylemsellik kazanması söz konusudur. Yani türev norm bir anlamda temel normun bizatihi kendisidir. Ancak türev norm temel norma, bir başka deyimle dirimsel kaynağına varma tırmanışında değişken ve dinamik bir yapı sergilediği ve yeryüzünde reel süreçlerde mümkün olan en doğru formu kazanmayı hedeflediği söylenebilir. Bu nedenle türev normun dinamik bir yapısının olduğunu ve statiği ve statükoyu amaçlamadığını belirtmek gerekir. Bu durumda türev normun kaynağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Pozitivist yaklaşım bu soruna "devletçi pozitivizm" yaklaşımıyla karşılık vermektedir. Oysa türev norm yukarıda da belirtil-diği gibi temel normdan kaynaklanmaktadır ve ona dayanmaktadır.⁹⁸

⁹⁸ Normun gerek oluşumu gerek etkinliği ve uygulanması aşamasında politik veya hukuk dışı diğer etkenler tarafından müdahale görmesi normu yozlaştırır ve araçsallaştırır. Nitekim Orwell'in Hayvan Çiftliği adlı eserinde temel normun türev

Dolayısıyla türev normun oluşuma ilişkin bir politik veya belirsiz irade sorunu yoktur.

Politik alan ve hukuksal alanının birbirinden ayrımlanması yerindedir. Bununla birlikte aynı ayrımlanma esas anlamını normun ve normlar bütün olarak hukukun oluşum sürecinde bulmaktadır. Ancak hukuksal pozitivizm olan normu politik alandan ayrımlamakta ancak oluşan normu, yani hukukun üretimi aşamasını politik alandan aynı şekilde ayrımlamamaktadır. Halbuki temel ve türev normuyla bir bütün olarak hukuk politik alandan gerek oluşumu gerek uygulanması sürecinde tamamıyla ayrımlanmalıdır. Dolayısıyla bu bir çelişkidir. Zira aksi takdirde normun normallığı, bir diğer deyişle yasanın yasalılığı sorunu ortaya çıkar. Buna göre politik alandan norma yönelen her türlü irade bildirimi yasal olurken temel normdan ileri gelen herhangi bir değer ve bunun somutlaşmış biçimi olarak bir norm “normal” ve yasal olarak kabul edilmeyebilir. Ancak bir yandan kaynağı hukuk dışı olan bir normun normal olarak görülmesi diğer yandan ise özü ve biçimiyle tamamıyla hukuksal alana ait olan bir normun normal olarak görülmemesi kabul edilemez. Sonuç olarak hukukun gerek oluşumu gerek uygulanmasında anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak hukuk devleti, çoğulcu demokrasi ve kuvvetler ayrılığı bir gerçekliktir ve dikkate alınması kaçınılmazdır.

Kaynakça

- Ağaoğulları Mehmet Ali ve Levent Köker, Tanrı Devletinden Kral Devlete, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2013.
- Aliefendioğlu Yılmaz, “Hukuk- Hukukun Üstünlüğü- Hukuk Devleti”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001-2, 29-68.
- Arslan Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, *Doğu Batı Dergisi*, 3. Baskı, Ankara 2012, 67-89.
- Arnauld Andreas von, “Hukuk Devleti”, *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Arslan Topakkaya, Lale Yayıncılık, 2014.
- Austin John, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye ve Umut Koloş, Tekin Yayınları, İstanbul 2015.

norma dönüşmesi aşamasında hukuk dışı müdahalelerle nasıl esasını yitirdiği ve dolayısıyla yozlaştırıldığı oldukça çarpıcı bir şekilde ortaya konulmaktadır. Bkz. George Orwell, *Hayvan Çiftliği*, Can Yayınları, Çev. Celal Üster, 27. Baskı, İstanbul 2012.

- Bobbio Noerberto, *Old Age and Other Essays*, Çev. Allan Cameron, Polity Press, Cambridge 2001.
- Bobbio Norberto, *The Future of Democracy*, Çev. Roger Griffin ve Ed. Richard Bellamy, University of Minnesota Press, Minneapolis 1987.
- Brenner Michael, “Devletin Görevleri”, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabzenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Atilla Erkal,, Lale Yayıncılık, 2014
- Crick Bernard, *Democracy*, Oxfrod University Press, New York 2002.
- Depenheuer Otto, “Anayasanın İşlevleri”, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabzenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Mısra Tan, Lale Yayıncılık, 2014.
- Donaldson Peter S., *Machiavelli and Mystery of State*, Cambridge University Press, New York 1988
- Duguit Leon, *Law in the Modern State*, Çev. Frida ve Harold Laski, B. W. Huebsch, London 1919.
- Dworkin Ronald, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39.
- Dworkin Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge 1985.
- Dworkin Ronald, *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambrdige 1986.
- Dworkin Ronald, *Hakları Ciddiye Almak*, Dost Yayınevi, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara 2007.
- Erdoğan Mustafa, “Hikmet-i Hükümet’ten Hukuk Devletine Yol Var Mı?”, *Doğu Batı Dergisi*, 13, 3. Baskı, Ankara 2012, 47-59.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi*, 13. Baskı, Ankara 2017.
- Gören Zafer, “Anahyasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 81-145.
- Habermas Jurgen, “Modernity—An Incomplete Project”, içinde H.Foster (ed.), *Post-modern Culture*, Pluto Press, London 1985.
- Harding Alan, *Medieval Law and the Foundations of the State*, Oxford University Press, New York 2001.
- Hobbes Thomas, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 14. Baskı, İstanbul 2016.
- Holdsworth W., *A History of English Law*, Cilt XIII, Methuen and Sweet & Maxwell, London 1952.
- Horn Hans-Detlef, “Demokrasi”, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabzenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Hüseyin Yıldız, Lale Yayıncılık, 2014.
- Grabenwarter Cristoph, “Hukuk Düzeni Hiyerarşisinde Anayasa”, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabzenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Hilal Kafkas, Lale Yayıncılık, 2014.
- Fitzpatrick Peter, *The Mythology of Modern Law*, Routledge, New York 2002.

- Kelsen Hans, "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Çev. Yasin Sönmez, C. 64, S. 3, 2015, 857-914.
- Kelsen, Hans, *Saf Hukuk Kuramı*, Nora Kitap, 1. Baskı, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, 2016.
- Kelsen Hans, *General Theory of Law, and State*, Çev. Anders Wedberg, Oxford University Press, London 1949.
- Kriegel Blandine, *The State and the Rule of Law*, Çev. Marc A. LePain and Jeffrey C. Cohen, Princeton University Press, New Jersey, 1995.
- Loghlin Martin, *Sword and Scales*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2000.
- Machiavelli Nicolo, *Prens*, Remzi Kitabevi, 3. Basım, İstanbul, 2016.
- Orwell George, *Hayvan Çiftliği*, Can Yayınları, Çev. Celal Üster, 27. Baskı, İstanbul 2012.
- İkinciogulları Füzuran, "Hukuk Devleti", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 1991, 28-30.
- Isensee Josef, "Anayasanın Devleti", *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Arslan Topakkaya, Lale Yayıncılık, 2014.
- Pierson Christopher, *The Modern State*, Routledge, 2. Baskı, New York 2004.
- Rees E. A., *Political Thought from Machiavelli to Stalin*, Palgrave Macmillan, New York 2004.
- Rousseau Jean Jacques, *Toplum Sözleşmesi*, Çev. Ayşe Meral, Alfa Yayınları, İstanbul 2016.
- Sancar Mithat, "Devlet Akı" *Kıskacında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2014.
- Strauss, Leo, "Tabii Hak ve Tarih" içinde *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2013.
- Tamanaha Brian Z., *On the Rule of Law*, Cambridge University Press, New York 2004.
- Tamanaha Brian Z., *Law as a Means to an End*, Cambridge University Press, New York 2006.
- Tunçay Mete, *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2014.
- Troper Michel, "Hukuki Devlet Kuramı Üstüne", içinde *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2013.