

Algısı ve Olgusuyla
HUKUK DEVLETİ:
Eleştirel Bir Bakış

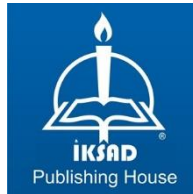
Prof. Dr. İshak TORUN



**Algısı ve Olgusuyla
HUKUK DEVLETİ:
Eleştirel Bir Bakış**

Prof. Dr. İshak TORUN

DOI: <https://dx.doi.org/10.5281/zenodo.14042510>



Copyright © 2024 by iksad publishing house
All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, distributed or
transmitted in any form or by
any means, including photocopying, recording or other electronic or mechanical
methods, without the prior written permission of the publisher, except in the case of
brief quotations embodied in critical reviews and certain other noncommercial uses
permitted by copyright law. Institution of Economic Development and Social
Researches Publications®

(The Licence Number of Publicator: 2014/31220)

TÜRKİYE TR: +90 342 606 06 75

USA: +1 631 685 0 853

E mail: iksadyayinevi@gmail.com

www.iksadyayinevi.com

It is responsibility of the author to abide by the publishing ethics rules.

Iksad Publications – 2024©

ISBN: 978-625-367-907-1

Cover Design: İbrahim KAYA

November / 2024

Ankara / Türkiye

Size = 16x24 cm

ÖNSÖZ

Hukuk devleti açık veya örtük hep siyasetle ilişkili olmuştur. Foucaultcu bakışla hukuk zannedildiği gibi adalet ve hakkaniyet arayışının değil, iktidar arayışının bizatihi sonucu olarak doğmuş ve öyle de kurumlaşmıştır.

Hukuk devleti ideolojilere, dünya görüşlerine, bilimsel disiplinlere, toplumsal kesimlere ve siyasi tutumlara göre değişiklik göstermektedir. Hukuk devleti herkese ve her durumda faydalı olmayabilir. Hukuka müracaat eden taraflardan biri genellikle kaybeder. Bazan ikisi birden kaybeder. Hukukun eşraf ve esnafı ise her durumda kazanır. Hatta haksızlık ve adaletsizlik arttıkça hukuk eşrafının iktidarı, hukuk esnafının ise kazancı artar. Nasıl ki sulh ve istikrar siyasetin ölümü ise, adalet ve eşitliğin yerleşmesi de hukuk kurumunun ölümü demektir.

Kelsenci hukukçular dürüsttür. Onlar hukuku bir oyun olarak değerlendirirler. Ona ahlak yüklemesler. İşlerine hak, adalet, eşitlik ve merhamet gibi duyguları karıştırmazlar. Kendilerini yasa koyucunun yerine koymaz, siyasetle ilgilenmez, takdir yetkisini kullanmaz, kararlarını şüpheye dayandırmaz, okumadığı dosya hakkında hüküm vermez ve şablonculuk yapmazlar. Şahit ve delille sabit suç eylemi için kanun kitabında ne yazıyorsa onu kararlaştırırlar. Onlar şahidin ya da delilin hakikati üzerinde durmazlar. Adaletle hiç ilgilenmezler. Profesyonelce hukuk oyununu oynarlar.

Hukuk devleti önce kilise ve aristokrasiye, sonra güçlü monarşilere karşı burjuvanın verdiği mücadelenin ürünüdür. Amaç bu güç odaklarından canlarını, girişimlerini ve mülkiyetlerini korumaktır. Mücadelenin meşrulaştırılmasını ise liberal aydınlar yapmıştır. Sonuçta burjuvanın çıkarları, aydınların ise özgürlük istekleri gerçekleşmiştir. Onların açtıkları yol kuşkusuz başkalarına da yaramıştır. Başka gelişmeleri de tetiklemiştir. Ancak hukuk devletinin her yerde, her zaman ve herkes için faydalı olduğu doğru değildir. Nitekim böyle olmadığı için tarihçi okulun, marxistlerin, demokrasi yanlılarının ve farklı kimlik talep edenlerin saldırılarına maruz kalmıştır. Sonuçta değişikliğe uğrayarak özerkliğini kaybetmiş, ancak demokrasiyle birlikteliği sayesinde varlığını sürdürebilmiştir. Günümüzde bu birliktelik de şiddetle sorgulanmaktadır.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER	iii
GİRİŞ	1
1.HUKUK DEVLETİNİN KAVRAMSAL GELİŞİMİ.....	3
2. HUKUK DEVLETİ VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ	18
3. HUKUK DEVLETİ VE DEMOKRASİ.....	28
4. HUKUK DEVLETİ TÜRLERİ	39
4. 1. Hukuk Devleti Gelenekleri.....	39
4. 2. Hukuk Devleti Türleri	41
4.2.1. Basit ve Yalın Hukuk Devleti.....	44
4.2.2. Maddi Hukuk Devleti	45
4.2.3. Usuli (Biçimsel) Hukuk Devleti	49
4.2.4. Pozitivist Hukuk Devleti	57
4.2.5. Demokratik Hukuk Devleti	62
5. SONUÇ, TARTIŞMA VE ÖNERİLER.....	64
KAYNAKÇA	81
ÖZGEÇMİŞ.....	88

GİRİŞ

Bu çalışma eleştirel yaklaşımla yazıldı. Bilimin geleneğine saygı duymak ama onu mutlaklaştırmamak, evrenselleştirmemek ve biricikleştirmemek, bilimi yapanın kişiselliğiyle malul görmek, onun bulgularını tarihi ve kültürel etkenlerle esnekleştirmek ve iddialarını diyaloji içinde ele almak bu yaklaşımın sınırlarıdır.

Amacımız onun ideal yüceltileri ile siyasal retoriklerinden ayırarak hukuk devletinin olgusal analizini yapmaktır. Bu amaç bilimsel bakış açısını merkeze almayı, felsefeye, ütopyaya ve ideolojiye mesafeli durmayı gerektirmektedir. Öte yandan Kant'ın eleştiri felsefesi çerçevesinde felsefenin analitik değerini dışlamak gibi niyetimiz yoktur. Kant, akli analitik işlevi itibarıyla olgusal olana arkadaş kılmıştır. Kendisini mantıksal analizle sınırlayan felsefe ile kavga etmek hiçbir akli selimin kafasından geçmemelidir. Çünkü böyle bir felsefe herkes için gereklidir.

Hukuk devletini onun ulus aşırı menşesini, gelişim sürecini, teorik geri planını ve işlevsel değerini içinde yaşadığımız zamanın, zeminin ve kültürün ihtiyaçlarını dikkate alarak analiz etmek niyetindeyiz. Konunun teorisine katkı yapmak başlıca amacımız değildir. O nedenle bu çalışmada teorik tartışmalar büyük ölçüde betimsel sınırlarda tutuldu. Konunun cihanşümül teorisini ve uygulamalarını Türkiye'nin gerçekliği çerçevesinde eleştiriye tabi tutmak ve eleştirilerden Türkiye için ibretler çıkarmak bu çalışmanın özgülüğü olacaktır.

Hukuk devleti tartışması Türkiye'de ifrat ve tefrit edilen konuların başında gelmektedir. Konu ya Türkiye'nin sosyal gerçekliğiyle ilişkilendirilmemekte ya da partizan rekabete alet edilmektedir. Hukuk devleti insanlığın ortak mirasıdır. Kamusal sorunların çözümündeki işlevsel değeri yüksektir. Kalkınıp büyüyen, farklılaşıp modernleşen Türkiye'nin hukuk devletine olan ihtiyacı her geçen gün artmaktadır.

Hukuk devleti usulü ve ilkeleriyle bir bütündür. Ama hukukun usul veya mekanizmaları Türkiye için efektif bir ihtiyaçtır. Bu çalışma temel hak ve özgürlüklerin üstünü çizmeden, mekanizma olarak hukuk devletinin altını çizen, *usuli (biçimsel) hukuk devletini* vurgulayan bir yönelime sahiptir. *Maddi hukuk devleti* ideal olanı yüceltmektedir. Bu yüceltiyi yapan çok sayıda çalışma vardır. Biz eksik kalanı tamamlamak niyetindeyiz. Türkiye gibi sonradan modernleşen toplumlarda en iyinin yüceltisini yaparken en önemli sorunlardan

sarfı nazar edilmektedir. Binaenaleyh bu çalışma romantik fanatikler ile partizan retorikçilerin beklentilerini karşılamayacaktır.

Türkiye'nin hukuk devleti sorunu eğitim sorununa çok benzer. Yıllarca eğitim üzerinde yapılan sağa sola çekiştirmeler kurum olarak eğitimin bizatihi kendisini malul hale getirmiştir. Maalesef! Hukuk devleti de böyle bir kötü kaderi paylaşmaktadır. Türkiye sosyal, siyasal ve ekonomik olarak farklılaşmakta ve büyümektedir. Medeni (muasır) dünya ile entegrasyonu artmakta ve orta tabakası genişlemektedir. Bu bağlamda hukuk devleti bütün gelişmiş ülkelerin kamusal sorunlarını çözmek için kullandığı akredite bir yöntemdir. Bu yöntem Türkiye'nin efektif sorunlarını çözmek için de kullanılabilir. Ama önce hukuk devletini anlamalıyız. İdeolojik fantezileri ile retoriklerinden ayırt etmek onu anlamak adına atılacak ilk adımdır. Çalışma ile buna katkı yapma niyetindeyiz.

Konu başlıklarından her biri müstakil çalışma olabilecek bütünlüğe sahiptir. Bunlardan birini bile okuyan diğerlerinde bahsedilen konulardan aşağı yukarı haberdar olacaktır. Bu sebeple konuların tekrarına rastlanabilir. Anlatım bütünlüğünü bozmamak adına kısmi tekrarlara bilinçli olarak göz yumuldu.

Çalışmamız dört bölümden oluştu. Birinci Bölümde hukuk devletinin gelişim sürecinde farklılaşan tanımları ele alındı. İkinci Bölümde konunun ideal biçimi olan maddi (liberal) hukuk devleti incelendi. Üçüncü Bölümde konunun yaşayan son evresi olan demokratik hukuk devleti analiz edildi. Dördüncü bölümde hukuk devletinin türleri sınıflandırıldı. Önceki bölümlerde derinliğine ele alınan ve dolayısıyla dağılan konular tasnif edilerek bütünleştirilmiş oldu. Bu, konuları toplamakta faydalı oldu ama tekrarları biraz daha artırdı. Sonuç Bölümünde konunun Türkiye'ye özgün tarafı müstakil bir konu gibi işlendi. Bir nevi konunun Türkiye eleştirisi yapıldı. Dolayısıyla sonuç bölümü sonuç olduğu kadar müstakil bir bölüm gibi değerlendirilebilir.

1.HUKUK DEVLETİNİN KAVRAMSAL GELİŞİMİ

Hukuk devletinin bütün zaman ve zeminde geçerli ortak bir tanımını yapmak zordur. Bunu Weber yüz yıl önce tespit etmişti. Tanım yapmak belki bir yapı veya temele dayanan tabiat bilimlerinde mümkün olabilir. Buna dogmalara dayalı disiplinler de dahil edilebilir. Keza formel bilimler de buna eklenebilir. Kelsencilere göre hukuk disiplini formel bir bilimdir. Öyle ise konunun hukuk disipliniyle ilgili olduğu kertede hukuk devletinin pekâlâ tanımı yapılabilir. Ne var ki hukuk devleti esas olarak hukuk biliminin değil, siyaset biliminin konusudur. Nitekim Kelsenciler hukuk devletiyle, onun gerekleri olan egemenlikle, kuralları kimin koyduğu ve bunun ne anlama geldiğiyle ilgilenmemişlerdir. Hukuk devletini siyaset bilimi ve siyaset felsefesine havale etmişlerdir (Atay, 2020: 124-125).

Öngörülebilirlik ilkesi için çok gerekli olmasına rağmen İngiliz yargıçlar hukuk devletinin tanımını yapmayı ısrarla reddetmiştir (Bingham, 2011:42). Onu bir kalıpta dondurmamak istememiş olmalı. Ama Türkiye’de Anayasa Mahkemesi (AYM) yargıçları oturmuş efradını cami, ağyarını mâni tekellüflü bir tanımını yapmıştır! AYM, ilk defa 1963’te yaptığı tanımı 1985’te küçük değişikliklerle tekrar etmiştir¹. Ne var ki bu tanım, tanım olmaktan daha çok, vesayetçi bürokratların siyasi aktörlere verdiği Milli Güvenlik Kurulu (MGK) bildirisi gibidir. Amaç siyasal çoğunluğun domine ettiği parlamento ve

¹ *Hukuk devleti insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye zorunlu sayan, bütün faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde, yasa koyucu organ da dahil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğine sahip olması yasa koyucunun faaliyetlerinde her zaman kendisini, anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması gerekir. Çünkü yasanın da üstünde, yasa koyucunun bozamayacağı temel hukuk kuralları ve anayasa vardır, yasa koyucu bunlardan uzaklaştığı takdirde meşru olmayan bir tasarrufta bulunmuş olur* (Çağlayan, 1998:44-45). Anayasa Mahkemesi’nin 1963’te yaptığı yukarıdaki tanımı çok küçük değişikliklerle 1985’te de tekrar edilmiştir. Öz olarak bürokratik vesayet adına konuşan tutumunu sürdürmüştür: *Hukuk Devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir* Mahkeme daha sonraki kararlarında bu tanımı temel alan kısmi tanımlar yapmıştır. Tanımlar için bkz (Çağlayan, 1998:44-47 & Kuzu, 2001:1)

hükümete vesayet düzeninin kudretini hatırlatmaktır. İlk ihtar iktidarı kullanan hükümetedir: *İcraatlarınızı vesayet anayasasına uygun yapın! Her zaman yargı denetimine açık olun! İktidarın gerçek sahibinin siz olmadığınızı aklınızdan çıkarmayın!* İkinci ihtar ise parlamentoyadır: *Adınızın yasa koyucu olmasına aldanmayın! Canınız istedi diye olur olmaz yasa çıkarmayın! Çünkü anayasa meclisin de üzerindedir! Mutlak egemenlik halka ait değil, bürokratik elitlere aittir.* Bu tehditlerin altı da boş değildir. Nitekim yargıçlar bu tanıımı yapmadan yaklaşık 3-4 yıl önce siyasal çoğunluğun seçtiği başbakanı onun bakanyla birlikte idam etmişlerdir.

AYM yaptığı tanımla kendisini üç kuvvetten biri olarak değil, bürokratik vesayetlin bir parçası olarak konumlandırmıştır². Bu tanımla çizilen model ise ne *liberal hukuk devleti* ne de *demokratik hukuk devletidir*. Belki Prusya dönemi Alman devletine benzetilebilir.

1

Hukuk devleti, ilgili ilgisiz politik idealleri adlandırmada, politik rekabette üstünlük sağlamada ve Batılı kültür ve kimliği yüceltmede araçsallaştırılan bir kavramdır. Bu sebeple giderek gerçeklikle bağı kopmuş ve kaypaklaşmıştır (Bielefeldt, 2008: 273; Bingham, 2011:42,43; Karayalçın, 1998:127; Marmor, 2008:169; Raz, 2008:149-150).

Hukuk devleti adaleti sağlamada tılsımlı bir sözcük veya Hz. Musa'nın asası değildir. Onun lafını etmek, ona methiyeler dizmek ve afilli adlar takmak

² Mustafa Erdoğan Türkiye'de yargı kurumunu bir üçüncü kuvvet olarak değil, bürokratik elitlerin bir parçası olarak konumlandırmaktadır. Birinci tarafta yargının da içinde olduğu bürokratik elitler, ikinci tarafta çoğunluk muhafazakarlara yaslanan merkez sağ parti vardır. Popüler ifadesiyle *bürokratik iktidar* ve *siyasal iktidar* (Erdoğan, 2003; Erdoğan, 2000a:107-108; Nişancı, 2000:124). Erdoğan'ın tespiti üzerinden yaklaşık 24 yıl geçmiştir. Bu zaman zarfında Türkiye'de *Ergenekon* olarak bilinen dava süreci yaşandı. Başkanlık sistemine geçildi. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK)'nin yapısı değişti. Ayrıca 15 Temmuz 2016 FETO'nun darbe girişimi bastırıldı. Devlet fiilen yeniden yapılandı. Bütün bunlardan sonra devletle ilgili aynı değerlendirme yapılabilir mi? Kanaatimizce bu yapı çoğulculara aynen devam etmektedir (Torun, 2024). Geçilen cumhurbaşkanlığı sisteminde, öncesinden farklı olarak, yürütme erkinin güçlendiğinden, devletin daha fazla merkezileştiğinden bahsedilebilir. Mesela yüksek yargı organı üyelerinin bir kısmı Cumhurbaşkanı tarafından, bir kısmı TBMM tarafından, diğer bir kısmı ise kendi aralarından seçilmesi suretiyle göreve atanmaktadır. Yargının demokratik denetimini içeren bu uygulamanın nasıl sonuç vereceğini zaman gösterecektir.

adalete hizmet etmemektedir. Çünkü kötü uygulanan bir hukuk devleti iptidai bir hukuk düzeninden iyi olamaz. Bilinçle suistimal edilen hukuk devleti adaletsizliğin bizatihi kendisi olabilir (Rosenfeld, 2008: 218). Zaten homojen, küçük ve samimi topluluklar³ için hukuk devleti bahsi açmak anlamsızdır (Rosenfeld, 2008: 215, 218). Kaldı ki hukuk devleti farklılaşmış modern toplumlarda bile adaletsizliğe yol açabilir. Örneğini Habermas verir. Ona göre gelişmiş Batılı ülkelerde kadın haklarıyla ilgili hukuki gelişmeler gerçek hayatta kadın haklarında gerilemeye yol açmıştır (Habermas, 2008: 267 & Yükselbaba, 2012: 348-349).

Hukuk devletinin olgusal ve ideal olmak üzere iki yönü vardır. Birinci yönüyle hukuk düzenine, ikinci yönüyle siyasal bir ideale karşılık gelmektedir. Kavramın iki yönünü ayırt etmeden yapılan analizler ya bağsamsız kalmakta ya da aralarındaki gereklilik ilişkisi bozulmaktadır. Hukuk devleti her iki halde de devletin modernleşmesiyle, modern devletin gelişim hikayesiyle ilgilidir.

Hukuk devleti tarihsel süreçte devletin modernleşen safhasına verilen addır. Modern devlet bir siyasal coğrafyada ve bu coğrafyada meskûn birbirleriyle ortak kültür ve kimliği paylaşan halk üzerinde egemen bir organizasyondur⁴. Egemenlik şeriksiz, muinsiz ve rakipsiz tekel sahibi bir iktidarı nitelendirmektedir. Devlet iktidarı, Hobbes'un isabetle betimlediği üzere kahırlı bir kudret ve korkulacak bir şiddet tekelidir. Ülkenin hiçbir metrekaresi ve hiçbir ferdi devletin iktidar sınırları dışına çıkamaz. İktidar tekeli devleti modern yapan iki vasıftan ilkidir⁵. İktidar tekeline hukuku eklediğinizde düzeni devlet yapmış olursunuz.

³ Topluluktan kastımız Tönnies'in cemaat – cemiyet dikotomisindeki cemaate (gemeinschafta) karşılık gelmektedir. Samimi ve hasbi ilişkilere dayanan aile, hukukun uygulanmayacağı başlıca cemaat türüdür. Hukuk ancak ilişkilerin samimiyetten, hasbilikten çıktığı raddede gündeme gelmektedir.

⁴ Halk ile kast edilen millettir. Devlet bu milletin devletidir. Binaenaleyh modern devlet milletin devletidir; yani millî devlettir. Onun dikotomik karşıtı olan geleneksel devlet ise bir kişinin / bir sülalenin / bir azınlık grubun devletidir. Halk ise bunların tebaasıdır. Modernlikte milletin devleti, geleneksellikte ise devletin milleti söz konusudur. Bu betimlemede sosyolojik yaklaşımın temel alındığını belirtmiş olalım.

⁵ Modernleşmenin gerçekleştiği Avrupa coğrafyasında feodal ünitelere ayrılmış parçalı bir iktidar yapısı söz konusudur. Bu siyasal yapı Makyavel, Bodin ve Hobbes'un başarıyla betimlediği üzere burjuvanın mücadelesi sonucu ortadan kalkmış, merkezi / üniter devlet ortaya çıkmıştır. Parçalı yapıdan üniter yapıya geçiş siyasal modernleşmenin ilk aşamasını oluşturmaktadır.

Betimlendiği üzere modern devletin *iktidar tekeli ve hukuk devleti* olmak üzere iki temel değişkeni bulunmaktadır. Ama devleti devlet yapan belirleyici değişken ikincisidir. Çünkü tarihin her döneminde iktidar tekeline sahip devletimsi siyasal organizasyonlar vardı⁶. Ancak hukukun belirleyici hale gelmesi modern döneme, modernliğin ortaya çıktığı Avrupa'ya nasip olmuştur. Binaenaleyh hukuk devleti moderndir; yani modern devlettir.

Hukuk devleti köken itibarıyla burjuva sınıfının siyasi mücadelesine, ideolojik olarak siyasal liberalizme dayanır (Çoban, 2008:15; Hayek, 2008:68; Huber, 1970: 29; Schmitt, 2008:19; Ökçesiz, 1998a: 20). Onun için *burjuva devleti* ve / veya *liberal devlet* olarak adlandırılmaktadır. Liberal özgürlükler hukuk devletinin hukuku, siyasal liberalizm ise onun ülküsüdür (Yayla, 2012:13). Dolayısıyla hukuk devletini savunmak, farkında olarak veya olmayarak, bir ölçüde ya da büyük ölçüde burjuva sınıfının ve liberalizmin taraftarlığını yapmak anlamına gelir.

Hukuk devleti burjuva sınıfının menfaat ve zihniyetini yansıtır. Burjuvanın omuzlarında yükselir (Huber, 1970:28-29; Ülgener, 1981:198; Torun, 2003:50). Mücadelenin ilk meyvesini İngiltere'de alırlar. Dolayısıyla hukuk devleti burjuva orijinli olduğu kadar İngiltere menşelidir⁷ (Çil, 2019: 36-37). Bütün dünya Anglo-Sakson coğrafyasında şekillenen hukuk devletini kendine model almıştır (Hayek, 2008: 62 & Ökçesiz, 1998a:18). Öte yandan onu bütünüyle Anglo-sakson geleneğinden ibaret görmek abartılı olacaktır. Fransızların devrim müktesebatı, Rousseau'nun genel irade savunusu ve Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı ilkesi, Almanların her şeyi sıfırdan kurgulayan romantik aklı ve Kant'ın ahlakileştirme çabası hukuk devletinin gelişiminde önemli katkılardır (Hayek, 2008:62, 67-70). Günümüz hukuk devleti tecrübeleri küreselleşmenin etkisiyle giderek birbirlerine benzemektedir⁸.

⁶ Çin, Moğol, Mısır, Sasani, Bizans, Osmanlı imparatorluğu ve daha birçoğu gücü merkezileştirmiş devletlerdendi. Ancak bunlardan hiçbiri hukuk devletini tesis edememiştir. Binaenaleyh devleti modern yapan belirleyici değişken iktidarın merkezileşmesi değil, hukuk devletinin tesis edilmiş olmasıdır.

⁷ İngiltere aynı zamanda hukuk devletiyle demokrasiyi ilk defa sentezleyen ülkedir. Çağdaş dünyanın hegemonik siyasal sistemi liberal demokrasinin patenti İngiltere'ye aittir. Yine İngiltere ilk defa kapitalist iktisadi gelişmeyi başaran ülkedir.

⁸ Bu durum Kaboğlu (2012:21) tarafından hukuk devletinin uluslararasılaşması olarak tanımlanmaktadır.

2

Hukuk devleti tarihsel olarak İngiltere menşelidir, ama onu erken dönem Alman liberalleri yaygınlaştırmıştır. Hukuk devleti Almanca *Rechtstaat* sözcüğünün Türkçeye birebir çevirisidir. Sözcük anlamı *hukuku olan devlet* demektir. *Etat de Droit* olarak Fransızcaya çevrilmiştir. İngilizce’de kullanılan *rule of Law* ise Anglo-saksonlara özgüdür, başka bir dilden çevrilmemiştir. *Kanun hakimiyeti* (hukukun hükümlerliliği) anlamına gelmektedir (Uygun, 2022:524). Türkçeye *hukukun üstünlüğü* olarak çevrilmiştir (Çoban, 2008:19). Bu çeviri *rule of Law*’ın sözcük anlamını değil, zamanla değişen anlamını esas almıştır. Çünkü hukukun üstünlüğünün İngilizce sözcük karşılığı *rule of Law* değil, *supremacy of Law*’dır. Hukukun üstünlüğü İngiltere geleneğinin Anglo-Amerikan versiyonunu modellemektedir. Akademi kamuoyu bu Anglo-Amerikan modelini esas almaktadır. *Rule of Law* evvel emirde insanların keyfi hakimiyetinin dikotomik karşıtı olarak kullanılmıştır. Günümüzde ise liberal demokrasinin paydaşlarından birinin diğerine, yani hukuk devletinin temsili demokrasiye olan üstünlüğünü simgelemektedir. Anlaşılan odur ki *rule of Law* lafız olarak aynı kalmış, anlam olarak ise değişmiştir.

Josef Raz (2008:151) kavramın yaygın kullanımlarını başarıyla özetlemiştir. Ona göre hukuk devletinin sözcük anlamı *devletin hukukla yönetilmesi*, geniş anlamı *insanların hukuka uyması ve hukukla yönetilmesi*, siyaset ve hukuk literatüründeki anlamı ise *devletin hukuka tabi olması ve hukukla yönetilmesi* demektir.

Hukuk devletinin dayandırılabilceği temel bir eser veya tarihte uygulanmış bir prototipi yoktur. Topluma, zamana, yaklaşımlara ve tarihsel değişmeye göre farklılaşmaktadır. Şu kadar ki kavramın ne olduğuyla ilgili değil ama ne olmadığıyla ilgili bir uzlaşma vardır (Rosenfeld, 2008: 213). Bu bağlamda hukuk devleti polis devletinin karşıtıdır. Polis devleti ise keyfi ve cebri yönetilen devlet demektir. Bu bağlamda hukuk devletini *keyfi ve cebri yönetilmeyen devlet* olarak tanımlamak mümkündür.

Keyfilik ve cebriğin ayırıcı vasfı kişisellik / şahsılıktır. Binaenaleyh polis devleti kişilerin / şahısların / insanların yönetimi demektir. Dolayısıyla

hukuk devleti *gayri şahsi yönetim* olarak tanımlanabilir⁹. Hukuk devletinde yönetici halkın kralı, ağası, babası ve şeyhi değildir. Kanun adamıdır. Görevi kanunların işlemesine nezaret etmektir. Halk da kimsenin tebaası, marabası, çoluğu -çocuğu ve müridi değildir. Kanunlara tabi vatandaşdır.

Polis devleti Avrupa'da burjuva ve kralların kafa kafaya vererek kilise ve feodal merkezkaç güçlerini ortadan kaldırdıkları, Makyavel'in özlemleştirdiği, Bodin ve Hobbes'un tarifini yaptığı güçlü merkezi monarşileri¹⁰ ima eder (Kaya, 2019:12-39). Bu devletler halkın menfaati için çalışan ama aldığı kararlar için kimseye danışmayan, yaptıklarının hesabını kimseye vermeyen, keyfi ve cebri iradeyle yönetilen hukuksuz düzenlerdir. Bu hukuksuz keyfi ve cebri düzenleri Fransızlar despot devlet¹¹, Almanlar ise polis devleti olarak adlandırmıştır (Gözübüyük, 2003:163; Kuzu, 2001:1; Soysal, 2011:238; Tanör & Yuzbaşıoğlu:99).

Dikotomik yöntemle elde edilen tanım aynı zamanda hukuk devletinin en genel tanımıdır. Binaenaleyh hukuk devleti *hukuku olan, hukuka tabi olan, hukuk düzeni olan devlet* olarak tanımlanabilir. Bu tanım, Raz'dan aktardığımız tanımla da paralellik arz eder. Ne var ki her basit ve genel tanım doğası gereği soyut ve afaki olmakla maluldür. Daraltılmaya ve somutlaştırılmaya ihtiyacı vardır. Nitekim *hukuku olmak* kapsamına Hammurabi'nin, Cengiz Han'ın ve padişahların kanunları da sokulabilir¹². Keza modern dönemin otoriter ve totaliter rejimleri de bu kapsamda değerlendirilebilir.

⁹ Yönetimin gayri şahsileşmesi (impersonalizm) Weber'e ait bir kavramdır. Kişilere değil de yasalara bağlı olmayı simgeler (Weber, 1993: 255 & Vergin, 2020: 75-76). Weber'e göre (1993:256) yasal ussal otoriteye itaatın temelinde, genel olarak tanımlanmış, işlevsel bir resmi göreve kişisel olmayan bağlılık yer alır. Resmi görev rasyonel olarak konulmuş normlarla, yasalarla, kararnamelerle ve yönetmeliklerle saptanır. Bu saptamayla otorite yasallığa dönüşür.

¹⁰ Klasik polis devletleri birer monarşidir. Ama her monarşi birer polis devleti değildir. Nitekim faşist rejimler ile Sovyet rejimi de polis devleti kategorisinde değerlendirilmektedir.

¹¹ Bu kavram Fransızca'da *hükümdarın sınırsız keyfi iktidarı ile birlikte, mutlak hâkim olduğu, kendi iradesi dışında hiçbir irade tanımadığı bir yönetim biçimini* vafeder. Kavramın bu şekilde kullanımında Montesquieu'nün etkisi büyüktür. Kavramın yaygınlaşmasından önce aynı olguyu ifade etmek üzere Aristo'nun *tiran* kavramı kullanılmaktaydı. Ancak Aristo *tiran* ile *despotizmi* aynı anlamda kullanmamıştır. Despotizmi Pers sultanlarına mahsus olarak kullanmıştır (Doğan, 2011: 165-168).

¹² *Sonuç, Tartışma ve Öneriler* başlığında analiz edildiği üzere, Osmanlı'nın İslam hukukuna bağlı olduğu iddiası doğru değildir. Osmanlı kamusal düzeni dini hukuka göre değil, örfi hukuka göre dizayn edilmekteydi. Örfi hukukun kaynağı sultanların

3

Hukuk devleti, basit ve yalın haliyle hukuk düzeniyle özdeşleştirilebilir (Karayalçın, 1998:131-132). En azından ortaya çıktığı dönem için bu mümkündür¹³. Hukuk devletini bir siyasal ideal olarak değerlendirenler ise aksini iddia etmektedirler. Onlara göre hukuk devleti hukuk düzenini nitelendiren siyasal bir idealdir (Hayek, 2008:83). Ancak belli ideale sahip hukuk düzenlerine hukuk devleti denebilir. İdeallerden kasıt ise liberal özgürlüklerdir¹⁴. *Binaenaleyh hukuk devleti liberal özgürlüklere / liberal ideale dayalı hukuk düzeni* olarak tanımlanabilir.

II. Dünya Savaşı öncesinde ortaya çıkan faşist rejimlere ve sonrasında güçlenen Sovyet rejimlerine duyulan tepki sebebiyle hukuk düzeninin itibarı sarsılmıştır. Çünkü otoriter ve totaliter rejimlerin de hukuk düzeni vardı¹⁵. Bu

siyasal tasarruflardır. Genellik ilkesinden çıkmamışlardır. Belli zaman ve zemine ait olaylar için padişahların indî iradesini yansıtmaktadır. Bunlar her zaman başka bir padişahın anlık iradesiyle kaldırılabilir ve yerine yenisi konulabilir geçiciliktir. Padişah fermanı modern literatürdeki hükümet tasarruflarına karşılık gelmektedir. Hükümet tasarruflarının ise hukuk olarak değerlendirilemeyeceği tarihten varestedir. Öte yandan Osmanlı siyasal sisteminde örfî hukuk ilke olarak dini hukuka aykırı olamazdı. Dini hukuk ilke olarak üstün olan hukuk konumundaydı (Yurtseven, 2019:19-20). Ancak bunu hayata geçirecek bir hukuk düzeni teessüs ettirilmemiştir. Kuvvetler ayrılığı ve diğer usulî mekanizmalar yoktur. Osmanlı devleti sağduyulu bir değerlendirmeye şeriat devleti değil, şeriata saygılı devlet olarak tanımlanabilir. Şeriatî dini (İslami) hukuk olarak kullandığımızı belirtmiş olalım.

¹³ Nitekim Schmitt (2008: 123) genel anlamda pozitif hukuka saygı gösteren her devleti hukuk devleti saymaktadır.

¹⁴ Hukuk devletinin idealleri orijin itibariyle liberaldir, liberal siyasal ideolojiye dayanır. Ama daha sonra liberal ilkelerin içine her şey boca edilmiştir. Dolayısıyla günümüz hukuk devletinin tam olarak liberal ideolojiye dayandığını iddia etmek hayli zordur.

¹⁵ Öte yandan hukuk düzeni olmadan -liberal- idealler birer ütopyadan ibaret olurdu. Gerçek şu ki hukuk düzeni ile -liberal- ilkeler bir bütünün vazgeçilmez parçalarıdır. Kaldı ki otoriter ve totaliter rejimlerin hukuk düzenleri birer vitrinden ibaretti. Gerçekte yok hükmündeydi. Çünkü bu rejimlerde bütün kurumlar siyasetin tam vesayeti altındadır. Siyasal otoritenin emirleri / fermanları hukuktan üstün olmuş ve hukukun yerine geçmiştir. Çünkü genellik ilkesinden doğmayan, eşit uygulanmayan, yöneticiyi ve yönetici zümresini bağlamayan, yönetim tarafından istendiği zaman değiştirilebilen, ihmal edilebilen, kuvvetler ayrılığına tabi olmayan bir hukuka usulî bakımdan hukuk denilemez. Bu rejimler ne adaletin evrensel ilkelerine ne Tanrının yüce iradesine ne de halk egemenliğine değer verir. Egemenlik nemrutlaşmış bir liderin ve / veya nemrudi bir azınlığın tekeline dayanır. Schmitt (2008: 131) net bir şekilde adını koyar: Sovyet

değişim aynı zamanda Anglo-Amerikan hukuk devletinin Alman hukuk devletine olan galibiyetini simgeler. Almanya tecrübesi usuli hukuk ve pozitif hukuk devletiyle, Anglo – Amerikan tecrübesi ise *maddi hukuk devletiyle* özdeşleştirilmektedir (Karayalçın, 1998:128-129).

4

Maddi hukuk devleti taraftarlarına göre liberal özgürlükler hukuk devletinin hukukudur¹⁶. Liberal özgürlükler temel hukuk, üstün hukuk konumundadır. Kant'a göre liberal özgürlükler zaman ve mekân üstü evrensel adalet ilkesinden, Rousseau'ya göre ise toplum sözleşmesinden doğmuştur¹⁷.

Maddi hukuk devleti hukuki içeriğin liberal özgürlükler olması gerektiğini şart koşan bir devlet türüdür. İdeolojik gerekçesi ise *doğal hukuk doktrini*dir (Hayek, 2008:73). Ne var ki doğal hukuk doktrinine yönelik marxistlerin, demokratların ve eleştirel hukuk okulu mensuplarının eleştirileri maddi hukuk devletinin itibarını sarsmıştır¹⁸.

rejimleri hukuka değil, iktidarın gücüne dayanır. Bürokratik elitlerin emirleri aynı zamanda düzenin yasalarıdır.

¹⁶ Liberal özgürlükler Hayek'e göre (2008:55) can, mal ve mülkiyetin korunmasıdır. Schmitt'e göre (2008:120) kişi güvenliği, özel mülkiyet, sözleşme özgürlüğü, teşebbüs özgürlüğü ve mübadele özgürlüğüdür. Kant'a göre -şekli- eşitlik, -negatif- özgürlük ve mülkiyetin korunmasıdır (Akt Rosenfeld, 2008:226-227). Liberal özgürlükler ile insan hakları birbiriyle özdeş olarak değerlendirilmektedir. Yine Fransız devriminin eşitlik ve özgürlük ülküleri liberalizmin ilkeleri, Fransız devrimi de liberallerin devrimi olarak kabul edilmektedir.

Liberallerin özgürlüğü hedonist ve dürtüsel bir özgürlük değil, negatif nitelikli bir özgürlüktür. Yani başkalarının özgürlüğüyle sınırlı özgürlük. Yine eşitlikten kasıt imkân eşitliği değil, fırsat eşitliğidir.

¹⁷ Kant ile Rousseau liberal ilkeleri benimsemek konusunda aynı paydada yer alırlar. Ama meşrulaştırma biçimleri bakımından farklılaşırlar. Kant için bireysel özgürlükler, Rousseau için ise kamusal özgürlükler önemlidir. Kant Locke çizgisinde bir liberalisttir. Rousseau ise aydınlanmacı hümanizme bağlı bir cumhuriyetçidir (Habermas, 2008: 264). Habermas liberal demokrasi ve cumhuriyetçi demokrasi ayrımını bu temel üzerinden yapmaktadır. Habermas'ın kendisi hem egemenliği meşrulaştırma biçimi hem de önerdiği demokrasi modeliyle (müzakereci demokrasi) iki kategoriden ayrılmaktadır (Akt. Vergin 2020:51).

¹⁸ Yerini *demokratik hukuk devletine* (yani anayasal demokrasiye / liberal demokrasiye) bırakmıştır. Demokrasi ile hukuk devletinin uyumuna dayanan bu tür naifleşerek günümüze kadar ulaşmıştır (Kaboğlu, 2012:21 & Ökçesiz, 1998b: 45).

Usuli (biçimsel) hukuk devleti savunucuları hukukun içeriğine değil, usuli ilke ve mekanizmalarına belirleyicilik atfederler¹⁹. Savunucularından Raz'a göre (2008: 152) hukuk *açık, genel ve istikrarlı kurallar bütünüdür*. Bu bağlamda hukuk devleti *açık, genel ve istikrarlı kurallara tabi ve bu kurallara göre yönetilen devlet* demektir. Burada hukukun teorik tasarımından daha çok uygulama biçimi öne çıkmaktadır. Hukukun içeriğinde uzlaşmak çok zordur. Çünkü içerik inanç, ideoloji, yaklaşım ve siyasi görüşlere göre farklılaşmaktadır. Ama hukukun usul ve mekanizmalarında uzlaşmak kolaydır. Bu bağlamda, kurallar genel nitelikli, iyi kodifiye edilmiş ve öngörülebilir olmalıdır. Eşit uygulanmalıdır. Kuvvetler ayrı, mahkemeler ise yürütmenin tasallutundan azade bulunmalıdır.

Belirtmek gerekir ki, maddi hukuk devleti savunucuları hukukun usuli ilke ve mekanizmalarını reddetmezler. Sadece ikinci plana atarlar. Keza usuli (biçimsel) hukuk devleti savunucuları da liberal özgürlükleri reddetmezler (Ökçesiz, 1998a: 26). Sadece ikinci plana atarlar. Yine belirtmek gerekir ki usuli hukuk devleti savunucuları da hukuk devletini ayakta tutmak için çırpınan liberallerdir²⁰. Fark öncelik sıralamasından kaynaklanmaktadır.

Usuli hukuk devletinin tipik temsilcisi Max Weber'dir. Weber devletin egemenliğini Kant gibi evrensel doğrulara veya Rousseau gibi toplum sözleşmesine değil, rasyonel (ussal) yasalara dayandırır. Usuli hukuk devleti savunucularına göre -negatif- özgürlüğü sağlamak, fırsat eşitliğini temin etmek ve özel mülkiyeti korumak amaçsa, bu pekâlâ kuvvetler ayrılığı, genellik, eşitlik ve öngörülebilirlik gibi uygulamaya yönelik ilke ve mekanizmalarla sağlanabilir.

¹⁹ Bunlara göre liberal özgürlükler *tarihçi okul* mensupları, demokrasi yanlıları, Marxistler ve farklılıkçı kimlik siyasetleri yüzünden itibar kaybetmiştir. Yine liberal özgürlüklerle halk egemenliği (demokrasi) arasındaki içsel ilişkiyi argümente eden Kant akılcılığı ve Rousseaucu toplum sözleşmesi düşüncesi epistemik değerini yitirmiştir (Akt Çoban, 2008:16). Geriye Kant ve Rousseau'dan genellik ilkesi, Montesquieu'den kuvvetler ayrılığı gibi usuli ilkeler kalmıştır. Kısaca biçimsel hukuk devleti savunucularına göre hukukun içeriği değil, usulü önemlidir. Hangi kanun olursa olsun kanunlar genel nitelikliyse, eşit uygulanıyorsa, öngörülebilirse, iyi kodifiye edilmişse, kuvvetler ayrılığı ve bağımsız mahkemeler varsa adalete hizmet edebilir.

²⁰ Liberal ideallerinden kopan usuli hukuk devleti savunucuları pozitivist hukuk devleti savunucuları haline gelir. Bunlar aydınlanmanın ideallerinden ümidini kesen, hukukun kaynağı tartışmasına girmeyen veya girmeyi gereksiz gören pesimistlerdir.

Weber gibi iyimserlerin yerini zamanla Hans Kelsen gibi kötümserler alır. Böylelikle *usuli hukuk devletinin* amaç bakımından steril hale getirilmiş pesimist versiyonu olan *pozitivist hukuk devletine* geçilir. Kelsen, usuli hukuk devleti yaklaşımını, onun amaç ve ideolojisinden soyutlayarak, pozitivist hukuk devletine dönüştüren kişidir. O, Weber'den bir sonraki Alman jenerasyonudur ve onun düşünceleri yaşadığı Alman coğrafyasının siyasi konjonktürünü yansıtmaktadır²¹. Weber'in araçsal rasyonalitesini bir adım öteye götüren ve hukuk devletinin Kantçı bağlarından fiilen koparan Kelsen'dir. O, meşruyet tartışmalarına girmez. Dahası bu tartışmaları dışlar. Ona göre hukukun meşrulaştırılması hukukun ve hukukçuların sorunu değildir. Hukuk disiplini istatistik ve matematik gibi formel bir bilimdir. Siyaset bilimi ve siyaset felsefesinden ayrı bir disiplindir. Hukukçunun görevi hukukun matematiksel formülasyonunu ve hukuka uygunluk denetimini yapmaktır (Akt. Atay, 2020:124-125). Liberal özgürlüklerin doğal hukuk nosyonuyla bağı böylelikle kesilmiş, üstün hukuk konumunu kaybetmiştir.

Kelsen'e göre temel hukuku (grund form), yani anayasal ilkeleri kurucu siyasi irade belirler. Hukukçunun sorumluluğu ise buna sorgulamadan uymaktır. Anayasacılık ilkesi gereğince kanunlar (yasalar) anayasadan, tüzükler kanunlardan, yönetmelikler ise tüzüklerden türetilir²². Mevzuat hiyerarşik düzende ve tutarlı bir biçimde kodifiye edilip uygulanır. Hukuk artık bir orkestra şefinin önündeki kusursuz beste kitabı gibidir. İdareci tipik bir kanun adamıdır. Kitaba bakar, ne yazıyorsa onu motamot uygular! Artık doğaçlama yapacak siyasetçiye değil, kitapta yazılı olanı tam olarak icra edecek idareciye / bürokrata / teknokrata ihtiyaç vardır. Bu düzen insanların ifade etmekten hoşlandığı *liyakat* düzenidir. Yani teknokrasi! İnsansız ve siyasetsiz kendi kendine işleyen mekanik bir düzen! Teknokrat ise bu mekanizmanın sadece teknisyeni, hukukçu ise bu teknisyeni denetleyen kişisidir!

Pozitivist hukuk devleti savunucularına göre yasaları siyasetçi (asli irade) veya parlamento (tali irade) yapar. Doğrusu yasaları kimin koyduğunun hukukçu için önemi yoktur (Öktem,1991:266). Hukukçunun görevi önüne koyulan yasaları kodifiye etmek, onları hiyerarşik disiplinle uygulamaktır. En kritik işi ise anayasa yargıçlığıdır. Ama bunu da şeklen / usulen yapmakla

²¹ Kelsen Avusturya vatandaşı bir Almandır. Kültür ve coğrafya birliğinden hareketle Weber ile Kelsen aynı paydada zikredilmiştir.

²² Anayasacılık ilkesi için bkz. (Sancar, 2005:45).

yükümlüdür. Anayasa uyuşmazlığına bakarken, yerindelik yargılaması yapamaz, takdir yetkisini geniş kullanamaz²³. Yasa koyucunun iradesine saygılı olur. Pozitivist hukukçuların bu savunusu *hukuka göre yönetim* tanımıyla uyum içindedir. Halkın, siyasetçinin veya hukukçunun (yani insanların) yönetimi değil, bizatihi hukukun yönetimi! Yani *kendi kendine yönetim*. Yani *teknokrasi*.

5

Kararcılık okul mensupları *kendi kendine yönetim* anlayışını reddederler²⁴. İnsansız yönetim tasavvuruna, siyasetin payı adına karşı çıkarlar. Bunların başında Carl Schmitt gelir²⁵. Schmitt *kendi kendine yönetim* iddiasını, yani teknokrasiyi şiddetle eleştirir. Ona göre bu savunu devleti ve siyaseti inkâr anlamına gelir. Siyasetçisizlik²⁶ belki homojen cemaat toplumları için söz konusu olabilir. Ama farklılaşmış modern toplumlar için böyle bir şey düşünülemez. Siyasetçisizlik içeride otorite boşluğuna, dışarıda ise düşman tehdidine kapı aralar. Siyaset düşmanlığı son tahlilde devletsizlik savunusuna hizmet eder.

²³ Kanunların anayasaya uygunluk denetimi, ABD’de öteden beri Federal Mahkeme tarafından yapılmaktaydı. Ama anayasa mahkemesi adıyla, II. Dünya Savaşı sonra, ilk defa Avrupa’da kuruldu. Anayasa mahkemelerinin kurulması biraz da Nazi tecrübesine olan tepkinin ürünüydü (Hakyemez, 2007:527). Amaç parlamento tarafından liberal özgürlüklerin yok edilmesine engel olmaktı (Hakyemez, 2007:531). Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) de siyasal çoğunluğa karşı anayasal düzeni korumak amacıyla 1962’de kurulmuştu. Şu kadar ki liberal özgürlükleri koruma adına değil, bürokratik elitlerin iktidarını korumak adına kurulmuştu. Çünkü Türk anayasaları liberal özgürlükleri değil, bürokratik elitlerin ideolojisini incelemektedir. Şöyle ki 1961 ve 1982 Anayasaları liberal özgürlükleri zikretmekle beraber, onların kullanımını ideolojik ilkelere uygunluk şartına bağlamaktadır. *Temel haklara sahipsiniz ama başlangıç kısmındaki hükümlere, ilk maddelere ve anayasanın diğer yerlerinde geçen ideolojik hükümlere aykırı olmamak şartıyla..* Türk Anayasalarının bundan daha kötü yanı ise her yöne çekilebilir olmasıdır. Türk Anayasaları tabiri caizse lastiklidir. Yani kodifikasyon bakımından sakattır (Hakyemez, 2007: 536).

Tekrar etmek gerekirse Türk yargısı üç bağımsız güçten biri değildir. Türkiye’de devlet iktidarı üç kuvvete ayrılmamaktadır. Bürokratik elitler ve siyasal iktidar olmak üzere iki kuvvete ayrılmaktadır. Yargı kurumu ise bürokratik elitlerin bir parçasıdır (Erdoğan, 2000a:107-108). Parçası olduğu zümreyi temsil etmektedir.

²⁴ Kararcılık okulu için bkz. (Vergin, 2020:105,106)

²⁵ İlginçtir! Schmitt Kelsen gibi bir Almandır ve Almanya’da anayasa mahkemesi başkanlığı yapmıştır. Weimer Cumhuriyeti (1918 – 1933) konjonktürü onun düşüncelerinin habitusudur (Çoban, 2008:14-15).

²⁶ Post modern literatürde siyaset ile devlet özdeş değildir. Ancak geleneksel siyaset bilimi literatüründe devlet siyasetle özdeşdir. Siyasetin burada kullandığımız bağlamı geleneksel siyaset bilimini esas almaktadır.

Devletsiz bir hukuk devleti varsayımı a'priorik olarak saçmadır. Çünkü hukuk kuralını diğer toplumsal kurallardan ayıran şey devlet müeyyidesidir.

Eleştirileri dikkate alarak, *hukuka tabi olmak ve hukuka göre yönetilmek* şeklindeki tanımı *hukuka aykırı olmayacak şekilde insanlar (siyasetçiler ve idareciler) tarafından yönetilmek* olarak değiştirmek gerekir. Schmitt'e göre hukukun varlığı siyasetçiye olan ihtiyacı ortadan kaldırmaz. Siyasetin yeri ayrı, hukukun yeri ayrıdır. Siyaseti kritik kararları alma ihtiyacı var eder. Kritik durumlar özgündür; önceden hukuk kitabına sokulamaz (Akt.Vergin, 2020: 107, 110). Yine siyasetçi ile idareci (bürokrat / teknokrat) aynı kişi değildir. Siyasetçi kararları alan, idareci ise alınan kararları uygulayan kişidir.

Kararcıların ikinci temel itirazı anayasanın üstün konumuyla ilgilidir. Schmitt'e göre anayasayı kim belirliyorsa gerçekte egemen odur. Weimer Almanya'sında temsili demokratik bir düzen söz konusuydu. Kelsen, anayasanın ya kurucu iradeyle teşekkül ettiğini veya halkı temsil eden parlamento tarafından yapıldığını varsaymaktadır. Egemenlik kurucu babalara veya meclise havale edilmektedir. Schmitt'e göre anayasayı bir kişi veya meclis yapamaz. Bu, genellik ilkesine aykırıdır. Hukuku hukuk yapan genellik ilkesidir. Bir kişinin keyfiliği ile parlamenter çoğunluğun keyfiliği arasında nitelik farkı yoktur²⁷. Keyfilik ise hukuk devletinin dikotomik karşıtıdır.

Keyfilik anayasanın meclis / halk tarafından yapılmasıyla sınırlı tutulamaz. Yargıçların yerindelik yargılaması yapması, takdir yetkisini geniş kullanması, amaç bakımından yorumlaması da keyfiliğin bir türüdür (Küçük, 2008: 365-366). Amaç eksensiz yorum yapan yargıçlar hukukun üstünlüğüne riayet etmemiş, kendilerini hukukun üstüne çıkarmışlardır. Sypnowich (2008:337) bu durumu çoğunluk despotizmine karşı çıkılma derken despotizmin sinsisi bir türüne, hukukçu uzmanların despotizmine yakalanmak olarak betimlemektedir.

Schmitt (2008: 129) parlamentonun çıkardığı siyasi nitelikli kararları anayasa mahkemesinin denetlemesine karşı çıkar. Yerindelik yargılaması siyasi

²⁷ Hayek bu düşünceyi daha açık söyler. Hukuk sadece yürütmeyi değil, yasama organını da bağlamalı, onun üzerinde konumlanmalıdır. Yani ilke olarak yasama organı anayasa yapmamalıdır. Yasalar doğal hukuktan çıkmalıdır (Hayek, 2008:83). Yasama organının adının da çağrıştırdığı yasama işlevi üstün hukuku, yani anayasayı şerh etmekle sınırlıdır. Yani anayasanın şerhi konumundaki yasaları yapmaktır. Bunlara yürütme organını belirlemek, bazı yürütme işlevlerini yerine getirmek ve siyasi kararlar almak da ilave edilmelidir.

bir yargılamadır ve anayasa mahkemesi siyasi nitelikli uyuşmazlıklara bakmamalıdır. Yargısal denetim idari işlemlerin hukuka uygunluğuyla sınırlı tutulmalıdır. Şu kadar ki bütün devlet işlemlerinin yargının denetimine verilmesi ancak herkes tarafından kabul edilmiş ortak normların varlığına bağlıdır (Schmitt, 2008:126). Ne var ki Kant ve Rousseau'nun argümantasyonları, müteaddit yerde analiz edildiği üzere geçerliğini kaybetmiştir (Çoban, 2008:16). Dolayısıyla uzlaşma ortadan kalkmıştır. Üzerinde uzlaşmış normların olmadığı yerde hakemlikten bahsetmek ise saçmadır. Binaenaleyh anayasa mahkemesinin amaç eksikliğini yorum yapması kendisine uzlaşmacılık rolü vermesi anlamına gelir. Oysa uzlaştırmacılık ile hakimlik birbirine zıt görevlerdir. İki zıt görev mantiken aynı kişide toplanamaz²⁸.

Schmitt, yaptığı eleştirilerle hukuk devletini savunuculara adeta tutunacak hiçbir dal bırakmaz. Yargıçlar takdir yetkisi kullanmadığında yasama denetimi açıkta kalacak, takdir yetkisi kullandığında ise yasama organından rol çalmış olacak! Schmitt sanki alternatif bütün çıkış yollarını tıkayarak herkesi siyasi reislerin sürüsüne yönlendirmek istemiştir. Şu teklifi yapar; hukuk ne yapılacağına değil ne yapılmayacağına ilişkin normlar ortaya koymalıdır. Siyasi kararlar konusunda müdahale etmemelidir. Yargıçlar koltuklarına yaslanmalı, işi siyasetin çobanlarına bırakmalıdır. Demokrasi yanlıları da Schmitt'in iddialarını heyecanla dillendirirler. Mesela Hutchinson ve Monathan'a göre hukuk devletini yargısal denetimle özdeş tutmak, halkın kendi mukadderatını belirleme özgürlüğüne aykırıdır (Akt Sypnowich, 2008:337). Güncel hukuk devleti tartışmaları tam da bu noktada düğümlenmektedir. Hukuk demokrasiyle meşrulaştırıldığında çoğunluğun despotizmi, yargıya inisiyatif verildiğinde ise laik mollaların yönetimi gündeme gelmektedir. Bu

²⁸ Uzlaştırma ile hakemlik ilke olarak birbirinden farklıdır. Yargıçlar var olan kuralların hakemliğini yaparlar. Hakemliğin ontolojik gerekçesi budur. Uzlaştırma ilke olarak bir kurala bağlı değildir. Uzlaştırma ilke olarak hukuk kurallarına kurala bağlı değildir. Uzlaşma genelde güçlü tarafın lehine sonuçlanır. Haklı taraf ödün verir, haksız taraf ise inadından vazgeçer. Böyle olması uzlaşmayı değersiz kılmaz. Hakemlikte ise haklı ya da haksız kural kimin lehine ise onun lehine karar verilmesi demektir. Bir futbol hakemini yurtdışından getirip Türkiye liginde hakemlik yaptırabilirsiniz. Çünkü hakemlik objektif bir işidir. Profesyonel bir şekilde kuralların gereğini yapmayı gerektirir. Ama uzlaşmacılık böyle değildir. Böyle de olmamalıdır. Uzlaştırmacıda hakkaniyet duygusu uyandıracak vasıflar aranmalıdır. Hukukçu olması gerekmez, hukuku bilmesi yeterli olur.

sorun *demokratik hukuk devleti* (yani liberal demokrasi) bağlamında aşağıda tartışılmaktadır.

6

Hukuk sadece yasama ve yürütmenin değil, yargının da üstündedir. Üstünlük liberal özgürlüklerin üstünlüğünden, liberal özgürlüklerin üstünlüğü ise doğal hukuk öğretisinden kaynaklanmaktadır. Hukuk devleti ile doğal hukuk öğretisi birbirinden ayrı düşünülemez (Hayek, 2008:73-76 & Schmitt, 2008: 134). Bu bağlamda hukuk devleti *yasama, yürütme ve yargı erklerinin hukuki denetimi* olarak tanımlanabilir.

Öte yandan epistemik gelişmeler, marxistik eleştiriler, farklılıkçı kimlik savunuları ve yükselen demokrasi söylemi doğal hukuk öğretisinin itibarını kırmıştır. Schmitt'in siyasetin biricikliği adına söylediklerini de itibar kırıcılığına ilave etmek gerekir. Naziler iktidara gelmiş, onun istediği gibi bütün inisiyatif siyaset ve siyasetçinin eline geçmiştir. Neticede Schmitt'in duaları kabul olmuştur. Ne var ki hukuk devleti elden gitmiştir. Olumsuzlukları gören Schmitt düşüncelerini tevil etmek zorunda kalmıştır. Ona göre Naziler teknokratik yönetim biçiminin salık verdiği hafif meşreplik yüzünden iktidara gelmiştir. Nazilerin iktidara gelmesi onun siyaset yüceltisiyle alakası yoktur! Avam tabiriyle hukuk devletinin elden gitmesinde hırsızın hiç suçu bulunmamaktadır! Suçun tümü ev sahibine aittir!

Anglo-Amerikan hukuk devleti II. Dünya Savaşı sonrasında Almanya dahil bütün dünyada hegemonya kurmuştur. Hukuk devletiyle demokrasinin birlikteliğine dayanan bu model liberal demokrasi / demokratik hukuk devleti / anayasal demokrasi olarak adlandırılmaktadır. Ne var ki hukuk devleti bu modelde demokrasinin gerisine düşmüş, onun gölgesinde kalmıştır. Bu, bir anlamda liberal hukuk devletinin özerkliğini kaybettiği kertedir. Artık ona kimse kendi adıyla hitap etmemektedir. Demokrasi denince hukuk devleti de kast edilmiş olmaktadır. Demokrasi deyip geçilmektedir.

Demokratik hukuk devletinde (yani liberal demokraside) hukuk devleti ile demokrasi birbirine muhtaç ve birbirlerini tamamlayan bir bütün olarak addedilmektedir (Habermas, 2008:266). Bu modelde yasama ve yürütme organını halk seçmektedir. Yasama organı yasaları kararlaştırmakta, yürütme organı ise yasalar çerçevesinde iktidarı kullanmaktadır. Yargı kurumu ise her ikisini de denetlemektedir.

Hukuk devletinin iki işlevi vardır. Birinci işlevi siyasal özgürlüklere garantörlük etmektir. Bu amaçla rekabet oyununun kurallarının zırt pırt değiştirilmesini önlemektir. İkinci işlevi ise hakemlik yapmaktır. Bu şekilde demokrasinin aşırılıklarına set çekilir ve siyasi rekabetin sağlıklı işlemesi sağlanır. Öte yandan yargıçların özgürlüklerin koruyuculuğu ve hakemliği misyonundan bir adım öteye geçerek yasa koyuculuğuna soyunmaları riski vardır. Bu bağlamda anayasa denetimine ciddi eleştiriler getirilmektedir. Çünkü yargıçlar içtihat yaparak yeni kurallar ihdas etmekte veya yaptıkları hakemliklerde kendi ideolojik ve partizan dürtülerine göre haksız istisnalar yaratabilmektedirler. Yine grup dayanışmasıyla yargıçların konumunu dokunulmazlaştırabilmektedirler. Yargıçların bilinçli ve bilinçsiz taşkınlıkları liberal demokrasilerin kronik sorunudur. Bunu engellemek adına alınan tedbirlerden birisi yargıçların demokratik yollardan seçilmesidir (Soysal, 2011: 242). Bu durumda ise demokrasinin hukuk devletini gölgelediği, mahkemelerin bağımsızlığını kaybettiği şikayetleri gündeme gelmektedir. Demokrasi ile hukuk devleti arasındaki denge adeta keskin bıçağın sırtı gibidir²⁹. Dengede kalmak çok zordur.

Anglo-Amerikanların modellediği demokratik hukuk devleti hegemonik bir modeldir. Bu model hukuk devletiyle demokrasi birlikteliğine dayanır. Rosenfeld (2008:219) bu modelle ilgili üç öge belirlemiştir. Birincisi demokratik olarak hesap verebilir, ikincisi usuli olarak adil, üçüncüsü ise içerik bakımından temellendirilmiş olmaktadır. Bu kriterler esas itibariyle maddi hukuk devleti, şekli (usuli) hukuk devleti ve demokratik siyasal sistemin sentezini yapmaktadır. Bu bağlamda hukuk devleti *belli hukuki içeriğe sahip, meşruiyeti demokratik yöntemlerle temellendirilmiş ve belli usuli ilke ve mekanizmalarla donatılmış düzen olarak tanımlanabilir*. Rosenfeld'e göre (2008: 218-220) hukuk içeriğinin ne olduğu veya ne olması gerektiği konusu sönümlenmemiş bir tartışmadır. Bu tartışma aşağıdaki iki bölümde ele alınmaktadır.

²⁹ Habermas ve onun gibi post modernler bu dengenin artık bozulduğunu iddia etmektedir.

2. HUKUK DEVLETİ VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

1

Hukuk devleti ile hukukun üstünlüğü arasında yaygın kullanım itibariyle bir fark yoktur. Ama literatür itibariyle vardır. Kavramların anlamı iki bağlamda farklılaşmaktadır. Farklılaşmanın birinci bağlamı yasallık - meşruluk dikotomisiyle ilgilidir. İkinci bağlamı ise hukuk devleti türlerini ve / veya farklı hukuk devleti tecrübelerini ayırt etmekle ilgilidir. Literatürde hukuk devleti genelde Almanya tecrübesine, hukukun üstünlüğü terimi ise Anglo - Amerikan tecrübesine gönderme yapmaktadır. Almanya tecrübesi *usuli hukuk devleti* ile *pozitivist hukuk devletini*, Anglo-Amerikan tecrübesi ise *liberal demokrasiyi* ima etmektedir.

Liberal demokrasi modern dünyanın akredite olmuş siyasal sistemidir. Anayasal demokrasi, demokratik hukuk devleti gibi adlarla eş anlamda kullanılmaktadır. Modern demokrasiler hukuk devleti ile temsili demokrasinin uyumlu birlikteliğine dayanır. Hukukun üstünlüğü ise bu denklemde hukuk devletinin demokrasiye olan üstünlüğünü simgelemektedir. Hukuk devletini önceleyen bu görüşe göre egemenliğin esas kaynağı demokratik temsil değil, liberal özgürlüklerdir (Schmitt, 2008:141). Liberal özgürlükler hukuk devletinin bir nevi laik kutsalıdır. Bu kutsallık doğal hukuk öğretisinden gelmektedir (Schmitt, 2008:130-133). Binaenaleyh doğal hukuk öğretisi hukuk devletinin ideolojisi ve metafiziksel geri planıdır (Hayek, 2008:73-76 & Marmor, 2008:206-7).

Doğal hukuk doktrini Aristo'nun doğal düzen anlayışı ile Hristiyan teolojisinin sentezine dayanır. İslam dünyası dahil bütün orta çağın siyasal düşüncesini yansıtır³⁰. Bu düşünceye göre felsefe ile din farklı yollardan aynı noktaya parmak basmaktadır. Bu bağlamda *ilahi düzen* ile *doğal düzen* bir paranın sırt sırta vermiş iki yüzü gibidir. Binaenaleyh liberal özgürlükler bir yanıyla Hristiyanlıkla, diğer yanıyla Aristo'nun doğal düzeniyle ilgilidir. Aydınlanmacılar Hristiyanlık mirasını reddedip Aristo'nun doğal düzen

³⁰ Doğal hukuk doktrini ile onun temelinde yatan akıl ve dinin uzlaşımı sadece orta çağ Avrupası'na ait bir siyasal düşünce değildir. Bu siyasal düşünce İslam dünyasını da kapsar (Yayla, 2012: 14). Hatta bir görüşe göre doğal hukuk doktrini Eyyübi döneminde yaşayan Maimonides tarafından Batı'ya aktarılmıştır (Öktem & Öz, 1987: 513 vd.)

düşüncesini biricikleştirmişlerdir (Schmitt, 2008:131). Egemenliğin dinle bağımlı keserek onu laikleştirmişlerdir. Egemenlik Kant örneğinde olduğu üzere akılla, Rousseau örneğinde olduğu üzere halkın iradesiyle meşrulaştırılmıştır. Onlara göre egemenlik, laisistlerin dile getirmekten hoşlandıkları şekilde tanrıya değil, akla ve / veya halka aittir.

2

Rousseau liberal özgürlükleri halkın genel iradesiyle meşrulaştırmaktadır³¹. Liberal özgürlüklere bu şekilde demokratik meşruiyet kazandırmaktadır. Ancak onun demokrasi anlayışı Lockecular gibi bireysel özgürlükleri değil, kamusal özgürlükleri yüceltir. O cumhuriyetçidir. Sınırsız halk egemenliğini savunur. Ona göre egemenlik halkın mutlak çoğunluğuna aittir. Halk belli zaman ve zeminde bir araya gelmiş, liberal özgürlükler konusunda uzlaşmıştır. Toplum sözleşmesi teorisyenlerinden John Locke, Rousseau'dan farklı olarak, uzlaşmanın somut bir mekanizma ile ölçülmesini teklif etmiştir. Ona göre toplumsal uzlaşma bir farazyata (hipoteze) dayandırılmamalıdır. Halkın rızası demokratik süreçlerde öğrenilmelidir. Ama Rousseau temsili demokrasiye güvenmez. Parti ve sendika gibi bütün baskı gruplarına karşı çıkar (Aslan, 2002:181-182). Bu karşıtlığı paradoksal bir şekilde demokrasi ve halk egemenliği adına yapar. Öte yandan insanların sözleşmek için bir zaman ve zeminde bir araya geldikleriyle, aralarında tam olarak uzlaştıklarıyla ilgili hiçbir olgusal kanıt göstermez. Açıkça söylemek gerekirse Rousseau'nun toplum sözleşmesi bir hipotez bile değildir; bir ütopyadır. İddiaları herhangi bir ampirik bulguya dayanmamaktadır³². Şu kadar ki onun savunuları egemenliğin Tanrı'da olmadığı iddiasına somut bir şekilde hizmet etmiştir. Bilumum otoriter ve totaliter rejimler Rousseau'yu baş tacı etmişlerdir. Gasp ettikleri egemenliği Rousseau'nun ütopyasıyla meşrulaştırmışlardır. Kısaca Rousseau'nun iddialarının otoriter ve totaliter rejimlere hizmet ettiği somut bir gerçekliktir!

Belki Durkheim'in toplumsal bilinç kuramı Rousseau'nun genel irade iddiasının somut delili olabilir. Durkheim'e göre modern toplum ortak kültürün

³¹ Toplum sözleşmesi ve genel irade hakkında bkz (Rosenfeld, 2008: 33, 236, 237)

³² Habermas (2008:264) Kant ve Rousseau'nun argümantasyonlarını başarısız bulur. Ona göre liberal özgürlüklerle halk egemenliği arasında kurulan ilişki aldatıcıdır; bir hakikati yoktur.

var ettiği ortak kimlikle birbirine bağlıdır. Bu ortak kültür ve kimlik ortak kamusal alanı paylaşmaktan, ortak kamusal alanda ilişki ve iletişim kurmaktan doğar. Genel irade bu ortak kültür ve kimlikte, bunların dayandığı toplumsal bilinçte mündemiçtir. Bu sosyolojik argümantasyon biçimi somut olduğu kadar demokratiktir de³³. Ancak iki açmazı vardır. Birincisi ortak toplumsal kurallar ulusal, liberal özgürlükler ise enternasyondur. Ortak toplumsal kurallar ulustan ulusa farklılık göstermektedir. İkincisi ise ortak toplumsal kurallar tabiat kanunları gibi harici vücuda sahip değildir³⁴. Toplumsal etkileşim sürecinde ortaya çıkmış yapay simgelerdir. Anlamalarının değişmesiyle sürekli değişim geçirirler. Sorun şu ki yapay, değişken ve göreceli kurallar seti hukukun üstünlüğüne dayanak teşkil edemez. Çünkü liberal özgürlükler kutsal yasalar gibi zaman ve mekân üstü olma iddiasındadır. Onlar kozmosun düzeninde içerili evrensel kurallardır. Kant bunu biraz sofistike ederek argümente etmiştir.

Kant, Rousseau gibi liberal ilkeleri toplumun rızasına dayandırmaktadır. Farklı olarak liberal ilkelerin toplumun sözleşmesinden doğduğunu iddia etmemiştir. Ona göre liberal özgürlükler kozmosun düzeninde var olan evrensel adalet ilkelerinden sudur etmiştir. Onları saf aklıyla insan keşfetmiştir. Liberal özgürlükler evrensel hak ve hakikatlerdir. Hukuk da bu hak ve hakikatten

³³ Normatif pozitivizm olarak adlandırılan hukukun toplumun kültür ve kurallardan devşirilmesi gelişmiş Batılı toplumlara ait bir hususiyettir. Batı mukallidi ülkeler için geçerli değildir. Çünkü bu ülkelerin yasaları toplumun ne geçmişten gelen örfünden ne de hali hazırda yaşadığı kurallardan devşirilmektedir. Yasalar Batılı ülkelerin yasalarından yozlaştırılarak iktibas edilmektedir. Bu mukallitlik zannedildiği gibi aynen iktibasa dayanmamaktadır. Batı'dan alınanların içinden hayırlı ve objektif olanlar elenmiş, kendi toplumlarının kötü örfüyle sentez yapılmıştır. Sonradan modernleşen ülkelerin Batı mukallitliği yoz bir taklitçiliktir.

³⁴ Bu saptamayı bugünkü epistemik hazır bulunuşluğumuzla yapmaktayız. Pozitivizmin kasıp kavurduğu Durkheim'in yaşadığı dönemde toplumsal kuralların enternasyonal olduğu düşünülüyordu. Modernleşen her ulusun aynı toplumsal kurallara tabi olacağı zannediliyordu. Toplumsal kurallar teknoloji gibi evrenseli. Her birey ve toplumun eninde sonunda sekülerleşeceği iddiası bu pozitivist bakış açısının ürünüydü. Oysa etkileşimci teoriye göre toplumsal kurallar tabiat yasaları gibi somut ve evrensel değildir. Keşfedilecek evrensel toplum kuralları da yoktur. Her toplum kendi kurallarını gündelik ilişki ve etkileşim içinde var etmektedir. Belki imajlar (isimler) aynı kalmakta, ama bu isimlere yüklenen anlamların değişmesiyle toplumsal kurallar da değişmektedir (Giddens, 2013:57-58). Öte yandan dünyanın tek bir ülke ve tek toplum olacağını iddia eden küreselleşme teorisi insanlığın giderek aynı toplumsal kuralları geliştireceğini varsaymaktadır.

türemiş normlardır (Rosenfeldt, 2008:225). Öte yandan saf akıl, hak, evrensel ilkeler, aklın içgörüsüyle keşfetmek gibi argümanlar Kant'ın yaklaşımını metafiziksel yapmaktadır. Yani Kant'ın hipotezi metafiziksel gerekçelere dayanmaktadır. Yine de Kant *rıza* iddiasını Rousseau gibi sözleşme ütopyasına dayandırmamış, a'priorik olarak gerekçelendirmiştir.

Kant'ın liberal ilkelere halkın uyacağı / uyması gerektiği iddiası onun ahlak kuramıyla ilişkilidir. Kant'a göre emreden yasalar aynı zamanda toplumun rızasına dayanmalıdır (Habermas, 2008:261). Çünkü bir davranışı, benimsenen kurala uyma niyeti ahlaklı kılabilir. Yaptırım korkusuyla eylenen davranışın ahlakilik sorunu vardır³⁵. Ne var ki halkın liberal ilkelere rıza gösterdiğinin ampirik delilleri yoktur. Bu bir varsayımdır. Kant'a göre liberal özgürlükler kozmosta var olan adaletin evrensel ilkelerinden aklın içgörüsüyle keşfedilmiştir. Bu ilkeler hak ve hakikattir. Bunlar o kadar doğrudur ki, bunları Tanrı bile emretmek zorunda kalmıştır³⁶. Liberal özgürlükler Tanrı'nın şeriatı gibidir. Hatta onun bile üzerinde kutsallığa sahiptir³⁷. Dolayısıyla Tanrı'nın şeriatından bile kutsal olan bu hakikatlere insanların rıza göstereceğini beklemekten daha mantıklı ne olabilir? Kant, bu mantalitesiyle egemenliği Tanrıya veren semavi dinleri taklit etmektedir. Şöyle ki insanların da içinde bulunduğu kozmosu tanrı yaratmıştır. Mülk de hükmetme yetkisi de tanrıya aittir. Tanrı mülkünü sınırsız irade, ilim ve kudretiyle çekip çevirmektedir. İnsanlar için hangi kuralların adil olacağını da en iyi Tanrı bilir. Binaenaleyh

³⁵ Kant'ın ahlak kuramı onun düşüncelerinin her tarafına sinmiştir. Hukuki kuralları toplum tarafından benimsenmiş olmalıdır. Çünkü bireylerin davranışları ancak bu şekilde niyet edilmiş ve ödevden türemiş olabilir (Aslan, 2002:147-149). Ancak bu şekilde şeriatın kestiği parmak acımaz!

³⁶ Kant'ın ahlak felsefesiyle semavi dinlerin ahlak felsefesi arasındaki fark bu anlayıştan kaynaklanmaktadır. Semavi dinlere göre normlar Tanrı emrettiği için doğrudur. Kant'a göre ise normlar evrensel adalet ilkelerinden geldiği için doğrudur (Aslan, 2002:147). Öte yandan evrensel ilkelerden süzülen laik ahlaki ilkeler ile semavi dinlerin vaz ettiği ahlak kuralları arasında ciddi bir farklılık yoktur. Dayanakları farklıdır. Birisi evrensel ilkelerden akılla elde edilir. Diğeri ise Tanrı'nın iradesinden sudur eder ve bir peygamber aracılığıyla insanlara ulaştırılır. Kant aslında semavi dinlerin ahlak teolojisini bağlamından kopararak laik bir zeminde yeniden tedavüle sokar. Onun ahlaki sistemi bir nevi semavi dinlerin ahlaki sisteminin laikleşmiş halidir. Kant da Descartes da Tanrı'yı reddetmezler ama bu evrensel düzenin Tanrısız işlediğini tasavvur ederler. Yani onlar deisttir. Siyasal ifadesiyle laik. Kavramlarla ilgili bkz. (Torun, 2014: 68-70,76,77).

³⁷ Bilmek gerekir ki bahsedilen kutsallık laik bir kutsallıktır. Çünkü liberal ilkeler tanrı iradesinden değil, tanrıdan bağımsız evrensel yasalardan akıl aracılığıyla devşirilmiştir.

dini hukuk kurallarının en doğru, en adil ve en hayırlı olduğu iddiası bu inancın gereğidir (Aslan, 2002:165-168, 188). İşte Kant'ın taklit ettiği düşünce semavi dinlerden betimlediğimiz sistematiktir³⁸.

Kant'ın iddialarının olgusal (ampirik) kanıtı yoktur. Nitekim iddialarından geri adım atmak zorunda kalmıştır. İnsanların liberal ilkeleri benimsedikleri konusundaki iddiasından vazgeçmiştir. O, insan aklına verilen role yaslanarak iddialarını yeniden yapılandırır: İnsan öyle mükemmel yasa yapsın ki, akıl ve irade onu kabul etmekten kaçınmasın (Akt. Rosenfeld, 2008:225). Kant için bir şekilde, liberal özgürlüklerin böyle şekillendiğini varsaymaktadır. Peki! Öyle mükemmel yasaları kim yapacak? Yaptığı yasanın mükemmel olduğuna kim karar verecek? Bu sorular karşısında Kant bir kere daha geri adım atmak zorunda kalmıştır: Yasaların meşruiyeti için halk tarafından benimsenmesi şart değildir. Reddedilmemesi yeterlidir der (Akt. Rosenfeld, 2008:226). Kant, dönemin atmosferine uygun olarak, Comte gibi bilimi övüp felsefe yapmaya devam etmiştir. Nitekim süreç içinde tarihçi okul mensuplarının, Marxistlerin ve demokratların eleştirileri Kant gibi liberallerin hegemonyasını sarsmıştır. Liberal hegemonya, Weber sayesinde, kısmi değişikliklerle bir müddet daha devam etmiştir³⁹.

3

Weber, egemenliği meşrulaştırmada içi boş metafiziksel anlatılara tenezzül etmez. Egemenliği pragmatizme, işe yaramaya, işleve karşılık gelen araçsal rasyonaliteye dayandırır. Yaptığı otorite tasnifine göre modern toplumdaki egemenliğin kaynağı yasal ussal (rasyonel) otoritedir⁴⁰. Ona göre modern birey rasyoneldir. Modernliğin ayırt edici vasfı rasyonelliktir. Modern toplum rasyonelliğin bir ürünüdür. Rasyonel toplum, iktidar ve otorite işlerini

³⁸ Aydınlanmacıların epistemik açmazları tam da burada yatmaktadır. Kant evrensel hukuk kurallar iddiasıyla bir nevi seküler (laik) kutsallık var sayar. Kant tabiri caizse seküler (laik) bir şeriatçıdır. Ama tek, kesin ve evrensel yasal düzen iddiası ancak tek tanrı varsayımı ile mümkündür. Yani Kantçıların tek tanrı inancını kabul etmeden ileri sürdükleri tek bir kozmos, evrensel ve kesin kurallar önerileri a'priorik olarak tutarsızdır.

³⁹ Habermas Rousseau ve Kant'ın liberal özgürlüklerle halk egemenliğini uzlaştırma çabalarını epistemik düzlemde çürütmektedir (Çoban, 2008:16).

⁴⁰ Yasal ussallık Türkiye'de çeviri çarpıklarına bir örnektir. Çeviri pekâlâ rasyonel (akılcı) yasalar şeklinde yapılabilirdi. Belki de bu şekilde çeviri pragmatik (araçsal) akılcılıkla teorik (saf) akılcılığı karıştırmamak hassasiyetiyle yapılmıştır.

de rasyonel motivasyonla yapar. Bu, mantıki / a'priorik bir gerekliliktir. Ne var ki Weber rasyonelliğin bir sebep değil de sonuç olabileceğini hiç sorgulamamıştır. Marxistler bu iddianın tam aksini savunmuştur. Onlara göre zihniyet ekonomik gelişmenin sebebi değil, sonucudur. Habermas Marxistlerin Weber'e yönelik iddiasını küçümseyici bir üslupla tekrar etmiştir. Habermas'a göre Weber'in modernliği rasyonalitenin sonucu olduğu iddiası psikolojik bir tevilden ibarettir (Akt. McCormick, 2015:42-43, 317 & Akt. Timur, 2008:110-111).

Weber'in yönetim anlayışı, bir liberalistten bekleneceği üzere bürokratik yönetime içkindir. Yani teknokrasidir. Liberal özgürlükler işe yaradığı için önemlidir. Artık metafiziksel gerekçelendirmeye lüzum kalmamıştır. Ne var ki yarara / pragmaya indirgenen liberal özgürlüklerin büyümesi de bozulmuştur (Schmitt, 2008:144-145). Hukukun üstünlüğüne atfedilen kutsallığın tılsımı kaçmıştır. Bütün bu gelişmeler hukukun üstünlüğüne dayalı maddi hukuk devleti yaklaşımını sarsmış, *usuli (biçimsel) hukuk devleti* ile *pozitivist hukuk devletinin* önünü açmıştır (Rosenfeld, 2008: 229).

Pozitivist hukuk devleti savunucuları egemenliğin meşrulaştırma tartışmasına hiç girmemişlerdir. Daha doğrusu egemenliği anayasayı ilk defa yapan güce havale etmişlerdir. Almanya'nın II. Dünya Savaşı yenilgisine kadar devam eden pozitivist hukuk anlayışı hukukun üstünlüğü konusunda dibe vuruşu simgeler. Çünkü pozitivist hukuk devleti taraftarları egemenliği doğal hukuka ya da toplumsal sözleşmeye dayandırmazlar, anayasayı yapan siyasal gücü, azınlık bir elite veya parlamentoya dayandırırılar.

II. Dünya Savaşı'nda Almanya'nın yenilmesiyle pozitivist hukuk devleti tedavülden kalktı. Yerini Anglo-Amerikan yaklaşımına bıraktı. Hukukun üstünlüğü nosyonu hegemonya kurdu. Ne var ki hukuk devleti hegemonyasını demokrasiyle paylaşmak zorunda kaldı. Artık hukuk devleti yoktu, *demokratik hukuk devleti* vardı.

Britanya'da egemenlik Locke' tan beri demokratik usullerle meşrulaştırılmaktaydı. Bu gelenek İngiltere siyasi geleneğinin bir parçasıydı. Fransızlar ise egemenlik - meşrulaştırma sorununu kralı ve krallığı ortadan kaldırarak radikal bir biçimde çözmüşlerdi. Hatta Fransa'da hukuk devleti geleneği devrim müktesebatından dolayı geç olgunlaşmıştır. Hukuk devletine bir nevi ihtiyaç duymamışlardır (Hayek, 2008: 64). Fransızlar mutlak monarşinin (yani despotizmin / polis devletinin) keyfilğini hukuk devletiyle

sınırlandırmak yerine, monarşiyi kaldırarak sorunu kökünden çözdüler. Neticede monarşiyi cumhuriyete onlar dönüştürdü. Fransa çok geç zamanlarda yetki alanı genişleyen demokrasinin aşırılığını dengelemek ihtiyacıyla Anglo-Amerikan geleneğine başvurdu. Fransız ihtilalci geleneğini ve onun tezahürü Cumhuriyetçiliği taklit edenler Fransa'nın sonradan yaptığını yapamadılar. Hukuk devletiyle sınırlandıramadıkları cumhuriyeti otoriter rejimlere dönüştürdüler. Geriye ellerinde Rousseau'nun ütopyik güzellemelemleri ile Fransız ihtilalinin sloganları kaldı. Türkiye bunun tipik örneğidir.

İngilizler, monarşinin mutlak iktidarını Fransa'dan daha erken dönemde hukuk devletiyle dengelemişlerdir (Schmitt, 2008:138). Bu gelenek önce Avrupa'ya sonra bütün dünyaya İngiltere'den yayılmıştır (Bezci, 2006:117 & Ökçesiz, 1998a:18). Hukuk devleti ile temsili demokrasinin birlikteliğinden oluşan bu gelenek *liberal demokrasi*, *anayasal demokrasi* veya *demokratik hukuk devleti* olarak adlandırılmaktadır. Bu sistem bağımsız mahkemeler ile demokratik kurumların uyum ve iş birliğine dayanmaktadır. Öte yandan iki kurum arasındaki üstünlük çatışmaları bu sistemin kronik sorunudur (Vergin, 2020: 51).

4

Liberal demokratik sistemin demokrasi ve hukuk devleti olmak üzere iki bileşeni vardır. Çoğunluğun azınlığa tahakkümü temsili demokrasinin olağan sonucudur. Çoğunluğu bulanlar egemenlik oyununun kurallarını istediği gibi değiştirebilir. Bu bağlamda keyfi rejimlerden farkı yoktur. Çünkü bir kişinin keyfiliği ile çoğunluğun keyfiliği arasında nitelik farkı bulunmamaktadır (Schmitt 2008:144-145). Sistemin diğer bileşeni liberaller ise hukukun üstünlüğü ile sahne alırlar. Onlara göre liberal özgürlükler her şeyin üzerinde olmalıdır. Çünkü anayasal güvenceye sahip liberal ilkeler, iktidar olamayanlar dahil toplumdaki bütün bireylerin temel haklarını güvence altına almaktadır. Çoğunluğu arkasına alan iktidar sahiplerine her istediğini yapamazsın, hukuk senin de üstündedir denir (Erdoğan, 2000a:120). Öte yandan bu iki bileşenin egemenlikle ilgili duruşları farklı olmaktan öte zıttır.

Hukuk devletinin elinde yasama ve yürütmeyi denetleme yetkisi vardır. Ancak bu usuli yargılama yapmakla sınırlı bir yetki olmalıdır. Anayasa mahkemesi parlamentonun çıkardığı yasalara yerindelik denetimi yapamamalıdır. Aksi halde parlamentonun yetkisini gasp etmiş olurlar.

Yargıçlar böylelikle güç hiyerarşisinin en tepesine yerleşir, egemenlik onlara ait hale gelir. Bütün bunlar yargı gücünün yasama ve yürütmeye eşit olduğu iddiasını tartışmalı hale getirir. Habermas'ın can yakıcı eleştirileri tam da burada devreye girer.

Habermas'a göre liberal demokrasilerde egemenliğin kayıtsız ve şartsız halkta olduğu iddiası doğru değildir. Değiştirilemez, eleştirilemez, müzakere edilemez, dokunulamaz iddiasına sahip anayasanın olduğu yerde halk egemenliğinden bahsedilemez. Böyle bir rejimi demokrasi olarak değil, laik meşrutiyet veya laik teokrazi olarak adlandırmak gerekir. Halka ve evrensel ilkelere yaslanmayan yargıçlar ise laik mollalar olarak nitelendirilmelidir⁴¹.

Habermas'a göre egemenlik halkta olmalı, değişmez denilen anayasal ilkeler de değişebilmelidir⁴². O sadece hukukun üstünlüğünü eleştirmez, demokrasinin mevcut halini de eleştirir. Yeni bir siyasal sistem önerir. Hukukun meşrulaştırılması için yeni bir yöntem vaz eder. Onun bu pesimist söylemlerini hayra yoranlar çoktur. Bu iyimserlere göre Habermas aslında liberal demokrasiyi yıkmak değil, düştüğü yerden ayağa kaldırmak istemektedir (Çiğdem, 2015:15 & Timur, 2008:77-78).

Habermas'ın ütöpik önerilerinin ayaklarını yere bastıran kişi M.Rosenfeld gibi realistlerdir. Rosenfeld mevcut rejimi eleştirir ama Habermas gibi reddetmez. Habermas'ın (2008:264) usuli hukuk yaklaşımına eklemeler yaparak ayakları yere basan bir alternatifte dönüştürür. Gerçi çok başarılı olduğu söylenemez. Çünkü onun modeli de çok soyuttur. Buna karşılık Troper'in hukuk devleti ile demokrasi arasındaki gerilimi sönmülmendirmek adına geliştirdiği model oldukça somuttur. Troper'e göre anayasayı halk yapmalı, ama sonra geriye yaslanıp bir şeye karışmamalıdır. Anayasa kolay kolay değiştirilmemelidir⁴³. Denetleme işi yargıçlara bırakılmalıdır. Yargıç

⁴¹ Gauchet'e göre akıl, bilim ve halk egemenliği gibi motifler dinin tedavülden kalkması sonucu kutsallaştırılmıştır. ABD'de anayasa metinleri ve kurucu babaların yazıları halk tarafından kutsal muamele görmüştür. Yargıçlar da bu laik kutsalların koruyucu melekleri olarak addedilmiştir (Vergin, 2020:49-50). Habermas işte bu statükonun sarsılıp giderek ortadan kalktığını iddia etmektedir. Bu nedenle yeni meşrutiyet yöntemlerine ihtiyaç vardır demektir.

⁴² Habermas'a göre (2008:261-263) yasalar değişebilmelidir. Ama anayasaların kolay değişmesi de doğru değildir. Yani yasalar ilke olarak halk tarafından değiştirilmeli ama zırt pırt değişmemelidir.

⁴³ Betimlenen bu ilke literatürde *anayasacılık* olarak adlandırılmaktadır (Sancar, 2005:45).

denetlemesi ise usuli yargılamayla sınırlı tutulmalıdır. Yargıçlar esasa girmemelidir. Kimse kimsenin işine karışmalıdır. Böylelikle uyum da kendiliğinden gerçekleşecektir⁴⁴.

ABD ve Britanya’da yargıçların usuli yargılama dışına çıkıp siyasal kararlar verdikleri sıklıkla şikâyet konusu olmaktadır. Bu durum hukukun değil, yargıçların üstünlüğü olarak değerlendirilmektedir. Dworkin, sorunu çözmek için ufuk açıcı bir öneride bulunur. Yargıçlar kendilerini usuli yargılamayla sınırlandırmamalıdır. Şu kadar ki usuli yargılama parti siyasetine ve partizan tutumlara dayalı karar vermeye ilgili olarak devam etmelidir. Ama siyasi ilkelerle, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak amaca yönelik yorum ve yargılama yapılmalıdır. Gerçekten de yargıç yetkilerinin usuli yargılamayla sınırlı kalması yasama ve yürütmeyi denetimsiz bırakmaktadır. Siyasi iktidar eylemleri siyasi maslahat (hikmet-i hükümet) bahanesiyle keyfileşebilmektedir. Yargıca itimat edilemeyen yerde, siyasetçiye hiç itimat edilemez. Siyasetçiler meşrepleri gereği taşkınlığa daha meyillidir. Siyasetçilerin yasama ve yürütme işlemlerinde yasaların arkasından dolaştıkları istisnai durumlar değildir. Dworkin’e göre temel hak ve özgürlüklerle ilgili konularda inisiyatif yargıçlarda, siyasi konulardaki ise siyasi kurumlarda olmalıdır⁴⁵. İki kurum arasındaki gerilim ancak bu şekilde sönmümlendirilebilir.

Anlaşılabacağı üzere liberal demokrasilerde hukukun üstünlüğü konusunda tam bir uzlaşmadan bahsedilemez. Artık genel irade ne Rousseau’nun toplum sözleşmesiyle ne de Kant akılcılığıyla meşrulaştırılabilir. Öte yandan hukuk devleti ile demokrasi birlikteliğinden oluşan anayasal (liberal) demokrasinin makul bir alternatifi de bulunmamaktadır. Anayasal ilkeler üstünde belki kabul edilmese de toptan reddedilmeyecek makul bir uzlaşma yeterli olabilir. Temel ilkeler, amaca yönelik yorumlamak suretiyle anayasa mahkemesi tarafından değiştirilmemelidir. Yine temel ilkelerin değişmesi siyasetin aktörleri tarafından olur olmaz zamanda gündeme getirilmemelidir⁴⁶.

⁴⁴ Bu konu *Hukuk Devleti ve Demokrasi* başlığında ayrıntılı olarak incelendi. Burada özetle iktifa edildi. Referanslar için ilgili başlığa bakılabilir.

⁴⁵ Bu konu *Hukuk Devleti ve Demokrasi* başlığında ayrıntılı olarak incelendi. Detaylı incelemeye ve incelemenin referansları için ilgili başlığa bakılabilir.

⁴⁶ Bu, Türkiye için anlamsız bir tartışmadır. Çünkü Türkiye’nin liberal özgürlükler temelinde bir anayasası yoktur ki liberal özgürlüklerin yetmediğinden bahsedilebilsin. Mevcut 1982 Anayasasında temel yasa (grundform) olarak kodlanan maddelerin temel hak ve özgürlüklerle ilişkisi yoktur. Bunlar anayasayı koyan bürokratik elitlerin

Sonucu Troper'in (2005:17-21) sağduyulu çağrısıyla bağlayalım: Anayasa mahkemesi ve yasama organı birbirlerine olan üstünlük iddiasından vazgeçmelidir. Her iki taraf da kendinden tavizler vermeli, bir adım geri çekilmelidir. Bu temenniler iki güç arasındaki gerilimi ne derece ve ne zamana kadar soğutur bilinmez.

ideolojisini yansıtmaktadır. Başlangıç hükümleri tipik bir şekilde ideolojiktir. İdeolojik maddeler bunlarla sınırlı değildir. İlk dört madde ve diğer maddelere de serpiştirilmiştir. Öte yandan mevcut Anayasa temel hak ve özgürlükleri de içermektedir. Bunların evrensel standartlarda olduğuna da şüphe yoktur. Ne var ki insan haklarıyla ilgili maddelerin sonları *amalı* kayıtlarla kadük hale getirilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin kullanımı başlangıçtaki ideolojik gerekçelerle ve devlet otoritesi lehine sınırlandırılmıştır (Erdoğan, 2000a: 227-234). Bu bağlamda Türkiye'de anayasa değişikliği tartışmalarının zemini yoktur. Doğru sorunsallaştırma şöyle olmalıdır: Mevcut insan hakları ilkeleri korunmalı, bunlara sınırlandırma getiren kayıtlardan kurtarılmalıdır. Kısaca Türkiye'nin cari anayasası liberal özgürlüklere dayalı bir anayasa değildir ki, liberal özgürlüklerin yetmediğinden hareketle onun değişme tartışması anlamlı olsun! Erdoğan'a göre (2000:139,152) anayasadan kasıt başlangıç hükümleri ve onun gibi temel maddelerdir. Bunun dışında kalan maddeler anayasal nitelikli değildir. Çoğu maddelerin anayasada bulunmasına bile gerek yoktur. Bu nitelikteki maddelerin değiştirilmesini anayasa değişikliği olarak formüle etmemek gerekir.

3. HUKUK DEVLETİ VE DEMOKRASİ

1

Hukuk devleti ile demokrasi birbiri yerine kullanılan kavram setlerinden biridir. Ama aynı anlama geldikleri doğru değildir. Literatür bağlamı ve tarihselliği itibariyle birbirine zıt oldukları bile söylenebilir (Habermas, 2023:167; Sancar, 2005:44-45; Troper, 2005:12). Bunlar arasındaki ilişki aynı hastalığa murakabe halinde birlikte tatbik edilmeleriyle, birlikte tatbik edildiğinde faydalı olmalarıyla ilgilidir.

Hukuk devleti ve demokrasi devlet iktidarını sınırlandırmada, onun yol açtığı keyfilik ve cebriliği izale etmede birlikte kullanılan iki tedavi yöntemidir. Hukuk devleti, keyfiliği gidermede ancak demokrasiyle birlikte tatbik edildiğinde etkinleşmektedir. Hukuksuz kalan demokrasi ise keyfiliği başka bir formda yeniden canlandırmaktadır.

Hukuk devleti bir devlet biçimi, demokrasi ise bir siyasi sistemdir (Çin, 2019:IV; Ökçesiz, 1998a: 20; Rosenfeld, 2008:212; Troper, 2005: 12). Bazılarına göre hukuk devleti de bir siyasi sistemdir. Ökçesiz'e göre (1998a: 20-21) hukuk devletinin bir siyasi sistem olması ancak ideal formunda mümkündür⁴⁷.

2

Burjuva sınıfı evvel emirde serbest ticareti engelleyen aristokrasiye karşı dönemin zayıf krallarıyla iş birliği yaptı. İş birliği sonucunda burjuvanın ticareti, merkezi krallıkların ise gücü arttı (Torun, 2003: 55,92-93). Burjuva - monark ittifakı önce aristokrasiyi etkisizleştirdi. Sonra sınır ötesine, deniz aşırı ülkelere yöneldi. Bu yönelim, bizzat hükmetme amaçlı geleneksel bir fetih hareketi değildi. Amaç dünyanın maddi imkanlarını sömürmek, sömürmeyi fethetmekti. Sonuçta bu ittifak ticaret burjuvasını zenginleştirip onları endüstri girişimcisine, zayıf krallıkları ise T.Hobbes'un Leviathan canavarına benzettiği güçlü devlete dönüştürdü. Hukuk devleti diyalektik bir gereklilikle bu kerte ortaya çıktı.

⁴⁷ Ökçesiz'e göre (1998a: 21) hukuk devletinin ideal formu *maddi hukuk devleti*dir.

Merkezileşip güçlenen bu krallıklar *polis devleti* olarak adlandırılmaktadır⁴⁸. *Polis* sözcüğü antik Yunan site devletlerini değil, hikmet-i hükümet mantığıyla sulh ve sükunu sağlamaya çalışan, kolluk kuvveti maharetiyle herkese gücü yeten, istediğini yaptırmada hukuk dinlemeyen devleti nitelendirmektedir (Gözler & Kaplan, 2013:25; Kuzu, 2001:1; Tanör & Yuzbaşıoğlu:99). Adını Almancadan alan polis devleti Montesquieu tarafından despot devlet, Osmanlı aydınları tarafından keyfi ve cebri devlet olarak adlandırılmıştır.

Hukuk devleti, burjuvanın kendi elleriyle yarattığı polis devletinin keyfi iktidarını sınırlandırmak, mümkünse kendi hizmetine sokmak için yine kendisi tarafından icat edilmiştir (Çoban, 2008: 11-12; Huber, 1970:29; Özbudun, 2003:114). Hukuk devleti burjuvayla ilişkisi dolayısıyla *liberal devlet* veya *liberal hukuk devleti* olarak adlandırılmaktadır.

Burjuvanın organik aydınlarına⁴⁹ göre iktidar tekeli modern devlet olmanın gereğidir. Öte yandan iktidar tekeli gereklidir ama yeterli değildir. Devleti modern yapan belirleyici / yeterli şart iktidarın hukuka göre kullanılmasıdır. Binaenaleyh iş ve işlemlerini hukuka göre yapmayan, keyfi ve cebri hareket eden bir devletin herhangi bir şiddet organizasyonundan farkı yoktur (Erdoğan, 2012:55).

Öte yandan hukukun varlığı otomatik olarak monarkın / despotun hukuka uymasını garanti etmemektedir. Bir idea olarak hukuk ilkeleri yeterli gelseydi

⁴⁸ Mutlakiyetçi yönetimler 16-17.yy'da önce İngiltere'de, sonra 17-18.yy'da kara Avrupası'nda ortaya çıktı (Yıldız, 2014:218). Burada bahsedilen monark, iktidar tekeli eline geçirmiş hikmet-i hükümete göre hareket eden keyfi ve cebri mutlakiyetlerdir. Öte yandan her monarşik devlet polis devleti değildir. Nitekim birer cumhuriyet olan faşist ve sosyalist rejimler de despot devlet olarak addedilmektedir. Yine çoğunluğa dayalı temsili demokrasiler de çoğunluğun despotizmi olarak nitelendirilmektedir.

Despot kavramı Fransa'da şöhret kazanmıştır. Bunda Montesquieu'nün katkısı büyüktür. Tiran kavramına yüklenen anlamın aynısı despotizm kavramına da yüklenmekteydi. 14. Louis monarşik yönetimini eleştirmek için kullanılıyordu (Doğan, 2011:168-170, 174). Kavramın Almanya'daki karşılığı ise polis devletidir. Yine mutlakiyet rejimini eleştirmek için kullanılmıştır. Mutlakiyet rejimleri Boden, Hobbes'un tanımladığı şekilde güç tekeli ele geçirmiş ama hukuk devletiyle terbiye edilmemiş keyfi ve cebri devleti simgelemektedir.

⁴⁹ Organik aydın Antony Gramsci'ye göre kültürel hegemonyanın bir aparatıdır. Kapitalizm sadece siyasal hegemonyaya dayanmamaktadır. Aynı zamanda kültürel hegemonya ile halkın vicdanında da yerleşmiştir. Kapitalizmin kültürel hegemonyasının en önemli aracı ise liberal aydınlardır (Akt.Vergin, 2020: 91-92).

bunun Osmanlı'ya faydası dokunurdu. Batı'da 17.yy'da ortaya çıkan güçlü monarşiler Osmanlı coğrafyasında eskiden beri vardı. Osmanlı devleti bütün nesebi, dini, siyasi ve ekonomik baskı guruplarını yok ederek ya da bağımlılaştırarak iktidarı merkezileştirmişti. Hatta bu nitelik Osmanlı siyasi sisteminin temel vasfıydı (Mardin, 1995:209-2012 & Torun, 2008b:238). Montesquieu'nün 14. Louis'i Osmanlı sultanlarına benzetmesi bunu ispatlayan argümanlardan biridir. Osmanlı için bu belirlemenin benzerini Makyavel de yapmıştır (Doğan, 2011:168-170)

Burjuva ve onun organik aydınları liberal özgürlükleri vaz etmekle yetinmediler. Aynı zamanda kuvvetler ayrılığı, bağımsız mahkemeler, anayasacılık, genellik, eşitlik, geçmişe yürümeme, öngörülebilirlik gibi ilke ve mekanizmalar ihdas ettiler. Hukuk devletini hukuki ilkeler değil, aksine bu mekanizmalar işlevsel kılmıştır. Kaldı ki hukuki ilkeler (liberal özgürlükler) aydınlanmacı düşünörlere özgü de değildir. Liberaller onları yarı dini yarı felsefi orta çağ skolastizminden laikleştirerek devşirdiler. İlk çağda doğal düzen, orta çağda doğal hukuk / ilahi düzen olarak adlandırılan ilkeler liberaller tarafından *akli düzen* olarak adlandırılmıştır (Anayurt, 2021:47,66 & Küçükali ve Akbaş, 2016: 69). Hasılı hukuk devleti burjuva sınıfının omuzlarında ve hukuki mekanizmalar sayesinde hayat bulmuştur. İşte Osmanlı'nın başaramadığı, modern Batı'nın ise başardığı şey buydu (Gözler, 2019).

3

Burjuva sınıfı, 19. yy. İngiltere'sinde, devlet iktidarını sınırlamak adına mücadele verirken demokrasi taraftarlarının da aynı mücadeleyi verdiğine şahit olur (Huber, 1970:28). Yol arkadaşlıkları bu şekilde başlar. Birliktelikleri *liberal demokrasi, anayasal demokrasi* veya *demokratik hukuk devleti* olarak adlandırılmaktadır (Erdoğan, 2017:41 & Erkıpçak, 2020:20). İngiltere'de başlayan bu birliktelik zamanla kara Avrupası'na, oradan da bütün dünyaya yayıldı.

Hukuk devleti ile demokrasi orijin, yöntem ve araçlar yönünden birbirinden farklıdır (Habermas, 2008: 25-260 & Troper, 2005:12). Ama mücadele ettikleri düşman / hasım aynıdır. Onları ortak bir amaçtan ziyade ortak düşman bir araya getirmektedir. Birlikteliğin stratejik niteliği aralarındaki ilişkiyi kırılğanlaştırmaktadır. Nitekim aralarındaki geçimsizlik ciddi boyutlara

ulaşmıştır. Modern olana ait her şeyin yapı söküme uğradığı post-modern konjonktür ise bu geçimsizliğe tuz biber ekmektedir.

Rosenfeld'e göre (2008:212) demokrasi ile hukuk devleti arasında ciddi sorunlar vardır. Ama aşılamaz değildir. Üstelik iki taraf da birbirine muhtaçtır. Varlıkları birbirine bağlıdır. Siyasal rekabetin sulh içinde işlemesi siyasal özgürlüklerin varlığına bağlıdır. Binaenaleyh anayasa siyasal özgürlüklere garantör olarak demokrasinin ayakta durmasına hizmet etmektedir. Hukuk devleti olmadan demokrasi yaşayamaz. Demokrasi olmadan hukuk ilkeleri meşrulaştırılamaz⁵⁰. Meşruluğu olmayan ilkelerin ise otoritesi zayıf olur. Habermas'a göre otorite zafiyeti soğuk savaş konjonktüründe sistemin işleyişle ilgili bir sorun olarak tanımlanıyordu. Krizlerin günahı sisteme ve siyasi aktörlere yükleniyordu. 1990 sonrasında ise sistemin bizatihi kendisi sorgulanmaya başlandı. Gelenen noktada sistemin çökmesi söz konusudur (Akt. Vergin, 2020: 49-52).

Demokrasi aktörlerinin hukuk devletine olan tepkileri naz boyutundan öteye geçmiştir. Onlara göre maskülen yargıçlar hukukun üstünlüğü iddiasını bahane ederek feminen demokratlara sürekli şiddet uygulamaktadır. Tarihi okula, marxistlere, eleştirel hukuk okuluna, farklılıkçı kimlik savunucularına ve post yapısalcılara kulak kabartınca yargıçlar hakkında pek de iyi kanaat uyanmamaktadır (Sypnowich, 2008:326 vd). Habermas bu duruşmanın avukatlığını değil, savcılığını yapar ve hukuk devletini direkt itham eder. Sorgulanamaz, değiştirilemez kerameti kendinden menkul hukuk devleti ilkeleri birer laik dogmadan ibarettir der (Akt. Vergin, 2020). Habermas'ın iddiası doğru ise bu laik dogmaların meşrulaştırdığı devlet düzenlerini birer laik

⁵⁰ Habermas'a göre eğer meşruluk sorununu çözülmezse liberal demokratik sistem çökebilir. Günümüzde liberal demokrasinin krizi 1990 öncesinin *bastırılmış krizlerine* benzemektedir. Siyasi aktörlerin ve partilerin değişmesi krizi geçici olarak bastırmıştır. Ama bu kriz normatif bir krizdir. Siyasi sistemin dayanağı olan hukuki ilkelere duyulan inancın sarsılmasıyla ilgilidir. Sorun şu ki hukuki ilkelerin doğal hukuk veya sözleşme teorisıyla temellendirilmesinin de modası geçmiştir. Hukuki normları demokratik süreçlerde meşrulaştırmaktan başka çare kalmamıştır. Bu ise demokrasiyi ön plana çıkarmaktadır. Demokrasinin ön plana çıkarılması ise hukuk devletinin çoğunluk tarafından bastırılıp yok edilmesinin önünü açabilir. Hukukun yok edildiği kertede demokrasinin sosyalizme dönüşme ihtimali vardır (Habermas, 2008: 263,166 & Vergin, 2020:49-52). Habermas demokrasi adına hukuk devletinin baskınlığını eleştirse de demokrasi ile hukuk devletinin birlikteliğine olan inancını farklı formlarda sürdürmüştür.

teokrasi veya laik meşrutiyet olarak tanımlamak gerekiyor. Orta çağın kilise papazları ile anayasa mahkemesi yargıçları arasındaki fark birincilerin inançlı, ikincilerin ise laik olmasıdır. Özünde fark yoktur. Binaenaleyh bu düzenin *laik molla rejimlerinden* bir farkı yoktur.

Habermas, içinde kişiliğini bulduğu Frankfurt Okulunun nihilist izlerini taşır. Ona göre hukuk devleti demokrasiyi boğmaktadır. Çünkü demokrasi sivil toplumla, sivil toplum ise serbest müzakereyle ilgilidir. Araçsal rasyonalitenin emrine giren hukuk kurumu ve ekonomi kurumu sivil toplumu manipüle etmektedir. Liberal demokrasinin mevcut halini restore etmenin artık imkânı kalmamıştır. Nitekim liberal demokrasinin en iyi kurumlaştığı ABD’de halk sandığa gitmeyi anlamsız bulmaktadır. Apolitik tavır sergilemektedir. Yine sarı yelekli gibi apolitik toplumsal hareketler toplumun siyasi sistemden ümidini kestiğini göstermektedir⁵¹ (Atkinson, 2017: 287). Bu iki gösterge liberal demokrasinin tevil edilemez krizini betimlemektedir (Habermas, 2008: 264).

Habermas liberal demokrasiyi kendi asri saadetinde bırakıp alternatif bir siyasal sistem önerir⁵². Bu alternatif sistemin adı müzakereci (iletişimsel) demokrasidir. Radikal (ileri) demokrasi olarak adlandırılanlar da vardır (Keyman, 2005:105; Timur, 2008: 77-78; Yükselbaba, 2012: 214). Bu sistem bazılarına göre liberal demokrasinin tevilli bir restorasyonu, bazılarına göre ise ayakları yere basmayan bir ütopyadır (Timur, 2008: 195, 197). Bilmek gerekir ki Habermas kendi ütopyasının peşinden koşmak yerine, demokrasinin üstünü hukuk devletinin altını çizen Avrupa Birliği’ne tav olmuştur (Timur, 2008:249). Habermas’ın savundukları ile tercih ettikleri arasında onarılamaz bir açık vardır. Bütün ütopyacılar gibi Habermas da gerçeklik düzleminden savrulmuştur. Tutarsız olmak ithamı altındadır.

⁵¹ ABD ve Fransa’da patlak veren bu apolitik nitelikli eylemler *yeni toplumsal hareketler* olarak adlandırılmaktadır. Yeni toplumsal hareketlerin eskiden farklı olarak bir rejim ve iktidar değişikliği talebi yoktur. İdeolojik angajmanı bulunmamaktadır. Bu hareketlere her ideolojiden, her sosyo-kültürel tabakadan insan katılmaktadır. Bunlar bir parti adına da hareket etmemektedir. Bundan dolayı apolitik hareket olarak nitelendirilmektedir. Bu harekete katılanların motivasyonu demokrasiye de hukuka da inanmamaktır. İnsanlar manipüle edildiklerini düşünmektedir (Yükselbaba, 2012:211).

⁵² Habermas’a göre 1775-1875 arası dönem liberalizm altın çağıdır. Bu dönem her şeyin müzakeresinin kamusal alanda açıkça yapıldığı dönemdir. Daha sonra kamusal alan açık olmaktan çıkmıştır (Akt.Timur, 2008:63).

Sancar'a göre AB müktesebatı devlet vesayetine dayalı Alman hukuk devleti geleneğine dayanır. Bu gelenek anayasal (liberal) demokrasi değil, aksine anayasal devlettir⁵³. AB hukuk devleti modeli demokrasi aleyhine bir geriye gidişi temsil etmektedir. Çünkü AB müktesebatı bürokratik elitler tarafından belirlenmiştir. Demokratik süreçleri görece dışlayan vesayetçi bir yapı söz konusudur. Avrupa Adalet Divanı ve İnsan Hakları Mahkemesi kararları üye ülkelerin yargı hiyerarşisinin üstünde yer almaktadır. Bu mahkemelerin kararları ve kararlara temel olan hukuk ilkeleri demokratik süreçlerle değiştirilememektedir. Başlangıçta belirlenen maddelerde Avrupa Parlamentosunun dahli olmadığı gibi bunları değiştirme gücüne de sahip değildir. Ayrıca nüfusu az üyelerin AB parlamentosundaki temsil edilme oranı çok düşüktür. Ülkelerin Avrupa Birliğine girmesinde salt çoğunluğun tercihi yeterli olmaktadır. Her durumda AB'de üye ülke toplumlarının demokratik iradesi dışlanmaktadır (Sancar, 2005:54-56).

AB müktesebatı anayasal ilkelerinin meşruiyeti noktasında bir geriye gidişi temsil etmektedir. AB müktesebatının tartışmayı yasakladığı temel hak ve özgürlüklerin meşruiyeti aydınlanmacı savlarla argümente edilemez. Metafiziksel argümanların miadı dolmuştur. Hatırlanacağı üzere akılcı metafiziğiyle Kant, toplum sözleşmesiyle Hobbes, Locke ve Rousseau, kolektif bilinç açıklamasıyla Durkheim, rasyonelleşme analitiğiyle Weber liberal özgürlükleri meşrulaştırmaya çalışmışlardı. Argümanları farklı olsa da hukuk devleti ilkelerinin toplumun rızasına dayandığı konusunda hemfikirlerdi. Sadece Locke rızayı ölçmede temsili demokrasiyi önererek yöntem bakımından diğerlerinden ayrılmıştı (Rosenfeld, 2008:216). Öte yandan hukuk devletini sarsacak eleştirilerin kapısı da Lockecu uygulamalar sonrasında aralanmıştı. Çünkü liberal tasavvura göre hukuk devleti son kertede adaletin evrensel ilkelerine dayanmalıydı. Bunlar ne kral gibi bir faninin ne de parlamento gibi çoğunluğun iradesinden çıkamazdı. Hukuk devleti ilkeleri değişmez, hatta

⁵³ Burada anayasal demokrasi ile demokratik hukuk devleti, başka ifadeyle liberal demokrasi kast edilmektedir. Anayasal devletle usuli veya pozitivist hukuk devleti kast edilmektedir. Bu kavramsallaştırma ile içinde pozitivist hukuk devletinin izlerini de barındıran günümüz Alman hukuk devleti geleneği kast ediliyorsa doğru bir değerlendirmedir. Ancak terimle salt pozitivist hukuk devleti kast ediliyorsa abartılı bir değerlendirmedir.

değişmesi dahi teklif edilemez birer dogmaydı. Daha doğrusu dogma olmak zorundaydı. Neticede hukukun üstünlüğü iddiası betimlenen bu nosyona bağlıdır.

Hukuk devletine yönelik eleştiriler tam da betimlenen dogmatizmi hedef almıştır. Marxistlerin, tarihçi okul mensuplarının, demokrasi yanlılarının, eleştirel hukuk okulunun, feminizm ve LGBT gibi farklılıkçı kimlik savunucularının eleştirileri liberal (maddi) hukuk devletini yıkmış, biçimsel (usuli) hukuk devleti anlayışına, oradan da pozitivist hukuk devleti anlayışına evrilmiştir. Pozitivist hukuk devletinin simgesel savunucusu Kelsen'e göre hukuku kimin belirlediğinin önemi yoktur (Akt. Öktem, 1991:266).

Sonuçta hukuk devleti meşruluk işlevini kaybedip yasallığa indirgenmiştir. Almanya menşeli bu pozitivist hukuk devleti anlayışı, Nazi iktidarının gözden düşmesiyle, II. Dünya Savaşı sonrasında işlerliğini kaybetmiştir. Daha sonra, soğuk savaş konjonktüründe, Sovyet bloğuna duyulan tepkinin de etkisiyle *demokratik hukuk devletinin* hegemonyası başlamıştır.

Demokrasi yanlılarına göre bütün yasalar halk veya parlamento tarafından yapılmalıdır. Hiçbir yasa parlamentonun yasa yapma yetkisi dışında tutulmamalıdır. Hukuk ilkelerini meşrulaştırmanın başka yolu yoktur. Öte yandan bu savunu temsili demokrasiye yönelik eleştirileri de diyalektik bir gereklilikle peşi sıra sürüklemektedir. Nitekim liberallere göre hukuk devleti ontolojisi kimsenin değiştiremeyeceği evrensel ilkelere dayanmalıdır. Kant'a göre hukuk devlet ilkeleri evrenin düzeninde var olan adalet ilkesinden akılla keşfedilmiş genel, evrensel ve kesin yasalardır. Bu ilkeleri ne kral ne de parlamento değiştirebilir. Çünkü bir defa değiştiren her zaman değiştirebilir (Akt.Schmitt, 2008: 132). Yine parlamentonun çıkardığı kanun ile kralın çıkardığı kanun arasında nitelik farkı yoktur. Her ikisi de hukuk değildir. Siyasi emirname ve ferman niteliğindedir (Schmitt, 2008:131-133). Kralın bütün topluma tahakkümü ile çoğunluğun azınlığa tahakkümü arasında nitelik farkı bulunmamaktadır (Schmitt, 2008:138). Neticede demokrasi ile hukuk devleti arasındaki gerilimin sönümlenmesi görüldüğü kadar kolay değildir.

5

Soft liberallerin demokrasi birlikteliğine bakış açıları cinsiyetçidir⁵⁴. Hayek (2008:89-90) hukuk devletinin demokrasiyle birlikteliğini demokrasinin hukuk devletinin himaye ve hizmetine girmesi şartına bağlamaktadır. Bu, hukuk mesleğinden olanların da hoşlandığı bir temennidir (Hayek, 2008:106). Liberaller aydınların ve hukukçuların bu temennisi belki demokrasinin yasama ögesi için söz konusu olabilir. İtaatin aynısını iktidar kanadından beklemek ise gerçekçi değildir. Çünkü yönetici kadrosundaki siyasetçiler feminen değil, aksine maskülen dirler. Schmitt'e göre (2008:120) liberallerin bu beklentisi ancak hukuk devletinin kendi kendine işleyen teknokratik yönetimle özdeş olmasına bağlıdır. Bu durumda ise teknokratik yönetimin zaafı ve naifliği gündeme gelmektedir. Nitekim Schmitt'e göre (2008:123,193) Naziler bu teknokratik yönetimin hafifmeşrepliği yüzünden iktidara yükselmiştir.

Demokratik hukuk devletinin bileşenleri arasındaki gerilimin nasıl sönmümlendirileceğiyle ilgili popüler iki öneri bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Tropper ve Dworkin gibi realistlere, ikincisi ise Habermas ve Rosenfeld gibi idealistlere aittir.

Tropper'e göre (2005:17-18) demokrasi ile hukuk devleti arasındaki uyum ancak her iki tarafın kendinden taviz vermesiyle mümkün olabilir. Çünkü yapılacak yasalar anayasa mahkemesi tarafından iptal edilirse demokrasinin ihlali, anayasa halk / parlamento tarafından yapılırsa çoğunluğun keyfiliği söz konusu olur (Troper, 2005:19-20). Çözüm centilmence bir iş bölümüdür. Anayasal ilkeler halk (veya onun temsilcileri) tarafından, yasaların denetimi ise yargıçlar tarafından yapılmalıdır. Halk anayasal ilkeleri yapıp arkasına yaslanmalı, denetimi ise yargıçlara bırakmalıdır. Böylelikle anayasal ilkelerin zırt pırt değiştirilmesi önlenmiş olacaktır. Ancak bu önermeler anayasa mahkemesinin usuli yargılama yapmasına bağlıdır⁵⁵. Eğer yargıçlar takdir yetkisini geniş kullanır, esasa ilişkin yargılama yaparsa aralarındaki centilmenlik anlaşması bozulacaktır (Troper, 2005: 21).

İki taraf arasındaki uyum en azından birinin kendi aslından taviz vermesiyle mümkün olabilir. Aslında bu, bir tavizden çok ötekinin yardımıyla

⁵⁴ Liberalizmin maskülenliği, demokrasinin ise feminenliği kamuoyunun genel bilgisine dönüşmüştür.

⁵⁵ Bu formüldeki anayasa *usuli anayasa* olarak, yargılama biçimi ise *usuli yargılama* olarak adlandırılmaktadır (Sancar, 2005: 49-50).

kendi varlığını devam ettirme mecburiyetidir. Açık ifadesiyle her iki taraf da birbirine hayati olarak muhtaçtır⁵⁶. Ancak yargıçların usuli yargılama dışına çıkmayacağını kim garanti edebilir! Nitekim yargıçların siyasi kararlar verdikleriyle ilgili şikayetler İngiltere ve ABD’de tabiri caizse ayyuka çıkmıştır. Bu sebeple ABD’de yargıçların sınırlandırılması gerektiği konusu seçimlerin olağan vaatleri arasında yer almaktadır (Dworkin, 2008:297).

Dworkin’in usuli yargılamayla ilgili ufuk açıcı önerisi vardır. Yargıçlar bilinenin aksine siyasetin temel ilkeleri adına, esasa ilişkin yargılama yapmalıdır. Sadece partizan (parti siyaseti) dürtülere veya siyasi tercihlere göre yargılama yapmaktan sakınılmalıdır⁵⁷. Usuli yargılama ancak ikinci durumda söz konusu olmalıdır (Dworkin, 2008: 296-298). Bu önerinin iki riski vardır. Birincisi neyin parti siyasasıyla neyin siyasi ilkelerle ilgili olduğunu ayırt etmek zordur. İkincisi yargıçların siyasi tercih ve dürtülerine yenilmeyecekleri iddiası gerçekçi değildir. Böyle bir iddia ancak Katolik teolojisiyle Şia doktrininde mümkün olabilir⁵⁸. Kaldı ki yargıçların ilkesel konularda esasa girmeleri, kendilerini yasa koyucu yerine konumlandıkları iddiasını ortadan

⁵⁶ Schmitt’e göre (2008:120,125) anayasalar kolay kolay değiştirilmemelidir. Bundan öte hukuk devleti kapalı normlar sistemine tabi olmalıdır. Yani doğal hukuk öğretisine dayanmalıdır. Hatta anayasayı parlamento yapmamalıdır. Bu, hukuk devleti nosyonunun gereğidir. Schmitt İngiltere tecrübesini esas almaktadır. Bundan dolayı yasaların yapılmasını parlamentoya vermemektedir. Ne var ki İngiltere’de içtihatlarla anayasa ve yasalar değiştirilebilmektedir. Schmitt bundan sarfı nazar etmektedir. İngiltere’de yasaların değişmesi zordur. Ama mahkeme içtihatlarıyla değişmesi her zaman mümkündür.

⁵⁷ Schmitt katı bir pesimisttir. Ona göre siyasi konularda Anayasaya uygunluk yargılaması hiçbir surette yapılmamalıdır. Yani siyasi kararları denetlemek anayasa mahkemesinin işi olmamalıdır. Anayasa mahkemesi sadece idari uyuşmazlıklarda rol oynamalıdır. Siyasi uyuşmazlıkların çözümü parlamentoya bırakılmalıdır (Schmitt, 2008:128-129).

⁵⁸ Şiiler, hukukçularına peygamberlere mahsus günahsızlık (hatasızlık) atfederler. İnsana hatasızlık atfı Sasani Tanrı kral geleneğinden miras kalmış olmalıdır. Çünkü günahsızlık sıfatı semavi dinlerde sadece peygamberlere aittir. Bundan dolayı peygamberlerin söz ve eylemleri norm statüsündedir. Peygamberlerin kural koyma yetkileri vardır. Normlar hiyerarşisinde Tanrı’nın emirlerinden sonra peygamberlerin emirleri gelir. İslam’ın Ortodoks inancında yöneticilere hatasızlık atfedilemez. Yöneticiler ne tanrının ne de peygamberin halifesidir (Hadduri, 2000:37-39). Ama uygulamada aksi gözlemlenebilmektedir. Şiiler Sasani etkisiyle İslam’ın bu yorumundan ayrılmışlardır. İranlı Şiiler yöneticilerine günahsızlık atfederler. Böylelikle yöneticilerin ağzından çıkan söz ve emirler kanun olarak addedilmiş olur. Onlara itiraz etmek bağılik (asilik) olarak addedilir (Aslan, 2002:165-166).

kaldırmamaktadır. Amaç eksensiz yorum yapan yargıçlar halka ait egemenlik hakkını gasp etmiş gözükmektedirler. Bu sorunun çözümü için bazıları yargıçların demokratik seçimlerle göreve gelmelerini önermektedir. Yargıçların seçim yoluyla göreve gelmesi belki meşruiyet sorununu çözebilir denmektedir (Soysal, 2011: 242). Nitekim çok sayıda ülkede özellikle üst düzey yargıçlar demokratik yöntemlerle göreve getirilmektedir. Ancak bu sefer popülist demokrasinin hukuk devletini etkisi altına aldığı, mahkemelerin bağımsız denetleme işlevinin sakatlandığı şikayetleri yükselmektedir. Sorun dönüp dolaşıp uygulama konusuna, aktörlerin tutum ve davranışlarına gelip dayanmaktadır. Çözüm yolu tıkanınca gözler Habermas, Rawls, Benhabip gibi ütopyacıları aramaktadır.

Rosenfeld'e göre (2008: 214-5) demokratik hukuk devleti çoğulcu toplumların vazgeçilmez siyasal sistemidir. Hukuk devleti ile demokrasinin birlikteliği önemlidir. Öte yandan onların ilişkisi dikensiz gül bahçesi değildir. Gerçekleri görmek gerekir. Artık hukukun üstün konumu sarsılmıştır. Temel hak ve özgürlüklere üstün konum veren eski uzlaşma ortadan kalkmıştır. Farklılaşmış post – modern toplumlar için Kantçı ve Rousseaucu yöntemlerin geçerliliği kalmamıştır. Demokratik meşruiyetten başka çare yoktur. Ancak sorunu artık temsili demokrasiyle de çözmek mümkün değildir. Binaenaleyh Rosenfeld Habermas'ın *usuli hukuk* ütopyasını yeniden yapılandırarak alternatif olarak sunar. Ona göre Kant ve Rousseau'nun aradıkları mutlak uzlaşmayı aramaya gerek yoktur. Makul bir uyum ve uzlaşma yeterlidir. Rosenfeld Habermas'ın meşruiyet için kullandığı test sorularından ikisini alır, bunlara iki soru da kendisi ilave eder (Rosenfeld, 2008:218-221-222):

- Herkes, birbirini eşiti olarak kabul etmeli (Habermas'ın önerisi)
- Uzlaşılacak ilkelere uymayı herkes kabul etmeli (Habermas'ın önerisi)
- Yasaların tek tek değil de bir bütün olarak kabul edilmesi yeterli sayılmalı (Rosenfeld'in önerisi)
- Rıza şartının bir makuliyet olarak gerçekleşeceği umulmalı (Rosenfeld'in önerisi)

Bu formül tutar mı bilinmez. Ama somut çözümlerin tükendiği keredede ütopyacılar kulak asmanın maliyeti yoktur. Kim bilir! Bu ütopyalardan bir yol çıkarılabilir. Ancak hayal kurarken Habermas'ın durumuna düşmemek gerekir. Çünkü Habermas modernliğin tükendiği son metrede çağın en büyük

ütopyasını kurguladı. Ama önerdiği yolu kendisi takip etmedi. Yaptığı tercihle eleştirdiklerinin bile gerisine düştü. Tabiri caizse AB modeline tav oldu⁵⁹.

⁵⁹ Bunlar önceki bölümde incelendi. Detaylı bilgi için buralara bakılabilir.

4. HUKUK DEVLETİ TÜRLERİ

Hukuk devleti yaygın olarak iki kategoride sınıflandırılmaktadır. Bunlardan birincisi ülkelerin hukuk devleti tecrübelerini / geleneklerini esas alan sınıflandırma, ikincisi ise teorik açıdan yapılan sınıflandırmadır. Birinci sınıflandırma hukuk devleti gelenekleri, ikinci sınıflandırma ise hukuk devleti türleri olarak adlandırılmaktadır.

Tasnif edilen hukuk devleti türleri önceki başlıklarda dolayımli olarak incelendi. Özellikle tanımların yapıldığı Birinci Bölümde hukuk devleti türlerinin hemen hemen tümüne rastlanabilir. Demokratik hukuk devleti türü özellikle Üçüncü Bölümde derinliğine analiz edildi. Burada özet niteliğinde bilgi verilip, daha çok eksik noktaların üzerinde duruldu.

4. 1. Hukuk Devleti Gelenekleri

Geleneği / tecrübesi itibariyle üç türlü hukuk devleti vardır (Rosenfeld,2008:222): *İngiltere* hukuk devleti geleneği, *Fransa* hukuk devleti geleneği ve *Almanya* hukuk devleti geleneği. İngiltere geleneği hukuk devletinin gelişiminde baskın olan türdür. *Anglosakson* hukuk devleti geleneği de denilmektedir. Anglosakson terimi sadece İngiltere için değil, onun da içinde oluğu bütün Britanya için kullanılmaktadır. ABD tecrübesi de bu geleneğin devamı sayılmaktadır.

Hukuk devleti İngiltere’de doğmuştur. İngiltere menşelidir. Burjuvanın sınıf mücadelesi paralelinde gelişmiştir. Burjuvanın menfaat ve özlemlerini yansıtmaktadır (Ökçesiz, 1998a:20). Hukuk devletinin ilk defa İngiltere’de ortaya çıkması bir yönüyle İngiltere’nin ilk sanayileşen ülke olmasıyla ilgilidir. Bu geleneğin düşünsel gelişiminde John Locke’un katkıları büyüktür. Asgari devletçi model içinde, liberal bireysel özgürlükleri öne çıkaran bir yaklaşıma sahiptir. Geleneğin öncülüğünü İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra ABD almıştır. Geleneğin bu versiyonuna Anglo-Amerikan hukuk devleti geleneği denmektedir.

Fransızlar ve Almanlar İngilizlerden sonra sanayileşmiştir. Hukuk devletinin bu ülkelerde gelişimi hem olgu hem de düşünce olarak İngiltere’den sonradır. Rol modelleri İngiltere’dir (Ökçesiz, 1998a:18). Almanya’da erken liberaller ile Kant İngiltere’ye özenerek hukuk devleti düşüncesini geliştirmişlerdir. Almanlar düşünce olarak hukuk devleti gelişimine önemli katkı yapmışlardır.

Alman hukuk devleti düşüncesi bireyci ve liberaldir⁶⁰. Kant, egemenliğin meşrulaştırması konusunda hukuk devleti düşüncesinde derin izler bırakmıştır. Yine Weber'in otoriteyi yasal ussallığa bağlayan düşüncesi ile Kelsen'in hukuki pozitivizmi hukuk devleti için önemli katkılardır. Almanlar romantiktir. Hukuk devleti düşüncesinde Almanlar, Kant ve erken liberal aydınlar temelinde, İngilizlerden bile fazla İngilizdirler.

Almanya'da liberal hukuk devletini görmek Kant'a nasip olmamıştır. Ancak Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra Weimer Cumhuriyetinde kısmen uygulama imkânı bulmuştur. Ardından iktidara gelen Nazi rejimi bu müktesebatin ilerleyişini sekteye uğratmıştır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yeniden hukuk devleti tesis edilmiştir. Bu hukuk devleti geleneği, Anglo-Amerikan geleneğinden farklı olarak, devlete sorumluluklar yükleyen, ondan kendi kendini sınırlamasını bekleyen bir anlayışa sahiptir. İngiltere ve ABD geleneğinde mahkemeler gerçekten bağımsızdır. Devlet iktidarının karşısında gerçek bir rakip gibidirler. Siyasal parti ve baskı grupları da güçlüdür. Almanya ise görece farklıdır. Alman geleneğinde Hegelci bir yön vardır. Erdemli ve güçlü bir devlet söz konusudur. Toplum ve baskı grupları erdemli devletin arkasından gitmeye, ona tabi olmaya meyillidir.

Fransızların hukuk devleti hikayesi çok daha ilginçtir. İngiliz ve Alman hukuk devleti düşüncesinde güçlü monarşiyi dizginlemek, onun gücünden korunmak çıkış noktasıdır. Fransız burjuvazisi ise bu düşünce doğrultusunda monarşiyi dizginlemekle uğraşmamış, onu ihtilalle ortadan kaldırıp yerine cumhuriyeti getirmiştir. Egemenliği doğrudan millete ve onu temsilcisi parlamentoya vermiştir. Dolayısıyla hukuk devletine olan ihtiyaç ortadan kalkmıştır. Liberal özgürlükler dolaysız bir şekilde gerçekleşmiştir. Bundan dolayı hukuk devleti Fransa'da çok geç gelişmiştir. Fransızlar farklı bir nedenden dolayı hukuk devletine ihtiyaç duymuşlardır. Şöyle ki Fransız parlamentosu zamanla çoğunluğa dayanarak liberal özgürlükleri ihlal etmeye başlar. Parlamentosunun keyfilikliğini sınırlandırmak için hukuk devleti bir

⁶⁰ Ancak olgu olarak İngiltere'deki gibi asgari devletçi değildir. İngiltere tecrübesinde devlet iktidarını bağımsız mahkemeler ve burjuvanın baskısıyla sınırlandırılmaktadır. Devletin olur olmaz her şeye karışmasına hoş gözle bakılmaz. Devletin sınırlandırılması esastır. Almanların devlet anlayışı ise böyle değildir. Alman hukuk devleti geleneği, tabiri caizse devlet iktidarından korunmayı yine devletin kendisinden bekleyen bir anlayışa sahiptir. Hegelci anlayışın izleri söz konusudur. Bu gelenek AB müktesebatına da sirayet etmiştir.

gereklilik haline gelir. Yani Fransız hukuk devleti tecrübesi parlamentonun ayrılıklarını sınırlandırma hassasiyetiyle ortaya çıkmıştır (Çil, 2019:58).

Fransa'da hukuk devleti tarihsel olarak geç kurumlaşmıştır. Ama düşüncesi önceden beri vardı. Hukuk devletinin gelişmesinde Montesquieu ve Rousseau'nun etkileri çok büyüktür. Hukuk devletinin hayat bulmasında belki en önemli katkı kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Kuvvetler ayrılığı düşüncesi Locke'da vardı. Ancak onu Montesquieu kemale erdirip şöhrete kavuşturmuştur. Yine Rousseau egemenliğin meşrulaştırılmasında simge bir isimdir. Egemenliğin meşrulaştırılmasında iki kategorik yöntem vardır. Bunlardan biri Kant'a, diğeri ise Rousseau'ya aittir. Meşruiyeti Kant evrensel akla, Rousseau ise halka dayandırmaktadır.

Öte yandan Rousseau'nun düşüncelerinin Fransız hukuk devletinin gelişiminde efektif faydası olmamıştır. Çünkü o kamusal özgürlükleri yüceltmektedir. Cumhuriyetçi⁶¹ ve mutlakiyetçidir. Hukuk devleti ise ilke olarak bireyci ve liberaldir. Nitekim Fransızlar Rousseau'nun mutlakiyetçi halk egemenliği modelini değil, Anglo-Amerikan hukuk devleti modelini benimsemişlerdir. Rousseau'nun temsili demokrasiyi, parti ve bilumum bütün baskı gruplarını yadsıyan düşünceleri otoriter ve totaliter rejimleri beslemiştir. İlginçtir! Türkiye gibi sonradan modernleşen ülkeler Fransızların yaptığını yapacak yerde Rousseau'nun söylediklerini yapmışlardır. Türkiye'de cumhuriyet anayasaları adeta Rousseaucu dogmaların tutsağı olmuştur. Anayasadaki Rousseaucu dogmalar adeta hukuk devletinin önündeki engel haline gelmiştir. Türkiye'de anayasayı değiştirmek biraz da Rousseaucu dogmatizmle hesaplaşmak anlamı taşır.

4. 2. Hukuk Devleti Türleri

Devletin modernleşmesi devletin hukuk vasfı kazanmasından sonradır. Binaenaleyh modern devlet hukuk devletidir. Hukuk devleti üç gelişim sürecinden geçmiş ve üç farklı şekilde adlandırılmıştır: *Maddi hukuk devleti*, *usuli hukuk devleti* ve *pozitivist hukuk devleti*. Bunlara hukuk devleti ile demokrasinin melezi olan *demokratik hukuk devleti* de ilave edilebilir. *Sosyal devleti* bunlara beşinci tür olarak ilave edenler de vardır (Ökçesiz, 1998a: 23).

⁶¹ Habermas siyasal sistemi ikiye ayırır: Liberal demokrasi ve cumhuriyetçi demokrasi. Birincisi Anglo-Sakson geleneğine, ikincisi ise Fransız geleneğine aittir.

Ancak sosyal devlet, hukuk devletinin gelişim yolundaki bir aşamayı değil, o yoldan sapmayı ifade eder. Binaenaleyh hukuk devletinin türü olarak değil, devletin türü olarak ele alınmalıdır⁶².

Demokrasi ile hukuk devleti arasında kurulan melezlik ilişkisi sosyal devlet ile hukuk devleti arasında kurulamaz. Çünkü demokratik hukuk devleti Kantçı ve Rousseaucu meşrulaştırmanın işlevsizleşmesi sonrasında boşalan yeri doldurmak ihtiyacıyla orta çıkmıştır. Demokrasi günümüzde hukuki ilkeleri meşrulaştırmanın bilinen tek yoludur. Bu amaçla kurulan birliktelik ayrı bir hükmi şahsiyet kazanmıştır. Sosyal devlet için ne böyle bir rolden ne de böyle bir birliktelikten bahsedilebilir.

Sonuç olarak hukuk devleti, gelişim sürecini takiple şu şekilde sınıflandırılabilir (Çil, 2019: 37 vd & Karayağın, 1998:131): 1) Maddi hukuk devleti, 2) Biçimsel hukuk devleti, 3) Pozitivist hukuk devleti, 4) Demokratik hukuk devleti. Bu sınıflandırma da bir açıdan eksiktir. Burada *basit yalın hukuk devleti* aşaması es geçilmektedir. Oysa *hukuk düzeni* olarak da adlandırılan *basit yalın hukuk devleti* polis devletinden sonra, maddi hukuk devletinden önce gelişen bir türdür. Ama yapılan sınıflandırmalarda yer verilmemektedir. Bunun sebebi onun pozitivist hukuk devletiyle özdeşleştirilmesinden kaynaklanmaktadır. Yani üçüncü sırada zikrettiğimiz *pozitivist hukuk devleti* aynı zamanda birinci sırada olması gereken *hukuk düzenini* de içermektedir. Bu ise hukuk devleti türlerini süreç içinde ele almayı zorlaştırmaktadır. Hukuk düzeni ile pozitivist hukuk devletinin nitelik olarak birbirine çok benzediği doğrudur. Ama ortaya çıkış zamanları, imajları ve gördükleri işlevler birbirinden oldukça farklıdır⁶³.

Basit yalın hukuk devleti 19.yy'ın ilk yarısında, pozitivist hukuk devleti ise 19.yy'ın ikinci yarısında var olmuştur (Ökçesiz, 1998a:45). Basit yalın

⁶² Yıldız (2011:213) altı devlet türü tasnif etmektedir: 1) *Mülk devleti*, 2) *Polis devleti*, 3) *Hazine teorisi*, 4) *Hukuk devleti*, 5) *Demokratik hukuk devleti*, 6) *Demokratik sosyal hukuk devleti*. Bu tasnif hukuk devletini değil, devletin türlerini sınıflandırmaktadır. Burada ancak dördüncü ve beşinci sırada zikredilen iki madde hukuk devleti sayılabilir.

⁶³ Basit yalın hukuk devleti ortaya çıktığı dönem itibarıyla olumlu imaja sahiptir. Hukuk devleti konusunda bir gelişmeyi ifade eder. Pozitivist hukuk devleti ise olumsuz imaja sahiptir. Gelişme sürecinde geriye gidişi simgeler. Öte yandan pozitivist hukuk devleti geri döndüğü noktada bile, yalın basit hukuk devletinin (hukuk düzeninin) ilerisinde konumlanır. Hatta hukuki usul ve mekanizma bakımından bir olgunlaşma bile sayılabilir. Olumsuz imaja sahip olmasının sebebi otoriter ve totaliter rejimler tarafından istimal ve istismar edilmesinden kaynaklanmaktadır.

hukuk devletinin rakibi kilise, lonca ve birincil gruplar ve kral iken, *pozitivist hukuk devletinin* rakibi kurucu siyasal irade ile çoğunluk rejimleridir. Birincide başı dik mağrur bir mücadele, ikincide ise mahcup ve mağlup bir mücadele söz konusudur⁶⁴. Binaenaleyh doğru sıralama aşağıdaki gibi olmalıdır:

- Basit ve Yalın Hukuk Devleti: Hukuk düzeni
- Maddi hukuk devleti
- Usuli hukuk devleti
- Pozitivist hukuk devleti
- Demokratik hukuk devleti

Bu çalışmada yukarıda sınıflandırma esas alındı. Adı geçen türlerin çoğunluğu önceki bölümlerde konu bağlamları çerçevesinde incelendi. Burada kısa özetle iktifa edildi. Sadece önce değinilmemiş konular üzerinde müstakil olarak duruldu.

⁶⁴ Pozitivist hukuk devleti maddi hukuk devletinden çark etmeyi, hukuk düzenine geri dönmeyi ifade eder. Bu anlamda negatif imajı vardır. Ama yalın hukuk devletinden daha az gelişmiş değildir. Aksine birçok yönden daha ileridedir. Hukuki kodifikasyon, usul ve mekanizma olarak mükemmelleşmeyi ifade eder. Basit hukuk devletinin mücadele ettiği devlet güçlü merkezi devlettir. Pozitivist hukuk devletinin mücadele ettiği devlet ise partizan devlettir. Pozitivist hukuk devletinin kötü imajı otoriter ve totaliter rejimlere ve çoğunlukçu demokrasilere koşulsuz hizmet etmiş olmasından kaynaklanır. Öte yandan pozitivist hukuk devleti bir tercih değil, bir maruz kalıştır. Nazizm ve Sovyet rejimlerinin istismarına uğramışlardır. Bu otoriter ve totaliter rejimlerin günahları pozitivist hukuk devletine yıkılmıştır. Çünkü bu rejimler pozitivist hukuk devletini bir vitrin ve istismar aracı olarak kullanmışlardır. Ama bu rejimlerde pozitivist hukuk devleti yok hükmündeydi. Levithan devletlere karşı ne mahkemelerin özerkliği ne de hukuki usul ve mekanizmalar ayakta kalmıştır.

Sonuçta her iki durumda da pozitivist hukuk devletiyle ilgili negatifliğin sebebi çoğunluğu ele geçirmiş bir partinin veya kuvvetleri birleştirmiş ceberut bir devletin zulüm ve kötülüğünü konsolide etmekte istimal edilmiş olmasıdır. Polis devleti ceberuttu. Ama patrimonyal geleneğin etkisiyle halka karşı koruyucu ve kollayıcıydı. Kaldı ki patrimonyal da olsa babacan bir yöneticinin yönetimi halk tarafından memnuniyetle karşılanmaktaydı. Modern faşist rejimleri ile Sovyet diktatörlükleri ise halkla ilgili patrimonyal bağı yoktu. Halkın refahı ve mutluluğu gibi amaçlar da taşımıyorlardı. Devletin bizatihi kendisi amaçtı. Devlet tanrının bizatihi kendisiydi. Halk devletin amaçlarına ulaşmada kullanacağı sadece araç ve hammaddeden ibaretti. Pozitivist hukuk devleti bu nemrutlaşmış rejimlerin elinde oyuncak olmuştu. Kısaca hukuk artık halkı devletten koruyan araç değil, devletin halk üzerindeki iktidarını yayan, güçlendiren ve meşrulaştıran bir araç haline gelmişti.

4.2.1. Basit ve Yalın Hukuk Devleti

Hukuk düzeni ile pozitivist hukuk devleti aynı anlamda kullanılmaktadır. Birincisi 19.yy'ın ilk yarısında, ikincisi ise 19.yy'ın ikinci yarısında ortaya çıkmıştır. Genellikle ikisine birden kanun devleti denmektedir. Burada hukuk devleti süreç içinde kavrayabilmek adına ayrı ayrı olarak ele alındı.

Hukuk düzeni genel anlamı itibariyle devlet iktidarının keyfi olmaması, iktidar tasarruflarının hukuka göre kullanılması ve hukukla sınırlanması anlamına gelmektedir. Weberci mantaliteyle egemenliğin temellükü ve kullanımında gayri şahsilik (impersonalizm) söz konusudur. Yöneticiler şeyh, reis, ağa, baba, bey, senyör ve kral değildir. Yönetilenler de mürit, çoluk çocuk, maraba, tebaa değildir. İki kesim arasındaki ilişki yönetim işleviyle sınırlıdır. Bütün bunların gerçekleşmesi vatandaşların hukuki güvenceye sahip olmasına bağlıdır⁶⁵.

Yöneten - yönetilen ilişkilerinin hukuka göre düzenlendiği siyasal organizasyonlara hukuk devleti denmektedir. Hukuk devletinde töhmetle iş görülemez, bağımsız mahkemeler aksini söylemedikçe kimseye suçlu muamelesi yapılamaz, malına el konulamaz, canına kıyılmaz. Yalın halde hukuk devleti iktidarın terbiyeli olmasını ima eder. Öte yandan hukuku kimin koyduğu, neyi içerdiği ve nasıl meşrulaştırıldığı ikinci derecede önemlidir.

Basit yalın hukuk devleti bir yandan devlet iktidarının sınırlandırılmasını, diğer yandan geleneksel cemaatlere, lonca gibi mesleki dayanışma birliklerine ve kilise gibi dini gruplara karşı bireysel özerkleşmeyi ima eder. Yani hukuk düzeni siyasi ve sosyal baskı gruplarına karşı bireylere hukuki güvence vaat eder. Öte yandan bütün vaatler birinci planda burjuva sınıfının can, mal ve ticaret yapma özgürlüğüne matuftur. Özgürlük zamanla orta tabakaya doğru yayılmıştır. Genel bir özgürlük atmosferinin oluşmasına katkı sağlamıştır.

Sancar'ın da belirttiği gibi hukuk devleti birden ortaya çıkmamıştır. Süreç içinde gelişmiştir. Önce 18.yy'da ve 19.yy'ın başlarında hukuki kurallarının kodifikasyonu, sonra devlet iktidarının bu kurallara göre

⁶⁵ Bu anlatılar keyfilikten hukuk devletine doğru gelişen süreci göstermektedir. Yani betimlenen olumluluklar bir anda olmuş bitmiş norm ve kurumları ifade etmemektedir. Bilmek gerekir ki türleştirmelerin tümü birer ideal tiplerdir. Sosyal gerçeklikte hiçbir renk diğerlerinden tam olarak ayrılmaz. Gerçeklik gri renklidir.

sınırlandırılması ve en sonunda ise hukuki güvenliğin sağlanması şeklinde süreci izlemiştir (Çil, 2019:37-38 & Sancar, 2014:79-81).

Hukuk düzeninin hukuk devleti olmadığı, hatta hukuk devletiyle ilgisinin bile bulunmadığının olgusal delili yoktur. Bunlar belli ütopya ve siyasal retoriklerin etkisinde söylenmiş sözlerdir⁶⁶. Bu iddia hukuk düzeniyle sınırlı değildir, bütün türleri kapsamaktadır. Bunlara göre hukuk devleti bir realite değil; bir idealitedir. Adalet kavramına eş değer bir ilkedir. Hatta bir ütopyadır. Bu iddia doğruysa hukuk devleti herhangi bilimsel disiplinin konusu olmamalıdır. Felsefeyle, metafizikle, ütopuyla, ahlakla ilgili bir konu olmalıdır. Hukuk devletinin kuşkusuz felsefik yönü vardır. Bir felsefi ve ideolojik değerden beslenmektedir. Ama bu değerlendirmenin aynısı demokrasi, aile vb. bütün kurumlar için de yapılabilir. Binaenaleyh hukuk devletinin idealetisi onun realitesini inkâr etmeyi gerektirmez.

Hukuk devleti belli bir değer setinden süzölmüş bir norm ve kurumdur. Binaenaleyh hukuk devletinin norm ve uygulama olmak üzere iki boyutu vardır. Ona birinci yönü itibariyle *ideal olarak hukuk devleti*, ikinci yönü itibariyle ise *reel olarak hukuk devleti* demek mümkündür. Ama burada bahsedilen ideal kavramı siyasi tercihlere angaje olmuş maksimalizmle, sahnede biraz daha kalmak için her kutsalı araçsallaştıran retorikçilikle ilgili değildir. Kuşkusuz her niyet ve projenin kuvveden fiile (potansiyelden kinetiğe) dönüşme performansı farklıdır. Her niyet sosyal, siyasal ve ekonomik şartlara bağlı olarak farklı oranlarda gerçekleşmektedir. Her kurumun hayatı organizmacı mantaliteyle önce yükselir, sonra da çöküşe geçer. Bu durum hukuk devleti için de farklı olmamıştır.

Sonuç olarak basit ve yalın hukuk devleti hukuk düzenine karşılık gelir. Hukuk devletinin ilk türüdür. Bu, zamanla hem mekanizma hem de norm olarak değişmiş ve gelişmiştir. Maddi hukuk devleti bu süreç içinde sonraki merhaleye karşılık gelen bir türdür.

4.2.2. Maddi Hukuk Devleti

Maddi hukuk devletinde hukuki içerik ön plana çıkar. Hukuk düzenine belli ideallerin yüklenmesi suretiyle diğer türlerden ayrışır. Terimde geçen

⁶⁶ Bu konular önceki bölümlerde, özellikle *Birinci Bölümde* ayrıntılı olarak tartışıldı. O bölümlere bakılabilir.

maddi sıfatı hukuk düzeninin sahip olması gereken içeriğe gönderme yapmaktadır. *İçerik olarak hukuk devleti* bu sebeple onun alternatif adlarından biri olmuştur (Kaboğlu, 2012:22-23).

Maddi hukuk devleti idealize edilen bir türdür. Bu yaklaşıma göre hukuk düzenine sahip olmak yetmez. Hukuk düzeni aynı zamanda adalete hizmet etmelidir. Bu ise hukuki içeriğin adil olmasına bağlıdır. Nazi rejimi gibi otoriter ve Sovyet rejimi gibi totaliter rejimlerin de hukuk düzeni vardı. Ama onların hukuk düzenleri adalet yerine, devlet zulmünün yayılmasına aracılık etmişti. Güney Afrika Apartheid rejiminin hukuku siyah - beyaz ayrımını meşrulaştırmıştı. Bu rejimler zulmü hukukileştirmiş, hukuk düzenlerini ise zulmün hizmetkarı yapmıştı⁶⁷.

Maddi hukuk devleti ideolojik olarak siyasal liberalizme dayanır (Hayek, 2008:68 & Schmitt, 2008:19). Binaenaleyh liberal özgürlükler hukuk devletinin hukukudur⁶⁸. Maddi hukuk devletinin *maddi* vasfı liberal özgürlüklere gönderme yapmaktadır. Nitekim maddi hukuk devleti ile *liberal hukuk devleti* eş anlamlı kavramlar olarak kullanılmaktadır⁶⁹.

Hukuk devleti ilke olarak bir devlet biçimidir. Sadece maddi (liberal) hukuk devleti türünün yönetim biçimi olma, başka ifadeyle teknokrasi olma

⁶⁷ Bu savunu bazı müfrit romantiklerin veya retorikçilerin iddia ettikleri gibi hukuk düzeninin gereksizliğine hamledilemez. Burada hukuk devleti ile hukuki içerik arasındaki ilişkide ikinciye belirleyicilik atfedilmektedir. Binaenaleyh hukuk düzeni olmayan bir maddi hukuk devleti tasavvur edilemez. Kaldı ki adil hukuki içerik üzerinde uzlaşmak çok zordur. Çünkü adalet ilkeleri kültürlerle, ideolojilere ve siyasi tercihlere göre farklılaşmaktadır.

⁶⁸ Liberal özgürlükler Hayek'e göre (2008:55) canın, malın ve mülkiyetin korunmasıdır. Schmitt'e göre (2008:120) kişi güvenliği, özel mülkiyet, sözleşme özgürlüğü, teşebbüs özgürlüğü ve mübadele özgürlüğüdür. Kant'a göre -şekli- eşitlik, -negatif- özgürlük ve mülkiyetin korunmasıdır (Akt. Rosenfeld, 2008:226-227). Sözü edilen özgürlükler başkalarının özgürlükleriyle sınırlıdır. Yine eşitlikten kasıt imkân eşitliği değil, fırsat eşitliğidir. Liberal özgürlükler insan haklarıyla da özdeş olarak kullanılmaktadır. Yine Fransız devriminin eşitlik ve özgürlük ülküleri liberalizmin ilkeleridir. Fransız devrimi de liberallerin devrimidir. Modern anayasalarda temel hak ve özgürlükler olarak sıralanan maddeler ilke olarak liberal özgürlüklerden türetilmiştir. Bunların tümü liberal özgürlükler şeklinde adlandırılmaktadır.

⁶⁹ Bilmek gerekir ki hukuk devleti ideali veya ideal olarak hukuk devleti savunusu burjuva sınıfının çıkarları ile liberalizm tarafgirliğini yapmak anlamına gelir.

iddiası vardır⁷⁰ (Ökçesiz, 1998a: 20-21). Bu yaklaşımı savunanlara göre insanlar duygularının, hırslarının ve çıkarlarının peşinden değil, aklının peşinden koşarlar. İnsan davranışları rasyoneldir. Sokratçıların iddia ettiği gibi herkes sahip olduğu ilmiyle amel eder. Başta Schmitt olmak üzere kararcılık okulu mensupları hukuk devletinin bu tasavvurunu şiddetle eleştirmişlerdir. Böyle bir tasavvuru hafif meşreplik olarak değerlendirmişlerdir⁷¹.

Maddi hukuk devletinin üstünlük iddiası liberal özgürlüklerin üstünlük iddiasına, liberal özgürlüklerin üstünlük iddiası ise *doğal hukuk öğretisinin* üstünlük iddiasına dayanır (Hayek, 2008:73-76 & Schmitt, 2008: 134). Doğal hukuk öğretisine göre liberal özgürlükler evrensel adalet ilkelerinden süzölmüş normlardır. Bu normlar tek, kesin ve evrensel nitelikli doğrulardır. Doğal hukuk öğretisi orta çağın egemen dünya görüşü olan skolastizmle ilgilidir. Bu görüşte din ve akıl bir çizgide ittifak eder. Dinin hükümleri aklın hükümlerini, aklın hükümleri ise dinin hükümlerini destekler. Kozmosun düzeninden akılla devşirilenle Tanrı'nın kutsal kitabında yazılı olan aynı noktaya parmak basar. Liberal aydınlar, Grotius'tan başlamak üzere ilahi düzenin üstünü, doğal düzenin ise altını çizerek bu öğretiyi laikleştirmişlerdir (Küçükali ve Akbaş, 2016: 69 & Öktem, 1988:131).). Daha doğrusu liberal aydınlar bu sentez içinden Aristo'nun akılcı *doğal düzenini* biricikleştirmişlerdir.

Grotius'a göre doğal hukuk Tanrı'nın veya insanların iradesinden çıkmamıştır. İnsanın doğasında (fitratında) vardır. Doğal olarak vardır. Bu iki kere iki dört eder derecesinde bir doğrudur. İnananların veya inanmayanların itiraz edemeyeceği a'priorik bir hakikattir. İşte liberal özgürlükler doğal olandan aklın devşirdiği adalet ilkeleridir. İtiraz etmek mantık ve matematiğe aykırıdır (Akt. Ağaoğulları, 1994: 84,86-89).

Doğal hukuk öğretisi Kant tarafından hem sofistike edilmiş hem de ahlaki bir zemine oturtulmuştur. Kant'a göre bu ilkelere göre suçlananlar *şeriatın kestiği parmak acımaz* kabilinden aldığı cezalara rıza gösterecektir.

⁷⁰ Öte yandan Schmitt hukuk devletinin yönetimi biçimi ve teknokrasi olduğu iddiasını 1918-1933 arası Almanya'da uygulanan usuli hukuk ve / veya pozitivist hukuk devleti için de yapmıştır.

⁷¹ Bu tartışmalar önceki konularda detaylı bir şekilde ele alındı. Üzerinde tekrar durulmayacaktır.

Yine yöneticilerin eylemleri bu normlara uygun olursa egemenliği kendi nefislerine vermemiş, kendilerini tanıı ilan etmemiş olacaklardır⁷².

Liberal özgürlükler Rousseau tarafından daha farklı yöntemle meşrulaştırılmıştır. Ona göre liberal özgürlükleri kararlaştırın halktır. Egemenlik halka aittir. Hak, halktan gelir. O, su katılmamış bir demokrattır. Ama onun demokrasisi temsili demokrasi değildir. Onun demokrasi anlayışı nispi temsile değil, mutlak temsile dayanır. Yani çoğunluğun rızası değil, bütün toplumun rızası esastır. Sözüm ona! Bütün halk bir yerde bir zamanda bir araya gelmiş ve liberal özgürlükler konusunda uzlaşmıştır. Bu farazi toplantı her nasılsa bir kere olup bitmiş ve bir daha tekrarlanmamıştır. Ki, liberal özgürlükler konusunda halkın rızasının devam edip etmediğini anlayabilelim! Gerçek şu ki! Yaklaşık 250 yıl önce yapıldığı iddia edilen bu toplantı ve toplantıda akdedilen sözleşmeye ilişkin somut delil ortaya konulamamıştır.

Liberal özgürlüklerin meşruiyetine ilişkin Rousseau'nun argümanları gerçekliği olmayan bir ütopya, Kant'ın ileri sürdüğü deliller ise yine gerçek dışı metafiziksel bir iddiadır. Nitekim liberalizme yönelik Almanya'da ortaya çıkan tarihçi okul eleştirileri ve İngiltere'de kök salan marxist ve demokrasi kaynaklı eleştiriler maddi hukuk devletine olan inancı sarsmıştır. Eleştirel hukuk okulu ve post modern entellektüeller ise doğal hukuk anlayışını iyice itibarsızlaştırmıştır.

Liberal özgürlüklerin hegemonyası kırılmıştır. Ama varlığı fiilen devam etmektedir. Şu kadar ki liberal özgürlüklere görece farklı anlamlar yüklenmiş, onlara yeni ilaveler yapılmıştır. Bunlar ekonomik haklar, kadın hakları, hayvan hakları, ara cins hakları, çevrenin korunması gibi haklardır. Bunlar ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Mesela ABD'de jürili yargılama insan hakları kapsamında değerlendirilirken kara Avrupa'sında böyle değerlendirilmemektedir⁷³. Keza LGBT'nin özgürlükler kapsamında

⁷² Önceki konularda detayıyla analiz edildi. Detaylı analiz ve referanslar için önceki konulara bakılabilir.

⁷³ Temel haklar paketine sonradan sokulan dinsel, cinsel, etniksel ve kültürel kimlik özgürlüklerine ilişkin savunular bireyci liberalizmin doğasına uygun düşmemektedir. Bunlar kamuoyu baskısıyla temel haklar paketine girmişlerdir. Bazıları demokratik süreçlerde, bazıları ise baskı gruplarının tiranlığıyla temel özgürlük paketine dahil olmuştur. Bu özgürlükler sanki doğal hukuk öğretisinden çıkmış kutsal dogmalar gibi takdim edilmektedir. Türkiye gibi modernleşmeye çalışan ülkelerde ise kerameti kendinden menkul bazı ideolojik ilkeler de doğal hukuk öğretisi imiş gibi savunulmaktadır. Oysa bu ilkeleri ne doğal hukuk öğretisiyle ne de demokrasiyle

değerlendirilmesi toplumdan topluma değişiklik göstermektedir (Topuzkanamış, 2014: 4999). Liberal özgürlüklere ilgili ilgisiz ilavelerin yapılması onun liberal ideolojiyle ve doğal hukuk öğretisiyle olan bağına zarar vermiştir.

Maddi hukuk devletinin hegemonyası liberalizmin itibarsızlaşmasına paralel olarak kırılmıştır. Söylem üstünlüğünü kaybetmiş ama varlığını usuli hukuk devleti içinde görece sürdürmüştür. Son hukuk devleti türü olan demokratik hukuk devleti içindeki liberal özgürlerin hayatı önceki konumundan daha az kritik değildir⁷⁴.

Maddi hukuk devleti önceki üç başlıklarda, özellikle *Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü* adlı İkinci Bölümde ayrıca incelendi. Ayrıntılı inceleme için buralara bakılabilir.

4.2.3. Usuli (Biçimsel) Hukuk Devleti

Usuli hukuk devleti maddi hukuk devletinin hegemonyası kaybolduktan sonra beliren bir hukuk devleti türüdür. Hukukun içeriğinden çok onun usul ve mekanizmaları ön plana çıkmaktadır. Ona bu sebeple *mekanizma olarak hukuk devleti* de denmektedir.

Liberal özgürlükler, doğal hukuk öğretisi, hakikat ariyan teorik akıl, felsefe ve ideoloji geri plana düşüp, sonuç ve başarı odaklı araçsal akıl, bilim, usul ve prosedürler ön plana çıkmıştır. Kant ve Rousseau sahneden çekilip, Max Weber sahne almıştır.

Weber Kant gibi evrensel yasalardan ve Rousseau gibi bütün insanlığın bir araya gelip sözleşme yaptığından filan bahis açmaz. Kant'ın teorik

ilişkilidir. Bunlar bürokratik vesayet güçlerinin zorla anayasalaştırılan iradeleridir. Bunların değil değiştirilmesi, eleştirilmesi dahi suç kapsamında değerlendirilebilmektedir.

⁷⁴ Kritiklik iddiası gelişmiş Batılı ülkeler için söz konusudur. Maddi hukuk devleti ve usuli hukuk devletinin uğramadığı Türkiye gibi ülkeler için kritiklik iddiasında bulunmak anlamlı değildir.

akılcılığını araçsal akılcılıkla becayiş eder⁷⁵. Habermas'ın tevilcilikle⁷⁶ suçladığı onun mantığı dolaylıdır: Modern toplum rasyonel toplumdur. Rasyonel toplumun otorite biçimi rasyonel yasalara bağlıdır. Binaenaleyh rasyonel toplumun rasyonel (yani liberal) yasaları tercih etmesi a'priorik bir zorunluluktur⁷⁷. Aslında Weber itibar kaybeden liberal özgürlükleri ayakta tutmak için çırpınan bir liberaldir (Ökçesiz, 1998b: 52). Liberal özgürlüklerin

⁷⁵ Egemenliği Kant gibi metafiziksel bir gerekçeye değil, bürokrasiye dayandırmaktadır. Weber egemenliği pozitivist bilim çerçevesinde, Kant ise felsefik düzlemde ele almaktadır. Habermas bu konuyu Horkheimer'in eleştirel felsefesi çizgisinde yeniden ele alır. Habermas'a göre araçsal akılcılık aynı zamanda bilimin, onun bağlı olduğu pozitivist episteminin krizidir. Bilim artık bir hakikatin peşinde değil, somut faydanın peşinde koşmaktadır. Çünkü yansızlık / objektiflik iddiası zalim veya adil herkesin kullanımına amadeyim demektir.

Habermas'a göre bilim 1873 krizi sonrasında bürokrasi disiplini altında siyasetin, pazarlama disiplini altında ise ekonominin emrine girmiştir. Araçsal akılla tahkim edilen ekonomi ve devlet kurumları kamusal alanı kolonize edip demokrasiyi kadük hale getirmiştir. Araçsal aklın hakimiyeti aynı zamanda siyasal meşruiyet krizini tetiklemiştir (Akt. Timur, 2008: 66,67,99, 150). Öte yandan Habermas Horkheimer'in felsefeye (saf akla) geri dönelim çağrısını eski hal muhal diyerek reddeder. Ona göre Horkheimer saf akılcılıktan kopamayarak başka bir aşırılığa savrulmuştur. Çünkü Horkheimer gibi post yapısalcılar yorumlamacılık / hermonitik denen hatalı yöntemle ön kabullere ve ideolojilere teslim olmuşlardır. Çözüm ne *araçsal akılcılık* (yani pozitivism) ne de *saf akılcılık* (yani hermonitik) tır. Çözüm yeni bir tür olan *eleştirel akılcılıktır*. Habermas eleştirel teoriyi eleştirir ama reddetmez. Önerdiği yeni akıl ve alternatifler de eleştirel akılcılık çizgisinin ana kulvarının dışında değildir (Akt. Timur, 2008:105-107).

⁷⁶ Habermas'a göre Weber'in rasyonelleşme tezi *mantığa bürüme* olarak adlandırılan psikolojik savunma mekanizmalarından biridir (Akt. McCormick, 2015: 42-43 & Akt. Timur, 2008:110-111). Galip ve zenginler başarı ve zenginliklerini Tanrı'nın nasıp etmesine, tarihsel ve toplumsal konjonktüre vermezler. Parlak zekalarına, yüksek auralarına ve acar girişkenliklerine verirler. Zenginlerin bu eğilimi insan tabiatının bir parçasıdır. Tarihi, insanlığın tarihi kadar eskidir. Weber Batı kafasının üstünlüğüne inanılan bir zamanın çocuğudur.

Weber'e göre göre Batı medeniyetini burjuva, burjuvayı rasyonelleşme, rasyonelleşmeyi ise Batı'nın özgül tarihi yaratmıştır (Akt. Torun, 2008). Bu, Doğu - Batı tartışmalarının da başlıca konusudur. Ülgener (1981) Batı'nın rasyonelleşme sonucunda kalkınmadığını, elde ettiği ticaret üstünlüğü sayesinde kalkındığını, Doğu'nun ise ipek yolu ve Akdeniz ticaretinin görece önemini kaybetmesi sebebiyle geri kaldığını söylemektedir. Yine Wallerstein'in marxist çizgideki tezleri de bu doğrultudadır (Vergin, 2020: 187-214).

⁷⁷ A'priori felsefenin yöntemidir. Doğru olduğuna baştan inanılan öncüllerden yola çıkılarak yeni bilgi (teori) türetmek demektir. Tümdengelim adıyla da anılmaktadır. Deneysel bilimlerin a'pestiroi ve tümevarım yönteminin alternatifidir. Geniş bilgi için bkz. (Aslan, 2002:45-46)

fiilen devam etmesine faydası da dokunur. Ancak değişen şartlar, bizatihi Almanya'nın siyasi konjonktürü, liberal savunuların aleyhine işler (Rosenfeld, 2008: 229-230).

Usuli hukuk devleti savunucuları liberal özgürlükleri ne savunur ne de reddederler (Ökçesiz, 1998a: 26). Onlar söylem hegemonyasını kaybeden liberalizmin mahcup mensuplarıdır. Liberal hukuk devletini bütünüyle yok olmaktan kurtarmak adına kendi ideolojilerinin reformisti olmuşlardır⁷⁸.

Usuli hukuk devleti savunucuları gerçekçidir. Çünkü doğal hukuk öğretisinin hegemonyası bitmiştir. Liberal özgürlüklerin evrensellik, genellik ve akılcılık ilkeleri itibarsızlaşmıştır. Bu itibarsızlıktan sadece genellik ilkesi kurtarılabildiği. İşte hukuk devleti bu ve bunun gibi usuli ilkelerle raptedilmeye çalışılmaktadır. Onlara göre hukuk genellik ilkesine uygun olarak belirlenir ve eşit şekilde uygulanırsa adalet sağlanabilir (Ökçesiz, 1998b: 26 & Raz, 2008: 152,153). En kötü ihtimalle adil bir adaletsizlik olur. Genellik ve eşitlik ilkesi kuralları koyanları tedbirli olmak zorunda bırakır. Çünkü zalim yasalar bir gün onu koyanların, koyulmasına taraf olanların da canını yakabilir⁷⁹. Kaldı ki hukuki içerik adil diye adalet otomatik olarak kendiliğinden gelmez (Marmor, 2008: 173). Adil yasalarla da adaletsizliğe düşülebilir. İçerik ve usulden birini seçmek zorunda kalınsa, usuli hukuk devleti tercih edilmelidir. Böyle tercih edilmesi gerektiği bizim çalışmamızın temel iddiaları arasındadır.

Hukuki içeriğin adilliği ideolojilere, inançlara, yaklaşımlara, kültürlere ve toplumlara göre değişebilir. Ama hukuki usul ve mekanizmalar objektiftir. Üzerinde bilimsel / olgusal olarak fayda ve zarar muhasebesi yapılabilir.

⁷⁸ Hristiyanlık için Luther, Marxizm için Gramsci ne ise liberalizm için Weber odur. Her üçü de dinlerine / ideolojilerine olan inancı tamdır. Sadece yöntem konusunda eleştireldirler. Her üçü de ideolojilerini / dinlerini tekrar ayağa kaldırmak adına harekete geçmiş reformistlerdir.

⁷⁹ Avam muhafazakarlarca göre adaletsizlik hukukun laik içeriğiyle ilgilidir; eğer hukuk kuralları İslami içerik kazansa adalet kendiliğinden gelecektir. Bu anlayış gereği usuli hukuk devletine değer vermezler. Oysa usuli ilke ve mekanizmalar olmadığında zulüm İslam hukuku aracılığı ile yapılmış olacaktır. Dini hukuku benimseyen ülkelerin belki en önemli açmazı budur. Kaşıkçı cinayeti buna iyi bir örnektir. Başbakan konumundaki prensten başlayan emir komuta zinciri içinde töhmetle suçlu ilan ettikleri Cemal Kaşıkçıyı öldürüp asit kazanlarında yok ettiler. Bunu şeriatla ilişkilendirmediler (Torun, 04.12.2018). Şeriat bu cinayete müsaade ettiği için değil, hukukun usuli ilke ve mekanizmaları Suudi Arabistan'da olmadığı için bu eylem cinayet olarak nitelendirilmedi.

Binaenaleyh usuli hukuk devleti içerikten bağımsız bir şekilde adalet arayan herkes için bir zorunluluktur. Açıkçası usuli hukuk devleti her türlü hukuk içeriği entegre edilebilir bir hukuk devleti türüdür. Sonuçta usuli hukuk devleti hukukun adil bir şekilde uygulamasını merkeze alır. Usül ve mekanizmaları ön plana çıkarır⁸⁰.

Max Weber doğal hukuk öğretisinin itibarsızlaşması sonucu ortaya çıkan boşluğu rasyonel (ussal) otorite biçimi ile doldurmak istemiştir. Bununla amacı burjuvanın rasyonel yatırım kararı almasında öngörülebilirlik sağlamaktır⁸¹ (Acar, 1993: 106; Özel, 1993:112; Weber, 1985:12). Weber sonrası usuli hukuk devleti savunucuları öngörülebilirliği daha bir rafine etmiştir. Fuller, Raz, Finnis ve Cormic bunlardan arasından öne çıkanlardır (Marmor, 2008: 177). Bunlar yasaların uygulanabilirliğini ön plana çıkarırlar. Uygulanabilirliği öngörülebilirlikle özdeşleştirirler.

⁸⁰ Usuli hukuk devletinin her tür hukuki içeriğe entegre edilebilir olması bu türe olan husumetin sebeplerinden biridir. Aslında bu Weber'in genel metodolojisinin bir yansımasıdır. Weber ister Batılı ister Doğulu hangi kültür olursa olsun araçsal rasyonaliteye göre işleyen bütün değer, tutum ve davranışı modern, rasyonel işlemeyenleri ise unmodern olarak vasıflandırmıştır (Akt.Torun, 2008a:15-18). Weber'in araçsal rasyonalitesi (zweckrational) değer içermez. Değer, tutum ve davranışı sırf inanç, ahlak ve din oldukları için irrasyonel ilan etmez. Dini tutum ve davranışları da rasyonel olmak şartıyla modernlik dairesine alır. Bunu *değer rasyonalite* (*wertrational*) ile kavramsallaştırır (Aron, 1989:347-348). Katoliklik ile protestanlık arasındaki ilişkiyi bu şekilde açıklar. Protestanlığı Hristiyanlığın rasyonel bir yorumu olarak olumlar. Katolikliği ise irrasyonel olması dolayısıyla dışlar. Protestanlık, vulgar materyalistlerin sandığı gibi inançsızlığa karşılık gelmez. Aksine Tanrı ile kul arasındaki ilişkiyi rasyonelleştirmesi temelinde sağlam bir inanç sistemidir. Sonradan Protestanlığın sekülerleşerek dini dünyevi başarının motifi / güdüsü haline gelmesi farklı bir konudur.

Wert (değer) rasyonellik anlayışına göre inançlı bir kişinin günlük tutum ve davranışlarını inancına göre düzenlemesi, velev ki davranışların pratik sonuçları mantıksız da olsa, rasyonel olarak kabul edilir. Asıl samimi dindar muhafazakarın eylemlerini inancına göre düzenlememesi irrasyonel bir tutum olacaktır. Muhafazakarlık ve ilgili kavramlar için bkz. (Köni ve Torun, 2013: 183-186 & Torun, 2022: 17-19). Webere göre modern olmanın ölçüsü laiklik değil, rasyonelliktir. Kılık kıyafet hiç değildir. Kısaca rasyonel olanlar modern, olmayanlar ise unmoderndir. Tekrar belirtmek gerekir ki Weber'in rasyonelliği metafiziksel ve ideolojik gerekçelerle ilgili değil, araçsal akılcılıkla ilgilidir. Rasyonellik hakkında bkz. (Torun, 2003 & Torun, 2008a).

⁸¹ Bu amaç liberal hukuk devleti savunucularının da amacıdır. Farklılık yöntemden kaynaklanmaktadır.

Raz'a göre (2008: 151,152) hukuk devleti *insanların hukuka uyması ve hukukla yönetilmesi* demektir. Uyulması ve tabi olunması istenen hukuk öngörülebilir olmalıdır. Öngörülebilirlik uyulmaya ve bilinmeye elverişli olmak demektir (Raz, 2008: 153). Kişinin hukuka uyması, uymayı tercih etmesi hukuku bilmesine bağlıdır. Raz öngörülebilirliği sekiz maddede sınıflandırmıştır. Bunlar usuli hukuk devletinin gerekleridir (Raz, 2008: 153-156):

- Bütün yasalar geleceğe yönelik, açık ve anlaşılabilir olmalı
- Yasalar nispeten istikrarlı olmalı
- Özel düzenlemeler / hükümet tasarrufları / idari düzenlemeler şeffaf, açık, istikrarlı ve genel kurallara uygun olmalı
- Yargı bağımsız olmalı
- Doğal adalet ilkeleri gözetilmeli. Hukuk doğru uygulanmalı. Açık ve adil duruşma yapılmalı. Yargıçlar tarafsız ve önyargısız olmalı
- Mahkemelere diğer ilkelerin uygulanmasıyla ilgili denetim yetkisi tanınmalı
- Yargıya kolaylıkla erişilebilmeli
- Suçu önlemekle görevli hakimlerin kendilerine tanınan takdir yetkisiyle hukuku yozlaştırmasına izin verilmemelidir

Raz idealistler gibi maksimalist beklentiye girmez. Ona göre öngörülebilirlik gereklerine uyulursa adalet makul düzeyde gerçekleşebilir. Siyasetçi ve yöneticilerin yasaları her zaman kendi lehlerine işletmeleri söz konusudur. Ama bu istikrarlılık, geçmişe yürümeme gibi ilkeler sayesinde sınırlandırılabilir. Yargısal keyfilik bütünüyle ortadan kalkmayabilir. Ama bu, yargılama usulüne bağlılık sayesinde azaltılabilir. İktidar sahipleri kendi ihtirasları için idari düzenlemeler ihdas edebilir. Ama bu idari düzenlemelerin yasalara uygunluk ilkesi ve diğer şekli ilkeler sayesinde sınırlandırılabilir. Siyasetçi ve yöneticiler yasaları kendi çıkarlarına göre tevil edebilir. Bu durumda usuli ilke ve mekanizmalar yeterli olmaz. Burada düzgün zihniyete ihtiyaç vardır (Raz, 2008: 157-158). Bu zihniyetin egemen olduğu toplumda kamuoyu baskısı ve sivil toplumun etkinliği olumlu işler görebilir (Raz, 2008: 157).

Usuli hukuk devlet yanlısı Marmor Raz'ın sınıflamasına benzer bir sınıflandırma yapmıştır. Bu ilkeleri Fuller'den uyarladığını belirtmektedir.

Marmor'un sınıflaması görece güncel ve daha açıklayıcıdır (Marmor, 2008: 173-175):

- Genellik ilkesi: Yasalar genellik ilkesine göre yapılmalıdır. Yasaların fermanlar / kararnameler ile arasındaki fark genellik ilkesinden kaynaklanır⁸²
- Yayımlanma ilkesi: Yasalar güvenilir şekilde yayımlandıktan sonra yürürlüğe girmeli
- Geçmişe yürümememe. Yasalar yayımlandıktan sonraki uygulanmalı
- Açıklık: Yasalar gramer ve semantik olarak düzgün kodifiye edilmeli Net anlamlar içermeli. Avam tabiriyle lastikli olmamalı
- Tutarlılık ilkesi: Yasaların gramer ve semantik olarak açık ve anlaşılır olması yetmez. Aynı zamanda maddeler arasında anlam bütünlüğü olmalıdır. Birinin emrettiğini öteki yasaklamamalı
- İmkânsız emirler içermemek ilkesi: Yasalar uyulması veya uyulmaması imkânsız emir ve yasaklar içermemeli.
- Devamlılık: Yasalar sık değiştirilmemelidir. Çünkü bu kurallara uymayı zorlaştıracaktır. Kurallara olan inancı kıracaktır
- Tutarlı uygulama: Hukuk kitabında yazan kurallar hakkıyla uygulanmalı. Bunun için bağımsız mahkemeler, profesyonel bir adli teşkilat, yargıya kolay erişim, güvenilir uygulama organları vb. gerekliliklere ihtiyaç vardır. Kuralları hayata geçirmek için sağlıklı, etkin bir şekilde işleyen kurumlar yoksa adalet amacı sadece kağıtlarda yazı olarak kalır, işlevsel bir değeri olmaz

Usuli devletin ilke ve gereklilikleri konusunda akademi kamuoyunda tam uzlaşısı yoktur. Binaenaleyh yukarıdaki yazılanlara ilave ve eksiltmeler yapılabilir. Adnan Küçük usuli devletin ilke ve gerekliliklerinin adeta bir dökümünü yapmıştır. Bu listeyi aynen aktarmak faydalı olacaktır (Küçük, 2008: 353-354):

⁸² Osmanlı dönemi padişah fermanlarının kanun olarak adlandırılması kanun olması için yeterli değildir. Çünkü bunlar belli bir zamanda belli spesifik ihtiyaçlar için serdedilmiş irade beyanlarıdır. Nitekim padişah fermanları onu serdedenin ölümüyle sona ermektedir. Sonrakiler önceki padişahın fermanına uymak zorunda değildir. Padişah yasakları / kanunnameleri / fermanları özel düzenleme veya siyasi tasarruf niteliğindedir. Bunlar ancak hiyerarşik olarak genel düzenlemelere (yani yasalara) uygun olarak serdedilirse kanun olmaz ama hukukilik / meşruluk kazanır. Özel düzenleme – genel düzenleme için bkz. (Raz, 2008: 152)

- Kuvvetler ayrılığı
- Hukukun genel, soyut ve gayri şahsi oluşu
- Hukuki eşitlik ilkesi
- İyi niyet
- Ahde vefa
- Yargı bağımsızlığı
- Suçsuzluk karinesi
- Suç ve cezaların hukukiliği
- Genel müsadere yasağı
- Anayasanın üstünlüğü
- Yargıçların tarafsızlığı
- Yargıç teminatı
- Tabii yargıç ilkesi
- İdarenin hukukiliği
- İdarenin her türlü işlemi ve eyleminin yargısal denetime tabi olması
- Anayasal yargı denetimi
- İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişilere verilen zararın tazmin teminatı
- Hak ve hürriyetlerin anayasal ve yasal teminat altına alınması ve sadece hukukla sınırlandırılması,
- Kimsenin sahip olduğu haktan fazlasını devredememesi
- Kimsenin kendi davasında yargıç olamaması
- İdari şeffaflık
- İdari bilgi ve belgelere ulaşma hakkı
- Devletin faaliyetlerinin önceden hesap edilebilirliği anlamında genel olarak hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin sağlanması,
- Hak arama hürriyeti
- Sanığın aleyhine olan cezai normların geçmişe yürümemezliği
- Adil yargılanma hakkı
- Güvenlik hakkı
- Makul bir süre içinde açık duruşma ve hakkaniyete uygun biçimde dinlenilme
- Kararların kamuya açık bir şekilde verilmesi
- Suçluluk hükmen sabit oluncaya kadar suçlu sayılmamak

- Hukuka aykırı elde edilen bulguların delil sayılmaması
- Cezai sorumluluğun şahsiliği
- Ceza hukukunda kıyas yasağı
- Cezai normlarda yürürlük ötesi uygulanmazlık ilkesi
- İdarenin takdir yetkisinin belirginliği ve sınırlılığı
- Savunma hakkı
- Kararların gerekçeli olması
- Temel hak ve hürriyetleri sınırlayıcı nitelikteki hukuki normların belirginliği
- Kazanılmış haklara saygı
- Kamu işlemlerinde ölçülülük, uygunluk, gereklilik, yüklenebilirlik ve belirlilik
- Kısıtlamaların oranlı olması
- Hakların kötüye kullanılmaması
- Fail kusuru yerine kusurlu sorumluluğun benimsenmesi
- Kesin hükme saygı
- Zaman aşımı
- Mücbir sebep
- Özel kuralın genel kuralı geçersiz kılması

Yapılan tasniflerde soyut olanlarla operasyonel olanların iç içe geçtiği gözlenmektedir. Küçük (2008: 353) bu ayrımı *ilkeler ve şekli gereklilikler* şeklinde adlandırmıştır. Ama bu doğrultuda bir tasnif yapmamıştır. Kuvvetler ayrılığı, genellik, eşitlik, hukukilik, yargı bağımsızlığı, yargıçların tarafsızlığı, hukukilik vb. ilkeler ile şekli gereklilikler ayrı ayrı tasnif edilebilirdi. Sınıflandırmayı bu konuyu spesifik olarak ele alan çalışmalara havale ediyoruz.

4.2.4. Pozitivist Hukuk Devleti ⁸³

Pozitivist hukuk devleti usuli hukuk devletinden sonra gelen bir türdür. Bu evre usuli hukuk devletinin örtük liberal amaçlarından bütünüyle uzaklaşması veya kopmasına karşılık gelir. Egemenlik artık ussal (rasyonel) yasalara değil, siyasal güce veya çoğunluğun gücüne dayanmaktadır. Öte yandan pozitivist hukuk devletinde hukuki usul ve mekanizmalar reddedilmemekte, hatta kemale erdirilmektedir. Usul ve mekanizmaların reddedilmediğinden hareketle usuli hukuk devletinin devamı bile sayılabilir. Literatürde *usuli hukuk devleti* ile *pozitivist hukuk devletini* özdeşleştirenler az değildir⁸⁴.

Pozitivist hukuk devletinin düşünce öncüsü Hans Kelsen, siyasi coğrafyası ise 1918-1933 arası Almanya'dır (Atay, 2020: 120 & Ökçesiz, 1998b: 22). Nazi rejiminin pozitivist hukuk devletiyle ilişkisi ikircikli olmuştur. Naziler bir yandan pozitivist hukuk devletini Atlantik merkezli dünyanın sömürü aracı ve aldatmacası olarak eleştirmiş, diğer yandan Kelsenci pozitivist hukuk devletini kendi amaçları doğrultusunda kullanmaktan çekinmemiştir. Hukukun içeriğini keyfi bir şekilde değiştirmişlerdir. Değiştirdiklerini ise hukuk düzeni içinde uygulamışlardır (Ökçesiz, 1998b: 24). Pozitivist hukuk devleti bütün bunları yapmaya elverişliydi. Her inanç ve ideolojinin kullanabileceği bir araç niteliğine sahiptir. Bu nedenle Naziler tarafından

⁸³ Adlandırmada çeviriden kaynaklanan karışıklık söz konusudur. Pozitivistin sözcük çevirisi olumludur. Oysa buradaki anlamları tamamen farklıdır. Pozitivist hukuk devletindeki geçen sıfatın konu bağlamı epistemiğe gönderme yapmaktadır. Burada pozitivism metafiziksel olanın karşıtını, yani ampirik olanı simgelemektedir. Maddi hukuk devleti egemenliği metafiziksel bir argümantasyon biçimi olan doğal hukuk öğretisiyle meşrulaştırmıştır. Pozitivist hukuk devleti savunucuları ise betimlenen bu metafiziksel meşrulaştırmayı reddetmişlerdir (Atay, 2020: 121). Egemenliği somut argümanlara dayandırmışlardır. İlk pozitivist hukuk devleti savunucuları egemenliği Hobbescu bağlamda siyasal egemenliğe, sonrakiler ise toplumsal örf ve adete dayandırmışlardır. Siyasal iradeye dayandıranlara iradeci pozitivist, toplumsal örf ve adete dayandıranlara normatif pozitivist denmiştir (Anayurt, 2021:64 & Marmor, 2008: 206).

⁸⁴ Özdeşleştirmenin bir nedeni bu bölümün başında belirtildiği üzere *basit yalın hukuk devleti* ile *pozitivist hukuk devletini* bir potada görme kolaycılığıdır. Diğer nedeni de detayları kaçırmaktan kaynaklanmaktadır. Bu yanı sıra Ökçesiz gibi uzmanlık kalıplarının dışına çıkabilen entelektüel hukukçular bile düşmüştür. Bkz. (Ökçesiz, 1998: 46-47)

istimal edilmiş ve dolayısıyla Nazi rejimiyle birlikte çağrışım yapan kavram haline gelmiştir⁸⁵.

Pozitivist hukuk devleti Anglo-Amerikan hegemonyanın baskın olduğu bir konjonktürde *öteki* olarak konumlandırıldı. Pozitivist hukuk devleti ile Nazi Almana'sı birlikte anıldı. Almana ancak diz çöktürüldükten ve geçmişine düşman edildikten sonra öteki olmaktan kurtulabildi. Bundan sonra Sovyet rejimi Atlantik merkezli hegemon dünyanın kötüsü oldu. Çünkü Sovyet rejimi de Nazi rejimi gibi pozitivist hukuk devletini istismar edenlerin başında gelmekteydi. Emsalsiz zulmünü pozitivist hukuk devletini bir vitrin yaparak gerçekleştirdiler. Pozitivist hukuk devletinin imajı her iki halde de negatiftir. Negatiflik Türkçe çevirisine bile yansımıştır. Türkçeye çevrilirken diğer türler *hukuk* ile nitelendirilirken, pozitivist hukuk devleti *kanun* diye nitelendirilmiştir. Akademik camianın çoğunluğu *pozitivist hukuk devleti* yerine *kanun devleti* demeyi tercih etmektedir⁸⁶.

Terimde geçen pozitivist sıfatı bir açıdan bilimsel pozitivistliğe gönderme yapmaktadır. Teorik akılcılığa dayalı liberal hukuk devleti ile araçsal rasyonaliteye bağlı usuli hukuk devletinin itibar kaybetmesini simgelemektedir. Artık egemenlik somut / müspet / pozitivist niteliğe sahip siyasi güçlere ve toplum kurallarına dayandırılmaktadır. Egemenliğin somut olgulara dayandırılması dolayısıyla pozitivist (olgucu) hukuk devleti olarak adlandırılmaktadır. Pozitivist sıfatı felsefik olanın karşısını, ampirik olanı

⁸⁵ Naziler pozitivist hukuk devletine karşı stratejik tutum takınmışlardır. Marxistler gibi eleştirmişler. Onu İngiltere merkezli sömürgeci dünyanın ürünü olarak görmüşler. Ama kendilerini onunla meşrulaştırmaktan geri durmamışlardır. Hukukun içeriğini keyfi bir şekilde değiştirmişler. Bu keyfi içerikleri ise hukuk düzeni içinde uygulamışlardır (Ökçesiz, 1988b: 24). Aynısını Sovyet rejimi de yapmıştır. Kısaca bu rejimler hukuki içerik haline getirdikleri zulüm politikalarını hukuk düzeniyle konsolide etmişlerdir. Yani hukuk düzenini istismar etmişlerdir. Bu istismar ise pozitivist hukuk devletini adeta nefret objesi haline getirmiştir.

⁸⁶ Cumhuriyet döneminde dilin sadeleştirilmesi politikası eskiye ait kavramları ötekileştirmiştir. Nitekim *kanun* eskiye ait bir kavram olarak kötülenmiştir. *Hukuk* veya *yasa* ise iyi olanı ve yeniyi simgelemiştir. Eğer kanunla padişah fermanları kast edilseydi bu doğru bir niteleme olurdu. Çünkü Nazi ve Sovyet döneminde yapılan yasalar hukuk olarak nitelendirilemez. Kuvvetler ayrılığının yok olduğu, yürütme organının levithanlaştığı bir yönetim yapısında çıkartılan yasaların özü itibarıyla padişah fermanlarından farkı yoktur. Hatta padişahların örfi düzeninden bile zalimdir. Çünkü patrimonial kültür bu kadar zulme müsaade etmezdi. Oysa Nazi ve özellikle Sovyet rejimi sadece zalimlikle değil, aynı zamanda kötülükle nitelendirilmeyi hak etmektedir. Zulüm ve kötülük bu rejimlerde sıradanlaşmıştır.

simgelemektedir. Neticede pozitivist hukuk devleti metafiziksel meşrulaştırmaya tepki olarak doğmuştur (Atay, 2020: 121 & Başgil, 1945: 42).

Pozitivist hukuk devletinin ilk savunucuları devletin meşruiyetini Hobbescu bağlamda siyasal egemenliğe dayandırmışlardır. Hukuk yapımını gücü elinde bulunduran siyasal otoriteye teslim etmişlerdir. Bunlara göre hukuk, arkasında siyasal gücün bulunduğu ve bu gücün yaptırma bağladığı kurallardan ibarettir. Sonrakiler pozitivistler ise hukukun kaynağını toplumsal örf ve adete dayandırmışlardır⁸⁷. Çağdaş hukuki pozitivistlerin çoğunluğu ikinci görüşü benimsemiştir (Marmor, 2008: 206). Birinci kategori *iradeci pozitivism*, ikincisi ise *normatif pozitivism* olarak adlandırılmaktadır (Anayurt, 2021: 64).

Hans Kelsen doğal hukuk öğretisinin itibarını kaybettiği, herhangi bir ideolojik görüşte birleşmenin imkânsız olduğu ihtilaflı günlerde hukuku bütünüyle usule indirgeyerek bir çıkış yolu bulmak istemiştir. O hukuk devletinin meşruiyetini, yani egemenlik tartışmalarını terk etmiştir. Bütün enerjisiyle hukukun normlarına / kurallarına odaklanmıştır. Grundform olarak nitelendirdiği anayasayı kimin yaptığıyla, kimin yapması gerektiğiyle ilgilenmemiştir. Ona göre anayasayı kimin koyduğu ve hangi ilkelere dayandığı hukukçuyu ve hukuk disiplinini ilgilendirmemektedir. Bunlar felsefe, etik, siyaset bilimi ve sosyoloji gibi disiplinleri ilgilendirmektedir. Hukuk bu disiplinlerden bütünüyle ayrı, kendi faaliyetini hukukun normlarıyla / kurallarıyla sınırlayan formel bir bilimdir⁸⁸. Anayasa normların en üstünde yer almalıdır. Alt mevzuat anayasadan türetilmelidir. Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik ve kararname yukarıdan aşağı bir hiyerarşik düzen içinde kurgulanıp, bu hiyerarşiye uygun olarak uygulanmalıdır (Atay, 2020: 124-129). Anayasalar kolay kolay değişmemelidir. Yasa paketi gramer, semantik ve

⁸⁷ Öte yandan Almanya'da örf - adet veya kültür savunusunun ırk savunusuyla özdeş olduğunu burada hatırlatmış olalım (Torun, 2014: 105-106).

⁸⁸ Onun bu tarzı hukuki formalizm olarak da tanımlanmıştır. Hukuki formalizm bilimsel sınıflandırmayla ilgili bir kavramdır. Bilim kategorik olarak formel bilimler ve pozitivist bilimler olmak üzere ikiye ayrılır. Kelsen hukuku formel bilim olarak tanımlamaktadır. Böylelikle hukuk hem felsefe ve etik gibi bilim dışı disiplinlerden hem de siyaset bilimi, sosyoloji, ekonomi gibi sosyal bilimlerden ayırıştırılmaktadır. Bu anlayışta hukuk bilimi hukukun kuralları arasında analiz yapan, kuralları mantık ve matematiğin sayı ve önermeleri gibi işleyen ve kodlayan bir uğraş olarak konumlanmaktadır.

anlam bakımından açık, net ve tutarlı olmalıdır. Adeta matematik gibi kodifiye edilmiş olmalıdır. Uygulanırken usuli ilkelere kati surette riayet edilmelidir. Hukukçu kendisini hukuku koyan iradenin yerine koymamalı, amaca ilişkin yorum yapmamalıdır.

Hukukun bir disiplin olarak sınırlarının çizilmesi, anayasacılık, açık, net ve tutarlı kodifikasyon, uygularken usuli ilkelere riayet etmek, hukukçularının hakemlik sınırlarında kalması gibi usuli ilke ve mekanizmalar hukukun gelişimi itibariyle olumlu olarak değerlendirilmelidir. Hukukun felsefeden, etikten, ekonomiden, siyasetten, siyaset biliminden, sosyolojiden ayrılması ve hukukun sadece hukukun normlarıyla / kurallarıyla uğraşan formel bir bilim olarak tanımlanması oldukça özgündür. Hukuk biliminin müstakil bir disiplin haline gelmesi belki de pozitivist hukuk devleti sayesinde gerçekleşmiştir (Atay, 2020: 124-129). Öte yandan bu nedenden dolayı eleştirileri üstüne çekmiştir⁸⁹.

İtiraz odur ki hukukun kaynağıyla, kimin koyduğuyla, nasıl olduğuyla ilgili hukukun bağımlı keserek otoriter ideolojilerin, zalim ve kötü yönetimlerin ve çoğunlukçu temsili demokrasilerin önün açmış, bu alanı bütünüyle onlara terk etmiştir (Atay, 2020:129). Hatta Nazi yönetiminin pervasızca iktidara yürümesi Kelsenci pozitivist hukuki devletin hafif meşrepliği yüzünden mümkün olmuştur.

Kelsenci hukuki pozitivism Nazi dönemini kapsayacak şekilde genişletilerek Nazi döneminin hukuk rejimi olarak algılanmaktadır. Nazi rejiminin günahları büyük ölçüde pozitivist hukuk devletine yıkılmaktadır. II. Dünya Savaşı sonrasında galipelerin kurduğu Nürnberg Mahkemesinde yargılanan Alman yargıçlara bu suçlama yöneltilmiştir. Ahlaksız Nazi yasalarını neden uyguladınız diye suçlanmışlardır. Suçlanan yargıçlar ise *biz önümüze konulan yasaların gereğini yaptık. Asıl hukuksuzluk yasaların dışına*

⁸⁹ Atay (2020: 129-132) Kelsenci pozitivist hukuk devletine yönelik eleştirileri beş kategoride toplamıştır: 1) Pozitivist hukuk devleti değer ve amaç sorunlarını değersizleştirmiştir. Hukuk devleti için önemli olan değer ve ilkeler felsefe, etik, siyaset bilimi, sosyoloji ve ekonomi gibi disiplinlere havale edilmiştir. 2) İradeci ve devletçi yaklaşımları epistemik olarak meşrulaştırılmıştır. 3) İradeci hukuksal pozitivism ahlakdışı olduğu kadar çağdışı ve demokrasi dışıdır. 4) Otoriter rejimlerin aparatı / aracı haline gelmiştir. 5) Herhangi bir ideolojinin kullanmasına tabiri caizse açık çek sunmuştur.

çıkma olurdu diye kendilerini savunmuşlardır (Atay, 2020: 49). Konuyla ilgili tartışmalarda iki açıdan aşırılığa kaçılmıştır.

Birincisi Nazi dönemi mahkemelerinin ve yargıçlarının bağımsız olduğu söylenemez. Hukuk devletinin en önemli mekanizması kuvvetler ayrılığıdır. Oysa Nazi döneminde kuvvetler ayrılığı fiilen ortadan kalkmış, gücün tümü iktidar partisinin ve onun liderinin eline geçmiştir. Hukuk, mahkemeler ve yargıçlar tek parti ve onun liderinin emrine girmiştir. Binaenaleyh Nazi dönemi yargıçları belki başka bir bağlamda suçlanabilirdi. *Neden Nazi rejiminin yargıçlığını yaptınız, neden yargıç olarak çalışmaya devam ettiniz, neden kendi iradenizle bu zalim idarenin aracı oldunuz gibi...* Yargıçlar Mustafa Erdoğan'ın (2000a: 107-108) Türkiye için tespit ettiği gibi bürokratik elitlerin organik parçası haline gelmiştir. Yöneticilerin karşısında alternatif bir güç değil de yöneticilerin bizatihi emrinde çalışan memur olmuşlardır.

İkinci yapılan yanlış ise hukuki içeriğin ideolojilere göre, siyasi tercihlerle ve toplumsal mutabakata göre değişebileceğinden sarfı nazar edilmesidir. Hukuki içeriğin doğruluğu seküler dogmalarla veya dini naslarla argümente edilebilir. Liberal hukukun meşruluğu orta çağda dini ilkelerle, sonrasında ise dinden laikleştirilerek uyarlanan doğal hukuk öğretisiyle meşrulaştırılmaktaydı. Nazi dönemi yargıçlarına yapılan suçlama ancak herkesin, her şeyin, her mülhazanın üstünde aşkın bir hukuk iddiasını gerektirmektedir. Hatırlanacağı üzere liberal hukuk devletinin sonlanmasıyla bu tarz gerekçelendirmelerin de hegemonyası bitmiştir.

Schmitt gibi kararcıların Kelsenci pozitivist hukuk devletine yönelik eleştirilerinin bağlamı ise çok daha farklı, hatta öncesinde anlatılanlara tamamen zıttır. Schmitt her şeyi usule indirgeyip siyaseti işlevsizleştiren, siyasi tasarrufları engelleyen pozitivist hukuk devletinin bu hafif meşrepliği yüzünden Nazilerin iktidara geldiğini savunmuştur. Pozitivist hukuk devletinin öngördüğü teknokratik yönetim anlayışı yüzünden Almanya'nın yönetilemez hale geldiğini, bu yönetim boşluğunun ise Nazileri iktidara taşıdığını belirtmiştir.

Sonuçta pozitivist hukuk devleti modern dünyanın bütün otoriter ve totaliter rejimleri, tek parti ve tek adam rejimleri tarafından kullanılması, kullanılmaya elverişli olması, bu rejimlerin zulüm ve kötülük amaçlarını meşrulaştırması sebebiyle kıyasıya eleştirilmiştir. Öte yandan usul ve mekanizmaları geliştirip kemale erdirmesi bakımından hukuk devletinin

gelişimine önemli katkı sunmuştur. Pozitivist hukuk devleti egemenlik konusunu dışlaması, bu nedenle otoriter ve totaliter rejimlerin elinde araçsallaşması sebebiyle önemini kaybetmiş, yerine demokratik hukuk devleti gelmiştir. Demokratik hukuk devleti egemenlik konusundaki pozitivist hukuk devletinin mirasını reddetmiş ama usuli ilke ve mekanizmalarını çok küçük farklılıklarla sahiplenmiştir.

4.2.5. Demokratik Hukuk Devleti

Demokratik hukuk devleti hem kendinden öncekilere bir eleştiri ve alternatif hem de onların mirasını sahiplenen bir hukuk devleti türüdür. Demokratik hukuk devleti liberal hukuk devletinin doğal hukuk dogmasına veya Rousseau'nun toplum sözleşmesine eleştirel kalır. Keza pozitivist hukuk devleti gibi güçlülerin hukuku belirlediği bir egemenlik türünü de kabul etmez. Yine temsili demokrasinin çoğunluğu bulan istediğini yapar keyfilliğini de reddeder. Bunları kabul etmez ama bunların her birinden de bir şeyler alır. O melez bir türdür. Liberal hukuk devletinden liberal özgürlükleri, usuli hukuk devleti ve pozitivist hukuk devletinden usul ve mekanizmaları, demokrasiden ise temsili sistemi alır. Bunlardan bir sentez yapar.

Demokratik hukuk devleti ilke olarak hukuk devletiyle demokrasinin bir sentezidir⁹⁰. Halk tarafından benimsenmiş olması şartıyla liberal özgürlükleri kabul eder. Aynı şekilde temsili sistemi benimser ama iktidarı çoğunluğun kaba dürtülerine teslim etmez. Bu anlatı günümüz ABD siyasal sistemini ve toplumsal yapısını referans almaktadır.

Anayasal demokrasi ve liberal demokrasi olarak da adlandırılmaktadır. Demokratik hukuk devleti demokratik siyasal sistemle hukuk devletinin birlikteliğini simgeler. Bu hükmi şahsiyet aslında siyasal sistem olduğu kadar hukuk devletidir.

Birlikteliği oluşturan taraflar birbirlerine pek benzemezler. Teşbihte hata olmaz! Biri kadın diğeri ise erkektir. Taraflar tamamen farklı karakter yapılarına sahiptir. Birliktelikleri birbirlerinin eksikliğini tamamlama ihtiyacından doğmuştur. Yani onların birlikteliği aşkla değil, mantıkla

⁹⁰ Üst paragraftaki hükümle bu cümlenin hükmünü uzlaştırma adına söylemek gerekir ki; hukuk devleti denince bunun içinde hem liberal özgürlükler hem de usuli ilkeler vardır. Dolayısıyla demokratik hukuk devletinin hukuk devleti ile demokrasinin sentezidir hükmü usuli hukuk devletini dışlayan bir hüküm değildir.

kurulmuştur. Temsili demokrasinin kaprisleri hukuk devletinin ağırbaşlılığıyla, hukuk devletinin burnundan kıl aldırmayan katılığı ise demokrasinin iş bitiriciliğiyle dengelenmektedir.

Post-modernler düşünürler demokrasi ile hukuk devlet birlikteliğinin pek iyi gitmediğini, hatta ilişkilerinin gelecek vaat etmediğini düşünmektedirler. Bunların simge isimlerinden biri Habermas'tır. O, demokratik hukuk devletinin bir normatif krize yakalandığını ve bu hastalığın öyle palyatif tedbirlerle geçmeyeceğini iddia etmektedir. Çünkü bir yandan liberal özgürlükler konusundaki toplumsal mutabakat sarsılmış, diğer yandan kamusal alanın demokratik müzakerelere kapatılması sebebiyle demokrasi işlemez hale gelmiştir.

Demokratik hukuk devletiyle ilgili derinliğine analizler için *Hukuk Devleti ve Demokrasi* adlı Üçüncü Bölüme bakılabilir. Burada özetle iktifa edildi.

5. SONUÇ, TARTIŞMA VE ÖNERİLER

Bu başlık altında çalışmanın kısa bir özeti ve konunun Türkiye özelinde bir eleştirisi yapıldı. Bölümlerde kısa geçilmiş bazı konuların üzerinde müstakil olarak duruldu. Bu bölüm altı kısımdan oluştu. Birinci kısmında konunun teorik özeti ile bu teorinin eleştirisi yapıldı. İkinci kısımda hukuk devleti ile demokrasi birlikteliği Türkiye özelinde ele alındı. Üçüncü kısımda 2011 yılında TBMM bünyesinde kurulan *Anayasa Uzlaşma Komisyonunun* çalışmaları üzerinde müstakil olarak duruldu. Komisyonun ulaştığı sonuçlar analiz edilip değerlendirildi. Dördüncü kısımda Türkiye'nin siyasi yapısı bağlamında hukuk devletine duyulan ihtiyaç analiz edildi. Beşinci kısımda Türkiye'nin baskın siyasi geleneği dolayımında hukuk devletinin önündeki engeller tartışıldı. Altıncı kısımda Türkiye'nin efektif olarak hangi tür hukuk devletine ihtiyaç duyduğunun tespiti yapıp önerilerde bulunuldu.

1

Liberal demokrasi çağcıl dünyada uygulanan bir siyasal sistemdir. *Anayasal demokrasi* veya *demokratik hukuk devleti* olarak da adlandırılmaktadır. Yaygın kullanımda demokrasi deyip geçilmektedir. Liberal demokrasinin *hukuk devleti* ve *temsili demokrasi* olmak üzere iki bileşeni vardır. Çeşitli merhalelerden geçerek bugünkü formuna ulaşmıştır. Bu form hukuk devleti ile demokrasinin uyumlu birlikteliğine dayanır. Liberal demokrasi Anglo – Sakson orjinlidir. Popüler versiyonu ABD tarafından devam ettirilmektedir. Anglo-Amerikan geleneği olarak adlandırılmaktadır. Bütün dünya Anglo-Amerikan tecrübesine özenip kendisine model almaktadır.

Demokrasi ile hukuk devleti farklı orijinlere sahiptir. Demokrasi halk egemenliğine dayanır. Geçmişi antik Yunan site devletlerine kadar uzanır. Ama modern versiyonu İngiltere menşelidir. Demokrasi egemenliğin nihai analizde halkta olmasını, kritik kararları halkın vermesini ve iktidarın halkın temsilcileri aracılığıyla kullanılmasını öngörür. Hukuk devleti ise iktidarın ne kralda ne de halkın çoğunluğunda olmasını kabul eder. Egemen, hukuktur. Hukuk herkesin, her şeyin ve her mülhazanının üstündedir. Hukukun üstünlüğü tam da bunu kavramsallaştırmaktadır. Söze konu edilen hukuk liberal hukuktur. Liberal özgürlükler veya temel hak ve özgürlükler olarak adlandırılmaktadır.

Liberal özgürlükler orta çağ dünyasının *doğal hukuk* öğretisinden iktibas edilmiştir. Bu öğretisi kendi çağında *ilahi düzen* ve / veya *doğal düzen* olarak

adlandırılmaktaydı. Biri Hristiyanlık dinine, diğeri Aristo'nun düşüncesine dayanır. *Skolastik* orta çağ dünya görüşünün bir tezahürüdür. Hristiyanlığın ilahi düzen inancıyla Aristo'nun doğal düzen düşüncesinin sentezlenmesinden meydana gelmiştir. Liberal aydınlar ilahi düzenin üstünü, doğal düzenin ise altını çizerek laikleştirdiler (Küçükali & Akbaş, 2016: 69). Laikleştirilen öğretinin meşrulaştırmasını akılcı gerekçelerle Kant gibi bireyciler, iradi gerekçelerle Rousseau gibi sözleşmeciler yapmıştır. Weber'in *yasal* usallık adlı meşrulaştırmasını ayrıca zikretmek gerekir.

Liberal ilkeler Kant'a göre kozmosun evrensel düzeninden aklın içgörüsüyle keşfedilmiştir. Tabiat yasaları gibi değişmezlik ve dokunulmazlığa sahiptir. Rousseau'ya göre ise kalubeladan günümüze bütün insanlığın bir araya gelerek vardığı uzlaşının bir sonucudur. Dolayısıyla bu ilkeler ne bir kişi ne de çoğunluk tarafından değiştirilebilir. Hukuk devleti, liberal meşrulaştırma sebebiyle *liberal devlet* veya *liberal hukuk devleti* olarak adlandırılmaktadır. Hukuk devletinin bir türü olması itibarıyla *maddi hukuk devleti* olarak sınıflandırılmaktadır.

Hukuk devleti burjuva ve onun organik aydınları tarafından önce kilise ve aristokrasinin, sonra kralların iktidarını sınırlandırmak için geliştirilmiştir. Tarihçi okul mensupları, marxistler, eleştirel okul üyeleri ve alt kimlik siyaseti güdenler tarafından kıyasıya eleştirilmiştir. Liberal hukuk ilkelerinin itibarı böylece sarsılmıştır. Sonrasında ise hukukun uygulanma biçimi, yani hukukun usul ve mekanizmaları esas kadar önemli hale gelmiştir. Hatta kuvvetler ayrılığı, eşitlik, genellik, öngörülebilirlik, mahkemelerin bağımsızlığı gibi usuller hukuki içeriğin önüne geçmiştir. Ortaya çıkan yeni tür *usuli hukuk devleti* olarak adlandırılmıştır.

Nazi yönetimiyle özdeşleşen Almanya tecrübesi liberal ilkeleri bütünüyle önemsizleştirmiştir. Hukuk devleti salt usulden ibaret hale gelmiştir. *Pozitivist hukuk devleti / kanun devleti* olarak adlandırılan bu tür hukuk devletinin dördüncü türü olarak sınıflandırılmaktadır. *Pozitivist* sözcüğü yürürlükteki hukukun sorgulanmadan geçerli hukuk olarak kabul edilmesine gönderme yapmaktadır. Bu modelde hukukun kaynağının veya hukuku kimin koyduğunun önemi yoktur. Hukuk hukuktur.

Pozitivist hukuk devleti II. Dünya Savaşı'nda Almanya'nın yenilmesiyle gözden düşmüştür. Sonraki dönemde, soğuk savaş konjonktürünün de etkisiyle, Anglo-Amerikan tecrübesi öne çıkmıştır. Bu tecrübe başlangıçta

betimlediğimiz üzere *demokratik hukuk devleti / liberal demokrasi / anayasal demokrasi* olarak adlandırılmaktadır. Hukuk devletinin beşinci türü olarak sınıflandırılmaktadır. Bu tecrübenin hukuk devleti türü olarak kabul edilmesi sorunludur. Çünkü hukuk devleti demokrasiyle birleşerek terkinin içinde kimliğini kaybetmiştir. Öte yandan bütünüyle yok olmadığından, varlığını bu birliktelik içinde devam ettirdiğinden hareketle bir tür olarak ele alınmaktadır.

Liberal demokrasi hukuk devleti ile demokrasinin uyumlu birlikteliğine dayanır. Birliktelik birbirinin aşırılıklarını törpülemeye denge-kontrol işlevi görmektedir. Ancak birlikteliğin uyumla devam ettiği tam olarak söylenemez. Her iki tarafın kendinden tavizler vermesi uyumsuzluğun giderilmesinde bir çare olarak önerilmektedir.

Habermas liberal demokrasinin, onun çağcıl uygulaması ABD siyasi sisteminin radikal bir eleştirisini yapmıştır. Ona göre sistemdeki uyum hukuk devleti lehine demokrasi aleyhine bozulmuştur. Kamusal alan rasyonelleşen siyaset kurumu ile ekonomi kurumunun denetimine girmiştir. Demokrasinin işlevsizleşmesi düzeni adeta laik teokraziye dönüştürmüştür. Çünkü hukuk devleti dini hukuka benzer şekilde değişmez ve değiştirilmesi dahi teklif edilemez laik dogmalara dayandırılmaktadır. Laik dogmadan kasıt liberal özgürlüklerdir. Habermas Kant'ın, Rousseau'nun ve Weber'in liberal özgürlüklerle ilgili argümanlarını epistemik temelde tek tek çürütmüştür. Habermas'ın eleştirileri güçlü ve gerçekçidir. Hatta olağan üstüdür (Timur, 2008: 277). Ama önerdiği alternatifler sönüktür. Taner Timur (2008) bunun eleştirisini etkili bir şekilde yapmıştır. Habermas'ın ütopyasına Rosenfeld, Rawls ve Benhabip gibi çok kimse katkı yapmıştır. Ancak bu alternatifler gerçekçilikten bir hayli kopuktur.

Troper, hukuk devleti ile demokrasinin uyumlu birlikteliğini başarıyla betimleyenlerden biridir. Ona göre hukuk devleti ile demokrasinin birlikteliği her iki taraf için zorunluluktur. Birlikteliğin devam etmesi her iki tarafın kendinden taviz vermesine bağlıdır. Anayasal ilkeler demokratik süreçte yapılmalı, seçilmiş iktidarlar bu yasaları benimseyerek uymalı ve denetim işi yargıçlara bırakılmalıdır. Yargıçlar uyuşmazlıklara esastan değil, usulen bakmalıdır. Anayasal ilkeleri amaç eksenli yorumlamamalı, takdir yetkisini geniş kullanmamalı ve kendilerini usuli yargılamayla sınırlandırmalıdır. Yargıçların amaç eksenli yorum yapması yasama organından rol çalması anlamına gelebilir. Öte yandan yasaların kolayca değiştirilmesi demokrasi

aktörlerinin keyfiliğini gündeme getirebilir. Bu durum liberal demokrasinin ontolojik paradoksudur.

Anayasa mahkemesi usuli yargılama dışına çıksa, yasama organından rol çalmış ve rejimi yargıçlar despotizmine dönüştürmüş olacaktır. Usuli yargılama sınırlarında kaldığında ise yasama ve yürütme kurumu kontrolden çıkmış, rejim de çoğunluğun despotizmine dönüşmüş olacaktır. Dworkin bu paradoksun çözümlenmesi için cesur bir öneride bulunmuştur. Ona göre yargıçlar siyasi tercihlerini yargılamaya karıştırmamalı, partizan kararlar vermemeli ve politik rekabetinin dışında kalmalıdır. Temel ilkeler söz konusu olduğunda ise usuli yargılamanın hassaten dışına çıkmalıdırlar. Uyuşmazlığa esastan bakmalıdırlar. Diğer ifadeyle *amaç eksenli yorum* yapmalıdırlar. Siyasal düzeni yok edecek siyasi tekelleşmenin önüne ancak bu şekilde geçilebilir. Bazı parti ve örgütlü siyasi hareketlerin siyasi düzene hegemonya kurmasına böylelikle engel olunabilir⁹¹. Ancak mahkemelere

⁹¹ Öte yandan Dworkin'in *amaç eksenli yorum yapılmalı* yargısı ancak demokrasi ve hukuk devletini kurumsallaştırmış ülkelere genellenebilir. Anayasa mahkemeleri ilk defa Avrupa'da II. Dünya Savaşı sonrasında Nazi yönetime tepki olarak kuruldu (Hakyemez, 2007: 527). Çünkü Naziler demokrasinin imkanlarını kullanarak iktidara gelmişti. Demokrasiyi de hukuk devletini de ortadan kaldırmıştı. Anayasa mahkemeleri betimlenen olumsuz ihtimal gerçekleşmesin diye kurulmuştu (Hakyemez, 2007: 531). Türkiye'de Anayasa Mahkemesi (AYM)'nin amaç eksenli yorum yapması tam aksi sonuçlar yaratacaktır. Liberal özgürlüklere darbe vuracaktır. Çünkü Türkiye'de Anayasa Mahkemesi (AYM) liberal özgürlükleri güvenceye altına almak için değil, bürokratik iktidarın iktidarını halka (siyasal çoğunluğa) karşı korumak için kurulmuştur. Mevcut anayasa da liberal özgürlüklere, belki saygılıdır ama dayanmamaktadır. 1961 ve 1982 Anayasalarında liberal özgürlükler zikredilir ama onların kullanımını kerameti kendinden menkul ideolojik ilkelere uygunluk şartına bağlanır. *Temel haklara sahipsiniz ama başlangıç kısmındaki hükümlere, ilk maddelere ve anayasanın diğer yerlerinde geçen ideolojik hükümlere aykırı olmamak şartıyla..*

Anayasanın ideolojik hükümlerin anti özgürlükçü olması bir kenara, onların her yöne çekilebilir olmaları usuli olarak sakattır. Türk Anayasaları tabiri caizse lastikli anayasalardır. Yani kodifikasyon bakımından sakattır. Usuli sakatlık ise yargıçlara sınırsız yetki vermektedir (Hakyemez, 2007: 536).

Adnan Küçük'ün Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları üzerinde yaptığı incelemeye göre kararların çoğunluğu ideolojik ilkeler ve kamu güvenliği adına liberal özgürlükleri engelleyen niteliktedir. Küçük'e göre AYM'nin hak ve özgürlüklere aykırı karar vermesi varoluş gayesine aykırıdır (Küçük, 2008: 447-448). Varoluş gayesine aykırılık iddiasına katılmadığımızı belirtmek isteriz. Çünkü AYM çoğunluk halka karşı ve liberal özgürlüklere karşı bürokratik vesayet iktidarını korumak için kurulmuştur. Dolayısıyla AYM'nin liberal özgürlüklere aykırı kararlar vermesi onun varoluş gayesine uygundur. Mustafa Erdoğan'ın dediği gibi Türk anayasa mahkemesi öyle

tanınacak böyle bir inisiyatifin yargıçlar tarafından kötüye kullanılma ihtimali vardır. Ayrıca böyle bir işlev yargıçları egemenlik hiyerarşisinin tepesine konumlandırır. Yargıçların despotizmi iddiası gündeme gelir. Bu savrulmaya karşı üst düzey yargıçların seçimle atanması bir tedbir olarak önerilmektedir. Nitekim ABD hukuk sisteminde bu uygulama vardır⁹². Ama bunun da mahsurları bulunmaktadır. Yargıçların seçilmeleri veya seçilmişler tarafından atanmaları partizanlık eleştirilerine sebep olmaktadır. Bundan öte liberal demokrasinin demokratik süreçlerle değişmesinin önü tıkandığı için Habermas'ın söylediği sistem krizleri gündeme gelmektedir. Bu krizler

kitaplarda yazıldığı gibi üç bağımsız güçten biri filan değildir. Devlet iktidarı üç kuvvete ayrılmaz. Türkiye'de devlet *bürokratik elitler* ve *siyasal iktidar* olmak üzere iki blokta toplanır. Yargı kurumu ise bürokratik elitlerin parçasıdır (Erdoğan, 2000a: 107-108).

AYM'nin verdiği kararlarında usuli ilkelere aykırı hareket etmesi asıl sorundur. Çünkü kararlarına gerekçe gösterdiği anayasal ilkeler ile verdiği hükümler birbiriyle uymamaktadır. Keza eşitlik ilkesine aykırı şekilde benzer olaylara farklı hükümler vermektedir (Küçük, 2008: 448-454).

Belirtmek gerekir ki AYM'nin liberal özgürlüklere aykırı karar vermesi anayasanın liberal özgürlüklere aykırı olmasından kaynaklanmaktadır. Dworkin'in sözleri Türkiye'ye uygulanamaz. En azından liberal bir anayasa yapılanaya kadar, AYM'nin amaç eksenli yargılama yapmasını karşı çıkmak gerekir.

Bu çetrefilli konuda Türk anayasa hukukçularının kafası karışıktır. Mesela Özbudun (2003: 116-117) doğru bir yaklaşımla AYM'nin yargısal denetiminin usuli sınırlarda kalmasını savunmaktadır. Burhan Kuzu ise *yargıç yetkisi geniş olmalıdır. Geniş takdir yetkisi kullanmayan yargıçlar yasa koyucunun oyuncağı olur demiştir* (Kuzu, 2001: 10). Kuzu hukukçuların statüsünü güçlendirmeye odaklanmıştır. Yargıtay başsavcısı Vural Savaş ise amaç eksenli yorum yapmayı özellikle tavsiye etmiştir. Bürokratik vesayet adına liberal özgürlüklere bilinçli olarak karşı çıkar. Onun bu tutumu militan demokrat olarak tanımlanmaktadır (Militan demokrasi için bkz. Sancar, 2005: 47 vd). Mümtaz Soysal ise daha farklı bir örnektir. Soysal (2011: 242) anayasa mahkemesinin amaç eksenli yargısal denetim yapmasına karşı çıktığını belirtir. Bu amaçla yargıçların parlamento tarafından seçilmesini önerir. Öte yandan yargılama yaparken sınıfsal hegemonyaya dikkat edilmesini tembih eder. Yani yargıçlara marxist ideolojinin misyoneri gibi davranın, yorumlarınızı marxist ideolojinin ilkelerine göre yapın der (Soysal, 2011: 240). Soysal anlaşılan amaç eksenli yorum yapılmasına değil, liberal eksenli yorum yapılmasına karşı çıkmaktadır. Çünkü Marxist ideoloji temelinde amaç eksenli yorum yapılmasını istemektedir.

Görüleceği üzere amaç eksenli anayasa yargısının değerlendirilmesi ideolojilere göre değişirken, usuli hukuk devleti savunusu ideolojilere göre değişmemektedir. Bu çalışmanın usuli hukuk devletini vurgulamadaki gerekçesi burada da gözler önüne serilmektedir.

⁹² Yapılan son değişikliklerle Türk yargı sisteminde de bu uygulama benimsenmiştir. Özellikle üst yargı mensuplarının seçilip atanmasında siyasi inisiyatifin payı artmıştır.

yöneticilerin ve partilerin değişmesiyle sönmölenemeyecek sistem krizidir. Habermas'ın sisteme yönelik eleştirileri çok gerçekçidir. Ama geliştirdiği çözüm önerileri sönüktür. Ayakları yere basmayan ütopyadır. Nitekim Habermas kendi çözüm önerilerinde ısrar etmemiş, reel politikada yaptığı tercihleriyle eleştirdiği liberal demokrasinin bile gerisine düşmüştür. Onun çözüm önerileri Rousseau'nunkiler gibi retorik masalarına meze olmuştur.

2

Liberal demokrasi Türkiye'nin de kabul ettiği siyasal sistemdir. Ama ne kadar anlaşıldığı, hangi oranda siyasal kültüre mal olduğu ve ne derece başarılı olduğu tartışmaya açıktır. Bu çalışma ile amacımız sorunun anlaşılma tarafına katkı yapmaktır.

Türkiye'de liberal demokrasinin demokrasi kanadı her şeye rağmen işlemektedir. Popülist iddianın aksine Türkiye'de demokrasi vardır. Demokrasiyle ilgili sıkıntı hukuk devletinin eksiklik ve aksaklığından kaynaklanmaktadır. Hukuk devletinin güçsüzlüğü demokrasiyi dengesizleştirmekte, onu kontrolden çıkarmaktadır. Demokrasideki aksaklık onun eksikliğinden değil, fazlalığındandır. Hukuk devletini olgunlaştırmak çözüm olarak görünmektedir. Ne var ki hukuk devletinin sahibi ve talipisi yoktur. Hukuk devleti tabiri avamla yetimdir.

Türkiye'de hukuksuzluktan yakınanların çoğunluğu aktif siyasete bulaşık kimselerdir. Bunlardan bir kısmı siyaseti meslek olarak yapanlardır. Onlar için hukuk devleti siyasi rekabette rakiplere karşı istimal edilecek sadece silahtan ibarettir. Diğer kısmı ise FETO, PKK ve darbeci askeri bürokrasiden oluşmaktadır. Bunlar ise eylemleriyle hukuk devletinin belki en büyük düşmanlarıdır. Siyaseti hukukun çizdiği sınırlar içinde oynamadıkları için veya oynamayı reddettikleri için terörist sıfatını kazanmışlardır. Bunların ahlaken hukuk devletinden şikâyet etme hakları da yoktur. Ancak bu genelleme onlara hukuksuz muamele etmeyi haklılaştırmamaktadır⁹³. Çünkü darbecilere,

⁹³ Osmanlı'da *siyasi ceza* başarısız olan veya yanlış yapan yöneticilere, özellikle devşirme paşalara yönelik uygulanan bir kurumdur. Kardeş katli gibi uygulamalar da bu kapsamda sayılır. Sadrazamların, şeyh-ul İslamların bile kellesi bu gerekçelerle alınmıştır. Türklerde kültür olarak siyasi ceza yadsınmaz. Belki de örfe (yani padişah fermanlarına) dayanan devletin en keskin, en bariz, en tipik tezahürü bu siyasi idamlardır. Cumhuriyete de aynen intikal etmiştir (Mardin, 1995:240-248 & Karaman, 1997:267). İstisnai mahkemelerle başbakanları idam etmek ve devletin selameti için

teröristlere ve bunların iltisaklılarına da hukukla muamele etmek hukuk devleti olmanın gereğidir. Meşru devleti bu terör örgütlerinden ayıran şey hukuktur. Öte yandan teröristin üstüne gidemeyen, onun belini kırıp yok edemeyen devlet devlet sayılamaz.

Hukuk devleti kendi düşmanlarına bile hukuki güvence vaat eder. İlginçtir! Hukuk devleti en fazla örgütlü, güçlü ve nüfuzlu olanların işine yarar. Sıradan halkın vergi vermek ve askerlik yükümlülüğünü yapmak dışında genellikle hukuk devletiyle işi olmaz. Uzlaşmazlıklarını da etiğin geçerli olduğu sivil alanda çözüme kavuştururlar. Mahkemeye işi düşen halk oradan genelde zararlı çıkar. Ama örgütlü suçlular sıradan halk gibi güçsüz değildir. Kural düzeni her zaman örgütlü ve güçlü olanların lehine işler.

Türkiye’de hukuk devletiyle ilgili sorunlar hukukun içeriğinden çok, hukukun usulü ve uygulamasından kaynaklanmaktadır. Türkiye’de hukukun usulü ve mekanizmasını düzeltmek içeriğini düzeltmekten öncelikli olmalıdır. Türkiye gibi ülkelerde demokratik veya liberal bir Anayasa yapmak imkânsıza yakındır (İba, 2016: 49). Ama hukuku usul ve mekanizma olarak düzeltmek mümkündür. Ütopycıların, retorikçilerin ve maximalistlerin tepkisini göze alarak söylemek gerekirse mekanizma olarak (usuli) hukuk devleti Türkiye’nin önceliği olmalıdır. Kuvvetler ayrılığı, eşitlik, genellik, öngörülebilirlik ve hukukun düzgün kodifikasyonu gibi usuli mekanizmalar olgunlaştırılmalıdır.

3

2011’de Türkiye Büyük Millet Meclisinde kurulan *Anayasa Uzlaşma Komisyonu* Türkiye’de anayasa değişikliğiyle ilgili şimdiye kadar yapılmış belki en ciddi teşebbüstür. Bu komisyon dört partinin eşit temsiliyle kuruldu. Arkasında % 87 gibi yüksek bir katılım oranıyla teşekkül eden bir meclis vardı. Önerilerin kabulü oy birliği şartına bağlandı. Kısaca Komisyonun kurulması, yapısı, işleyiş ve usulü son derece açık, şeffaf ve demokratikti (Barın, 2014: VII, XXIII-XXV & İba, 2011: 49-54). Ama yapılan müzakerelerde dört

faili meçhul cinayetler işlemek bu örfi devlet geleneğinin devamıdır. Böyle bir gelenek hukuk devletiyle tevil edilemez. Bağımsız mahkemelerde yargılanmadan, suç eylemi tespit edilmeden, bu eylemin karşılığı kanun kitabında olmadan ne dini hukuk ne de laik hukuk adına cezalandırılma yapılabilir. Hukuk her şeyden önce usul ve mekanizmadır. Hukuki usul ve mekanizmalar evrenseldir. İslam’a, Roma’ya veya Batı’ya göre değişmez.

partinin temsilcilerinden bazıları federasyonu, bazıları laikliği, Atatürk ilke ve inkılaplarını, bazıları etnik Türk kimliğini bazıları ise başkanlık sistemini müzakerenin olmazsa olmaz şartı yaptı⁹⁴. Neticede komisyonun çalışmaları

⁹⁴ 2011 yılında kurulan *Anayasa Uzlaşma Komisyon* çalışmaları Taylan Barın (2014) tarafından kitaplaştırıldı. Bu kitap partilerin tekliflerini, hangi maddelerde uzlaşıp uzlaşmadıklarını ve hangi konularda direttiklerini açık etmektedir.

Komisyon çalışmalarının olumlu yanı bütün partilerin insan haklarıyla ilgili maddelerde uzlaşmış olmalarıdır. Bir de devletin şeklinin cumhuriyet olduğuyla ilgili 1. Madde de uzlaşmalarıdır (Barın, 2014: 7-8). Diğer yandan insan haklarına tehditler koyan, onları bütünüyle işlevsiz bırakan, hukuki kodifikasyonu bozan maddelerin düzeltilmesinde uzlaşmamışlardır. Oysa anayasa değişikliği liberal özgürlüklere sınırlama getiren anayasanın başlangıç hükümleri ve anayasadaki ideolojik içeriklerinin düzeltilmesi ihtiyacından doğmuştu (İba, 2016: 51).

Bütün partiler liberal anayasadan yana yüksek perdeden konuşmaktadırlar. Ama masaya oturunca söylediklerinin tam zıddına hareket etmektedirler. Partilerin anayasa değişikliğiyle ilgili konuşmalarının bir söylemden / retorikten ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Kamuoyunu meşgul eden popüler tartışma konularıyla ilgili maddelerle ilgili tartışmalar partilerin söylemle eylemleri arasındaki tutarsızlığını gözler önüne sermektedir.

Eğitimin siyasallaşmasının temel sebebi olan ideolojik angajmanından temizlenmesine CHP ve MHP sert bir şekilde karşı çıkmıştır. Başka popüler tartışma konusu ise Diyanet İşleri Başkanlığı (DİB)'nin varlığıdır. İlginçtir! Ak Parti, CHP ve MHP DİB'in kaldırılmasına net bir şekilde karşı çıkmışlardır. CHP ve MHP Diyanetin laik olması ve laikliğe hizmet etmesini emreden anayasa maddesinin aynen kalmasını istemiştir (Barın, 2014:433-434). Her fırsatta Diyanet'in kaldırılmasını diyen CHP'lilerin masaya oturunca *olduğu gibi kalsın* diye direktmesi tevil edilmesi zor bir paradokstur.

Öte yandan anayasa değişikliğiyle ilgili asıl sorun DİB'in kaldırılması veya amaçlarının ne olduğuyla ilgili değildir. Asıl sorun insan haklarının kullanımına koyulan tehditlerdir. İnsan haklarını kadük hale getiren tehditlerin kaldırılmasına dört partiden ikisi net bir şekilde karşı çıkmıştır. Bu partiler CHP ve MHP'dir. Şu kadar ki MHP laiklik, Atatürk İlke ve İnkılapları konusunda daha az, Türk kimliğiyle ilgili konularda ise daha fazla ısrarcı olmuştur. CHP ise Türk kimliği konusunda daha az, insan haklarını sınırlandıran ideolojik içeriğin temizlenmesi konusunda ise daha fazla ısrarcı olmuştur (Barın, 2014: 3,4,8,9,13,18,31,73, 123,124,183,245, 433,434).

Liberal olmayan içeriğin temizlenmesi konusunda Ak Parti ve DEP olumlu tutum takınmış, bu doğrultuda teklifler vermiştir. Ne var ki onların hukuk devletiyle pek az ilgisi olan konularda ısrar etmeleri bu olumlu tutumlarını gölgede bırakmıştır.

DEP komisyon üyeleri çok kimliklik, bölgesel meclisler, halklara özgürlük, federasyon gibi tekliflerde ısrarcı olmuşlardır. Bunları kırmızı çizgileri olarak belirtmişlerdir (Barın, 2014: 4,9,10,13,16,18,20). Oysa ısrar ettikleri konular ne doğrudan hukuk devletiyle ilgili ne de mevcut anayasanın değişmesi gereken asli maddeleriyle ilgilidir. Ayrıca bu teklifler toplum çoğunluğu tarafından kabul edilmeyecek konulardır. Bu maximalist taleplerde direktmek uzlaşma niyetiyle tevil etmeyi zorlaştırmaktadır. Nitekim bu maksimalist talepler uzlaşmaya yardımcı olmamış, aksine kutuplaşmayı artırmıştır.

akamete uğradı. Çalışmaları askıya alındı ve kendisi de lağvedildi (İba, 2016: 49-56,58,59).

Anayasa demokratik yöntemle veya zorla yapılabilir⁹⁵. Anayasayı demokratik yöntemle yapmak onun liberal veya iyi bir anayasa olmasını garanti etmez. Zorla yapılması anayasanın peşinen anti liberal veya kötü bir anayasa olacağını göstermez. Türkiye’de ilk meclisin yaptığı anayasa dışında Cumhuriyetin bütün anayasaları otoriter rejim ve darbeciler tarafından yapılmıştır. Hatta gerçekte ilk anayasa olarak kabul edilen 1961 anayasası

Usül olarak sade, esas olarak liberal teklifler komisyonun Ak Partili üyelerinden gelmiştir. En fazla toplumsal desteğe sahip bir partinin liberal önerilerde bulunması kuşkusuz çok önemlidir. Ancak Ak Partili komisyon üyeleri anayasanın asli sorunları olan özgürlüklere konulmuş tahditler olan ideolojik maddelerin anayasadan temizlenmesi konusunda ısrar etmek yerine, başkanlık sistemine geçilmesiyle ilgili maddelerde ısrarcı olmuşlardır. Başkanlığa geçişle ilgili değişiklikleri kırmızı çizgi olarak belirlemişlerdir (Barın, 2014: 20, 21, 228, 230, 132, 235, 279, 316, 321) Ak Parti komisyon üyelerinin bu tutumu içerikle ilgili olumlu tutumlarını gölgede bırakmıştır. Kamuoyunda bunların derdi anayasa değiştirmek değil, başkanlık sistemine geçmekmiş şeklinde imaj yaratmıştır. Neticede komisyon çalışmalarının akamete uğramasından hemen sonra MHP ile iş birliği yaparak başkanlık sistemine ilişkin düzenlemeleri yapmışlardır.

MHP ve özellikle CHP gibi bürokratik vesayete eklenmiş partilerin liberal anayasadan tavır alacaklarını ummak gerçekçi değildir. Çünkü bunlar mevcut vesayet anayasasından beslenmektedir. Hatta anayasanın başlangıç hükümleri CHP’nin parti tüzüğüne yasalaşmış hali gibidir. Tamamen CHP’nin benimsediği ideolojiyi yansıtmaktadır. Hatta mevcut anayasa CHP parti tüzüğü gibidir. Dolayısıyla CHP’nin anayasa değişikliğini istemesi kendini inkâr anlamına gelecektir. Nitekim kendilerini inkâr etmemiş ve anayasa değişikliğine kararlı bir şekilde hayır demiştir.

Kürtçü siyasal hareket, hedef ve enerjisini Türkiye’den ayrılmaya değil de birlikte kalmaya yöneltse hukuk devletinin gelişmesinde büyük katkı sağlayabilirdi. Çünkü hukuk devleti en fazla ötekileriyle eşit ve özgür bir şekilde yaşamak isteyen bir azınlığın işine gelecektir. Maalesef DEP’li Komisyon üyeleri çok kimliklik, bölgesel meclisler, halklara özgürlük, federasyon gibi toplum tarafından ayrılıkçılık olarak okunacak taleplerde ısrarcı olmuşlardır.

19 Ekim 2011’de başlayan yeni anayasa yapma teşebbüsü yöntem, ortam ve süreç olarak belki Türkiye tarihinin en sahici teşebbüsüydü. Partilerin kendi kırmızı çizgilerinde ısrar etmeleri yüzünden komisyon çalışmaları akamete uğratmış ve 22 Aralık 2013 yılında ise komisyon kendi kendisini lağvetmiştir (Barın, 2014: XXIX & İba, 2016: 54). Komisyon çalışmaları sonucunda görüş ayrılıkların giderilmesinin neredeyse imkânsız olduğu ortaya çıkmıştır (İba, 2016: 58).

⁹⁵ Literatürde zorla yapılan yönteme *hiyerarşik yöntem*, demokratik yöntemle yapılan ise *sözleşmecî yöntem* denmektedir. Bunlara *organik yöntem* adıyla alternatif bir yöntem ilave edilmektedir. Bu yöntem anayasada gösterilen yollarla yapılan yöntem olarak tanımlanmaktadır (İba, 2016: 53).

başbakan asmış darbecilerin yaptırdığı bir anayasadır⁹⁶. Sorun anti demokratik kişilerce ve yöntemle yapılması değil, vesayetçi bürokratik elitin çıkarını halkın çoğunluğuna karşı korumak için yapılmış olmasıdır. İkinci sorun ise usul olarak sıkıntılıdır. Her anlama çekilebilen lastikli maddelerle doludur. Kodifikasyon bakımından bir anayasa bile sayılamaz.

Hukuk devletiyle ilgili Türkiye'nin efektif sorunu hukuki içerik değildir. Sorun hukuk devletinin mekanizma olarak sakat ve uygulama olarak aksak olmasıdır. Şu kadar ki topluma zorla empoze edilen anayasa devletin otoritesini zayıflatmaktadır. Zayıf devlet ise politikaları uygulamada ve toplumu arkasından sürüklemeye etkisiz kalmaktadır (Torun, 2022: 15-16). Toplumla zıtlaşan, hakemlik pozisyonunu kaybeden devlet toplumsal kavgaların tarafı olmaktadır. Toplumsal hiiziplerden biri haline gelmektedir (Mahçupyan, 1998: 46-47). Kısaca devlet devlet olmaktan çıkmaktadır. Eğer hukukun ne olduğundan çok onun usulüne, mekanizmasına ve düzgün işlemesine öncelik verilse belki de yöntem ve içeriğinden kaynaklanan hastalıklar da ıslah edilmiş olacaktır. Kaldı ki toplumsal birlikten ayrılmak isteyenlerle, ortak toplum kurallarını reddedenlerle, kendini ve zümresini imtiyazlı görenlerle, kendi inancını, ideolojisini, kültürünü ve kimliğini bütün topluma dayatanlarla anayasa yapılamaz. Bunların sözleri ciddiye alınamaz. Sonuçta Türkiye mekanizma ve işleyiş olarak hukuk devletine talip olmalıdır. Bunda uzlaşmak zor değildir.

4

Popülist söylemlerin aksine Türkiye'de işleyen bir temsili demokrasi vardır. Robert Dahl'in demokrasi için tespit ettiği somut şartlar Türkiye'de aşağı yukarı bulunmaktadır (Torun, 2014: 23-24). Yüzde 90'lar düzeyindeki sandığa gitme oranı toplumun siyasete katılım iştahını göstermektedir.

⁹⁶ 1961 Anayasası halk oylaması yapılmış ve % 70 ile kabul edilmiştir. Ama öncesinde yüzde ellinin üstünde bir teveccühle halkın seçtiği bir parti kapatılmış ve başbakanı da idam ettirilmiştir. Bu cürmü işleyen askeri yönetim altında, onun saldıgı korku ortamında halk oylaması yapılmıştır. Nitekim başkanı idam edilen ve kapatılan ülkenin en büyük partisi Demokrat Parti yasaklı olduğu için referandumda muhalefet edememiştir. Anayasa taslağını oluşturan kurucu meclisin çoğunluğu askeri vesayetin parçası CHP tarafından oluşturulmuştur. Askeri idarenin emriyle kurdurulan bu kurucu mecliste ülkenin en büyük partisi Demokrat Parti temsil edilmemiştir (Tuğluoğlu, 2019: 136-138). Anayasa taslağı muhalefetin sınırlandırıldığı ve bastırıldığı ortamda kabul edilmiştir. Belki kabul ettirilmiştir demek daha doğru olacaktır.

Demokrasi bir açıdan katılımla özdeştir. Türkiye’de eksik ve zayıf olan hukuk devletidir. Bundan dolayı temsili demokrasinin aşırılıkları dengelenememektedir. Yolsuzluk, liyakatsizlik, adam kayırmacılık gibi adaletsizlikler demokrasinin yokluğundan değil, aşırılığı ve fazlalığından kaynaklanmaktadır. Açıkçası hukuk devletiyle dengelenmeyen demokrasi her türlü lümpenlik ve ahlaksızlığın sebebidir.

Maalesef! Türkiye’de hukuk devletinin sahibi ve taliplisi yoktur. Herkes iktidar değneğine sahip olmak için yarışmaktadır. Türkiye’de iktidar tutkusu kültürel genetikle ilgili olarak kontrol edilemeyen bir dürtü gibidir. Türk Burjuvazisi hukuk devletini sahiplenmez, fırsatını bulunca hemen siyasete angaje olur (Belge, 2000: 84 & Torun, 2008b: 249-253). Siyasetçiyle kurduğu ilişki üzerinden kolay kazanç peşinde koşar. Spor kulüpleri bile siyasete yaslanarak şampiyonluğa ulaşmak ister. Hatta sivillige en fazla yakışacağını umduğumuz tarikat ve cemaatler devlet olmak için adeta fırsat kollar (Torun, 2020). Sıradan halkın ise doğası gereği hukuk devletiyle hiç işi olmaz⁹⁷. Onlar himaye ve kayırılma ister. Zaten hukuk devleti sıradan halka faydalı olsun diye ihdas edilmemiştir. Faydalı da değildir. Hukuktan yararlanmak pahalıdır. Uzmanlık ister. Elit bir networka dahil olmayı gerektirir. Halkın işine sosyal devlet ile demokrasi gelir. Sosyal devlet halk için sobada yakılacak kömür, traktöre koyulacak mazot, hasta ve yaşlısına verilecek ilaç ve paradır. Demokrasi ise çocuğunun işe girmesinde, tayininde ve yükselmesinde tavassut demektir. Devletle ilgili işi ve sorunu olunca gideceği yerlerin başında siyasi partiler gelmektedir. Sıradan halkın hukuk kurumlarıyla ilişkisi *Allah mahkeme kapılarına düşürmesin* kavlinde mesafeli bir ilişkidir.

5

Türkiye’de laik yaşam biçimine ve muhafazakâr hayat tarzına sahip iki büyük sosyolojik kesim vardır (Torun, 2022: 17-19). Bu iki kesim arasından kırık bir toplumsal fay hattı geçmektedir. Cumhuriyetin radikal kültür devrimi bu kırılmalılığı iyice artırmıştır. İlgili ilgisiz her hadise bu fay hattını tetiklemektedir (Torun, 2020: 65-67). Bu iki kesim her vesileyle karşı karşıya gelmektedir. Birbirine alternatif politikaları savunmaktadır. Öte yandan

⁹⁷ Sıradan halktan kastımız orta tabakanın altındaki kalabalık alt tabakadır. Sosyo-ekonomik ve sosyo-kültürel yönden orta tabaka olmamış toplumların hukuk devletine ihtiyacı yoktur. Hukuk devleti orta tabakası olan toplumların efektif ihtiyacıdır.

aralarında asaletten, eğitimden, beceriden, etik ve estetikten ve siyasi kültürden kaynaklanan büyük bir fark yoktur. Bunlar aynı sosyal yapı ve aynı tarihsel geleneğin ürünleridir. Otoriterlik ve patrimonyal siyasal kültür her iki tarafın ortak paydasıdır. Dolayısıyla hangisi öne çıkarsa çıksın, hangisi iktidar olursa olsun otoriterlik ve adam kayırmacılık değişmeyen kötülükler olarak kalmaktadır.

Şerif Mardin'e göre (1995: 240-248) çevrenin zayıf merkezin güçlü olduğu siyasal yapı Osmanlı'dan Cumhuriyet'e aynen intikal etmiştir. İkisi arasında kostümden başka farklılık yoktur (Kadioğlu, 1999: 16,19,21,22,31). Halil İnalçık Osmanlı'da örf-şeriat ilişkisini incelediği eserinde, Osmanlı'nın siyasal düzeninin dini hukuka değil, örfi hukuka dayandığını tespit etmiştir. Siyasal kamusal alanda padişah tasarrufları, yani örf geçerlidir. Bu örfi düzen Cumhuriyet döneminde değişmemiştir, aynen devam etmiştir. Sadece aktörler ve efektler değişmiştir.

Osmanlı siyasal düzeni İslam hukukuna bağlı değil, belki saygılıdır. Sivil alanda diyanetçi olduğu, dini ve dindarları koruyup kolladığı doğrudur. Cumhuriyet'in siyasal elitleri de laik liberal hukuka bağlı değil, belki saygılıdır. Onlar da laikliği ve laikleri koruyup kollamaktadır. Ama her ikisi de hukuka göre değil, hikmet-i hükümete göre hareket etmiştir. Her ikisi de siyasal kamusal alanda hukuku değil, kendi tasarruflarını esas yapmıştır. Karşısına çıkanları biri *zındık*, diğeri ise *gerici* diye yaftalayıp ötekileştirmiştir. Siyasi tasarruflara karşı çıkmak her ikisinde de suç skalasının en üstünde yer almıştır. Mala, cana ve namusa karşı işlenen suçlardan yırtabilirsiniz, ama egemenliği eline geçirmiş olanların iradesine, tasarrufuna, kurdukları düzene ve düzenin kurallarına karşı gelerseniz her duanızı son dua diye yapmalısınız. Bu işleyiş Osmanlı'dan Cumhuriyete aynen intikal etmiştir. Bütün bunlardan rahatsız olan bir toplumsal kesim de yoktur. Kulaklarımızın duyduğu *nerde hukuk devleti* sedaları ya romantik fanatiklerin ya da iktidara gelmek için istismarcı partizanların sesidir. Bu seslerin hakikati yoktur. Bunlar ya ayakları yere basmayan bir ütopya ya da bir retorik (söylem) dir. Nitekim liberal bir anayasa yapma teklifine her iki kesimin tepkisi de aynıdır: *Evet ama.. devlet bizim olacaksa, ..iktidar biz olacaksak, .. devlet bizim ideolojimize hizmet edecekse,*

..*hâkim millet biz olacaksak*,⁹⁸ mealinde koşullu cümleler duyarsınız. Türkiye’de çok az insan ötekiyle eşit ve özgür bir şekilde yaşamak istemektedir.

Laik aydınlara göre Osmanlı şeriatla, muhafazakâr aydınlara göre ise Cumhuriyet laik hukuka göre yönetilmiştir / yönetilmektedir. İki iddia da doğru değildir. İki devlet de siyasi tasarruflara ve hikmet-i hükümete göre yönetilmiştir. Aslolan siyaset ve siyasi tasarruflardır. Türk tarihinin belki ilk hukuk kodifikasyonu olan Mecelle⁹⁹, sırf İslami kaynaklı olduğu için laik aydınlar tarafından değersizleştirilmiştir. Hatta hukuk devletinden geriye gidiş olarak değerlendirilmiştir. Yine muhafazakârlar Jöntürklerin II. Abdülhamit iktidarına karşı *şura ve şeriat isteriz* başkaldırısının bir demokrasi ve hukuk devleti mücadelesi olduğunu kabul etmemişlerdir. Yine milli mücadeleyi yapan

⁹⁸ Osmanlı toplumsal sistemi müslim ve gayri müslim olarak iki sosyolojiye ayrılmıştı. Müslümanlara millet-i hâkime, gayri Müslimlere ise millet-i mahkûme denmiştir (Öğün, 2003:57-73). Devlet hâkim milletin devletiydi. Devlette kadrolaşmak ve devlet nimetlerinden yararlanmak hâkim millete ait bir imtiyazdı. Bu şablon büyük itibarla Cumhuriyete intikal etmiştir (Nişanyan, 1995: 132; Öğün, 2003: 81; Türköne, 2003: 32). Şu kadar ki Batılı laik kesim hâkim millet konumuna yükseltilmiş, dindar muhafazakârlar ise mahkûm konumuna indirilmiştir (Mağçupyan, 1998: 46-47). Ne yazık ki Cumhuriyetin mahkûm milleti Osmanlı’nın mahkûm milletinden dezavantajlıydı. Etyen Mağçupyan (1998: 27,30,31,38) ilgili çalışmasında Osmanlı mahkûm milletinin avantajlarından bahsetmiştir. Bunlar kendi kültür ve kimliklerine göre yaşamak, özel ve sivil alanda kendi hukuklarını uygulamak, askerlikten muaf olmak gibi avantajlardır. Cumhuriyetin mahkûm milletinin ise böyle avantajları yoktu. Siyasal kamusal alandan dışlanmakla kalmamış, sivil alanda da kuşatılmışlardı. Hatta mahkûmiyetin özel alana taşıdığı bile oluyordu. Hangi dilde dua edeceklerine, nasıl ibadet edeceklerine bile karışılabilirdi. Devlet onların değildi ama askerlik yapmak onlar için bir mecburiyetti. Hem de er ve erbaş olarak! Muhafazakâr kimlikleriyle komutan olmaları imkansız yakındı. Öyle ki vesayetçi duyguların kabardığı dönemlerde zorunlu askerlik hizmetini yapan er ve erbaşların annelerinin ve kız kardeşlerinin bile zorla başları açtırılıyordu. Asker annelerine ve kız kardeşlerine başörtüleriyle askerde ziyaretlerine müsaade edilmiyordu. Bu adaletsiz ve merhametsiz sistem 1950’den sonra kırılmaya başladı. Soğuk savaş konjonktüründe daha bir gevşedi. AB müktesebatının kabul edilmesiyle de iyice kırıldı. Bu cürümleri işlemeye müsaade eden hukuki içerikler mevzuatta halen vardır. Şu kadar ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmak, AB müktesebatı ve en üst mahkeme mercii olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ni kabul etmek gibi standartlar vesayetçi anayasanın geçerliğini görece kırmıştır.

⁹⁹ Mecelle Osmanlı’da medeni hukuk alanında hem uygulama hem de kanunlaştırma bakımından ilk örnektir. Hukuk devletinin önemli usullerinden biri öngörülebilirliktir. Öngörülebilirlik ise kanunların düzgün kodifiye olmasını gerektirmektedir. Mecelle Osmanlı’da kodifikasyonun ilk örneğidir. Yapılan Mecelle İslam ülkelerine örnek olmuştur. Osmanlı dağıldıktan sonra birçok ülkede kısmi değişikliklerle yürürlükte kalmıştır (Aydn, 2003 & Hadduri, 2000: 273).

demokratik meclisin lağvedildiğini, yerine antidemokratik bir meclisin kurulduğunu, kuvvetler birliğinin benimsendiğini, istisnai mahkemelerle hukuksuz infazların yapıldığını cumhuriyetin laik aydınları hep tevil etmiştir. Hatta darbeyle devrilip idam edilen seçilmiş başbakanı baskıcı, onları zulümle idam edenleri ise demokrat ilan etmişlerdir. Muhafazakâr aydınlar ise usul itibarıyla Batılı hukuk taklit edildi diye mecelleyi sahiplenmemişlerdir. Yine Türkiye'nin ilk düzgün anayasası sayılabilecek 1961 Anayasasına hak ettiği değeri vermemişlerdir. Çünkü bu anayasayı laikler yapmıştır ve laik içeriklidir! Yine temsili sistem içinde çoğunluğa dayanarak kazandıkları iktidarı hak hukuk dinlemeden kullanmışlardır. Bilgiye değer vermemiş, istişare etmemiş, emaneti ehline vermemiş ve adaletle hükmetmemişlerdir. Devletin malına, makamına ve mevkisine yağmalanacak ganimet gözüyle bakmışlardır. Yaptıklarından sorumluluk hissetmemiş, kendilerine verilen haksız emirleri sorgulamamış ve başarısız olunca istifa etmeyi asla düşünmemişlerdir.

Öte yandan bütünüyle enseyi karartmaya da gerek yoktur. Türkiye ve Osmanlı her zaman Batı ile yakın ilişki içinde olmuştur. Dolayısıyla oradaki gelişmelere bütünüyle bigâne kalmamıştır. Bu yakınlık medeniyete sırtını dönmeyi engellemiştir. Hukuk devletiyle ilgili gelişmeler bu bağlamda değerlendirilmelidir. Dolayısıyla yukarıdaki pesimist eleştirileri esneterek okumak gerekebilir.

6

Batı'da 17.yy'da ortaya çıkan güçlü monarşiler Osmanlı coğrafyasında eskiden beri vardı. Osmanlı devleti bütün nesebi, dini, siyasi ve ekonomik baskı guruplarını yok ederek ya da bağımlılaştırarak iktidarı merkezileştirmişti. Bu, Osmanlı siyasi sisteminin temel vasfıydı. Osmanlı devleti Makyavel, Bodin ve Hobbes'un yücelttiği Montesquieu'nün ise yerdığı güç tekeline devlette toplamakla kalmamış, aynı zamanda hukuk ideasına sahip olmuştur (İnalçık, 2005 & Ökçesiz, 1998b: 56). Bu idea dini hukuktur. Örfi hukuk (yani padişah fermanları) ilke olarak İslami hukuka aykırı olamazdı. Dini hukuk, liberal özgürlükler gibi üst norm işlevi görmekteydi (Yurtseven, 2019: 19-20). Dini hukuku, başının şeyhülislam olduğu müftülük makamı temsil etmekteydi¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Bu sebeplere dayananlar Osmanlı devletini ılımlı polis devleti (ılımlı despotizm) olarak tanımlamışlardır (İnalçık, 2005: 39-54).

Öte yandan siyasal düzene şekil veren dini hukuk değil, örfi hukuktur. Dini hukuk büyük itibarla özel hukuk alanında geçerliydi. Kamu hukuku olarak padişah örfü / fermanı geçerliydi. Kamu uyuşmazlıkları dini hukuka göre çözümlenmemekteydi.

Osmanlı *örf ile dini hukuk* dengesi yapı olarak Cumhuriyet dönemine aynen intikal etmiştir. Şu kadar ki padişahların örfü bürokratik elitlerin örfüyle, dini hukuk ise liberal özgürlüklerle yer değiştirmiştir. Aktörler değişmiş ama yapı aynen kalmıştır. Bürokratik elitlerin örfü anayasanın birincil nitelikli maddelerinde; büyük itibarla başlangıç hükümlerinde ve ilk maddelerde kodlanmıştır. Bunlar bürokratik elitin tasarruflarını yansıtmaktadır. İnsan haklarıyla ilgili maddeler ise bu maddelerden daha sonra gelmekte ve ikincil konumda yer almaktadır. İnsan haklarının kullanımı başlangıçtaki maddelere ve bürokratik elitlerin kurduğu düzene aykırı olmamak şartına bağlanmıştır. Anlaşılabileceği üzere anayasanın başlangıç hükümleri ve ilk maddeler Osmanlı'daki örf mesabesinde, insan hakları ise Osmanlı'daki dini hukuk konumundadır. Padişahların fermanları bürokratik elitlerin fermanına, dini hukuk ise liberal hukuka evrilmiştir. Ama örf ile hukuk arasındaki denge yapı olarak aynı kalmıştır¹⁰¹. Hikmet-i hükümet ile hükümet tasarrufları siyasal sistemin temel vasfı olagelmıştır.

Padişahlar kritik kararlarında şer'i hukuka uymamışlardır. Aksine Şer'i hukuku kendi iradelerine uydurmuşlardır. Zaten kuvvetler ayrılığı gibi usuli mekanizmalar da yoktu. Mahkemeler bağımsız değildi. Yargıçlar padişaha karşı korumasızdı. Padişah fermanına / tasarruflarına direnen Şeyhülislamla hadleri bildirilmiş, ileri gidenler ise idam edilmiştir (İnalçık, 2005: 27 vd). Arkalarından ağlayanı bile olmamıştır. Bütün bunlara rağmen Osmanlı'da hukuk devletiyle ilgili temel eksiklik burjuva sınıfının yokluğu¹⁰² ile kuvvetler

¹⁰¹ Mevcut anayasalar bürokratik vesayeti tahkim etmektedir. İnsan haklarıyla ilişkisi saygılı olmakla sınırlıdır. Asıl amaç bürokratik vesayetin iktidarını güçlendirmektir. Konuyla ilgili Bkz. (İba, 2016: 51 & Bozkurt, 2017: 300-301).

¹⁰² Batıcı aydınlar Batı dünyasının üstünlüğüne yönelik hegemonik düşüncenin etkisiyle hukuk devletinin oluşmamasında İslam dinini sorumlu tutmaktadırlar (Doğan, 2011). Bu hegemonik düşünceye göre eğer hukuk ilkeleri Tanrı icadı değil de insan icadı olsaydı sultanlar bu ilkeye otomatikman uyacaklardı. Nitekim cumhuriyetin organik aydınları, hukukun laikleşmesiyle otomatik olarak hukuk devleti geçileceğini sanmışlardır. Oysa Halil İnalçık'a göre (2005) Osmanlı örfi düzeni Cumhuriyetle değişmemiş, aynen devam etmiştir. Osmanlı'nın dini hukuka saygılı keyfi ve cebri yönetimi, Cumhuriyet döneminde laik hukuka saygılı keyfilik ve cebrilikle yer

ayrılığı gibi hukuk mekanizmalarının olmamasıdır. Bu işleyiş Cumhuriyet döneminde de değişmemiştir. Türkiye’de hukuk devletiyle ilgili savsaklanan ve ihmal edilen şey hukuki usul ve mekanizmalardır.

Batı’da hukuki ilkeler vaz edilmekle yetinilmemiş, aynı zamanda kuvvetler ayrılığı, bağımsız mahkemeler, anayasacılık, genellik, eşitlik, geçmişe yürümeme ve öngörülebilirlik gibi mekanizmalar ihdas edilmiştir. Hukuk devletini işlevsel kılan şey hukuki ilkeler değil, aksine hukuki mekanizmalardır. Zaten liberal özgürlükler aydınlanmacı düşünürler tarafından keşfedilmemiştir. Yarı dini yarı felsefi orta çağ skolastizminden iktibas edilmiştir (Anayurt, 2021: 66) Orta çağda ilahi hukuk ve / veya ilahi düzen olarak adlandırılan ilkeler liberaller tarafından manevi bağlarından koparılarak laikleştirilmiştir. Hasılı hukuk devleti burjuva sınıfının omuzlarında ve hukuki mekanizmalar sayesinde hayat bulmuştur. Osmanlı’nın başaramadığı, modern Batı’nın ise başardığı şey buydu (Gözler, 2019).

Öte yandan Osmanlı seçkinleri de bir yandan Kanun-i Esasi ve Mecelle, diğer yandan meşrutiyet mücadelesi vermekteydi (Yurtseven, 2019: 19-27). Gelişmeler gecikmeyle de olsa takip edilmekteydi. Bu takip ne Osmanlı’nın ve ne de Cumhuriyetin ideolojik tercihleri yüzünden akamete uğramıştır. Temel sorun, burjuva sınıfının eksikliğidir. Şu kadar ki sonradan modernleşen ülkelerin hiçbirinde burjuva sınıfı yoktu. Bu sınıf bürokratik elitlerin elinde sonradan büyüyüp gelişti. Bürokratik elitler burjuvanın gelişmesi için kuluçkalık işlevi gördü (Öniş-Türem, 2001: 22-26). Nitekim iki marjinal örnek dışında sonradan modernleşen bütün ülkeler bürokratik elitlerin koruma ve kollaması altında modernleşmiştir (Chang, 2015: 47). Almanya bile sonradan modernleşen bir ülkedir¹⁰³. Almanya burjuvazisi de bürokratik elitlerin koruma ve kollamasında büyüyüp gelişmiştir. Bu nedenle Almanya’da bürokratik

değiştirmiştir. Mardin (1995:240-248) de Cumhuriyet’in siyasi yapısının Osmanlı’ya aynen intikal ettiğinde hemfikirdir. Türkiye’de hukuk devletinin gelişmesinde kritik sorun hukuki içerik değildir. Kritik sorun, burjuva sınıfının ve hukuki mekanizmaların yokluğu ve eksikliğidir.

¹⁰³ Hayek ilginç bir şekilde Prusya Almanya’sının hem polis devleti olarak tanımlandığını hem de hukuk devletinin gelişiminde uygun iklim oluşturduğunu söylemiştir. 18.yy Prusya’sını ılımlı (aydınlanmış) despotizm olarak tanımlamaktadır. Mesela II. Frederick’in 1751’de gerçekleştirdiği hukuki kodifikasyonu hukuk devletinin gelişiminde önemli katkılar olarak görülmektedir. O, Prusya için olumsuz nitelenen despotizmin daha çok 19.yy dönemi için söz konusu olduğunu belirtmiştir (Hayek, 2008: 64-65 & Sancar, 2005: 54)

elitlerin yönetimi *aydınlanmış despotizm* olarak adlandırılmıştır (Sancar, 2005: 54). Türk bürokratik elitleri ise modernliğin dış görünümüne, Kadioğlu'nun deyimiyle modernliğin kostümüne takılmışlardır. Bu kostüme bakarken modernleşme trenini her defasında kaçırmışlardır. Kadioğlu (1999: 16, 19, 21, 22, 31) Cumhuriyet dönemi Türk modernleşmesini kostüm modernliği olarak adlandırmaktadır.

Türkiye'de hukuk devletinin kurumlaşması veya gelişmesiyle ilgili efektif çözüm, mekanizma olarak hukuk devletini incelemektir. Bununla kuvvetler ayrılığı, eşitlik, genellik, öngörülebilirlik, hukukun kodifikasyonu, mahkemelerin bağımsızlığı, yargılama süreçlerinin kısaltılması, hakimlerin duruşma ve dosyaya ayırdığı zamanın artırılması gibi usul ve mekanizmalar kast edilmektedir. Kuşkusuz eşitlik ve özgürlük temelinde bir anayasanın yapılması istenmelidir. Ancak rasyonel bireyler kabul edilmesi mümkün duada bulunur.

Toplumsal ve siyasal uzlaşmayla içerik bakımından düzgün bir anayasa pekâlâ yapılabilir. Bu, farklı toplumsal kesimlerin ve onları temsil eden siyasi aktörlerin öne sürdükleri olmazsa olmazlarından vazgeçmelerine bağlıdır. Vazgeçmek ise özgürlük ve eşitlik temelinde ötekiyle birlikte yaşamayı içine sindirmekle mümkündür. Ötekiyle birlikte yaşamak istemeyenlerin, eşit ve özgürlüğü içine sindiremeyenlerin, üstünlük ve imtiyaz taleplerinden vazgeçmek istemeyenlerin anayasa talebi sahici değildir. Böyle ortamda düzgün hukuki içeriğe sahip bir anayasa yapılamaz. Yapılsa da ihmal ve istismar edilir. Akim kalır. Ama içerik olarak hukuk devleti yerine usuli olarak hukuk devletinin peşinde koşmak hem efektif bir talep hem de efektif bir ihtiyaçtır.

KAYNAKÇA

- Acar, M. (1993). İslâm, Protestanlık ve Modern Kapitalist Gelişme. *Bilgi ve Hikmet*, 4, 105-108.
- Ağaoğulları, M. A., C. B. Akal, L. Köker (1994). *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*. Ankara: İmge
- Anayurt, Ö. (2021). *Hukuka Girişi ve Hukukun Temel Kavramları* (21. Baskı). Ankara: Seçkin.
- Aron, R. (1989). *Sosyolojik Düşüncenin Evreleri* (2. Baskı). K. Alemdar (Çev.). Ankara: Bilgi
- Aslan, A. (2002). *Felsefeye Giriş* (7. Baskı). Ankara: Vadi
- Atay, E. E. (2020). *Hukuk Başlangıcı* (8. Baskı). Ankara: Gazi
- Atkinson, S. (2017). *Sosyoloji Kitabı*. S. Atkinson (Ed.). T. Göbekçin (Çev.). İstanbul: Alfa.
- Aydın, M.A. (2003). Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye. *TDV İslam Ansiklopedisi*. <https://islamansiklopedisi.org.tr/mecelle-i-ahkam-i-adliyye> Er.tarihi 04.09.2024.
- Başgil, A. F. (1945). *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*. Cilt I, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti.
- Barın, T. (2014). *Türkiye'nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi*. İstanbul: On İki Levha.
- Bezci, B. (2006). *Karl Schmitt'in Politik Felsefesi*. İstanbul: Paradigma.
- Bielefeldt, H. (2008). Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik. Yüksel Metin (Çev.). *Hukuk Devleti içinde* (s. 271-291). A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük (Ed.). Ankara: Adres.
- Bingham, L. (2011). Hukuk Devleti. *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*. 2 (3), 41-61
- Bozkurt, F. D. (2017). Türkiye'nin Sivil Anayasa İhtiyacı, Yayınlanmamış Yüksek Doktora Tezi. Danışman: Prof.Dr.Ali Şafak Balı, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara.
- Chang, Ha-J. (2015). *Sanayileşmenin Gizli Tarihi* (6. Baskı). E Akçaoğlu (Çev.). Ankara: Efil.
- Çağlayan, R. (1998). Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2 (1), 41-54.

- Çiğdem, A. (2015). *Bir İmkân Olarak Modernite: Weber ve Habermas* (5. Baskı). İstanbul: İletişim.
- Çil, S. (2019). *Hukuk Devleti Demokrasi İkilemi*. Ankara: Astana.
- Çoban, A. R. (2008). Giriş. *Hukuk Devleti* içinde (s. 11-19). A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük (Ed.). Ankara: Adres.
- Doğan, N. (2011). Patrimonyal Kavramına Eleştirel Bir Yaklaşım. *Liberal Düşünce*. 16 (64), 161-184.
- Dworkin, A. (2008). Siyasi Yargıçlar ve Hukuk Devleti. Kerem Altıparmak (Çev.). *Hukuk Devleti* içinde (s. 295-322). A.R.Çoban, B. Canatan, A. Küçük (Ed.). Ankara: Adres.
- Erdoğan, M. (2017). *Anayasal Demokrasi*. Ankara: Siyasal.
- Erdoğan, M. (2012). Hikmet-i Hükümetten Hukuk Devletine Yol Var Mı?. *Doğu Batı Dergisi* (3. Baskı). (13). Ankara, 47-59.
- Erdoğan, M. (03.11.2003). Türkiye'nin Siyasi Rejimini Tanımlamak. *Tercüman Gazetesi*
- Erdoğan, M. (2000a). *Demokrasi Laiklik, Resmî İdeoloji* (2. Baskı). Ankara: Liberte.
- Erdoğan, M. (2000b). 1982 Anayasasında Din Özgürlüğü. *Liberal Düşünce*. 18. Sayı, 109-117.
- Evrans Topuzkanamış, Ş. (2014). Anayasalar Yoluyla Toplum Tasarımı Ve İnşası: Anayasaların Gerçek Sahipleri ve Anayasacılık Süreçlerinde Birey. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. (16), 4989-5010.
- Erkıpçak, A. E. (2020). Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Şafak Evran Topuzkanamış. İzmir.
- Giddens, A. (2013). *Sosyoloji* (Gözden Geçirilmiş 5. Baskı). C. Güzel (Çev.). İstanbul: Kırmızı.
- Gözler, K. (2019). *İslam Hukukunun Değeri: İslam Hukuku, Batı Hukukuna Alternatif Olabilir mi*. www.anayasa.gen.tr/islam-hukuku.htm, Er.tarihi 30.09.2024.
- Gözler, K., G. Kaplan (2013). *İdare Hukuku Dersleri* (14. Baskı). Bursa: Ekin.
- Gözübüyük, Ş. (2003). *Anayasa Hukuku Güncellenmiş* (12. Baskı). Ankara: Turhan.

- Habermas, J. (2023). *Öteki Olmak ve Ötekiyle Yaşamak: Siyaset Kuramı Yazıları*. (11. Baskı). İ. Aka (Çev.). İstanbul: YKY.
- Habermas, J. (2008). Hukuk Devleti ve Demokrasi Arasındaki İçsel İlişki. B. Canatan (Çev.). *Hukuk Devleti* içinde (s. 259-268). A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük (Ed.). Ankara: Adres.
- Hadduri, M. (2000). *İslam'da Adalet Kavramı*. S. Ayaz (Çev.). İstanbul: Yöneliş.
- Hakyemez, Y. Ş. (2007). Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması. *Anayasa Yargısı*. 23 (1), 525-568.
- Hayek, F. A. von. (2008). Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti. S. Gültekin Göktolga ve A. R. Çoban (Çev.). *Hukuk Devleti* içinde (s. 41-116). A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük (Ed.). Ankara: Adres.
- Huber, E. R.(1970). Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet. Tuğrul Ansay (Çev.) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (3-4), 27-51.
- İba, Ş. (2016). Türkiye'de Yeni Anayasa Arayışları ve Parlamentonun Rolü. *Yasama Dergisi*. (34), 47-61.
- İnalçık, H. (2005). *Osmanlıda Devlet, Hukuk, Adalet*. (2. Baskı). İstanbul: Eren.
- Kaboğlu, İ.Ö. (2012). *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel esaslar*. (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı). İstanbul: Legal.
- Kadioğlu, A. (1999). *Cumhuriyet İradesi–Demokrasi Muhakemesi*. İstanbul: Metis.
- Karaman, L. M. (1997). Sivil Toplum-Siyasi Toplum İkilemi Ekseninde Cumhuriyet Türkiye'sine Bir Bakış. *Cumhuriyet, Demokrasi ve Kimlik Araştırma Dizisi*. N. Bilgin (Der.). İstanbul: Bağlam.
- Karayalçın, Y. (1998). Hukukun Üstünlüğü: Kavram. Bazı Problemler. *Hukuk Devleti* içinde. H. Ökçesiz (Ed.). İstanbul: Afa.
- Kaya, S.B. (2019). Modern Hukukun Belirlenmesi Serüveni Üzerine Bir Deneme. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 31(140), 9-42.
- Keyman, E. F. (2005). Kamusal Alan, Sivil Toplum ve Demokrasi. *Sivil Toplum ve Demokrasi* içinde (s. 99-122). L. Sunar (Ed.). İstanbul: Kaknüs.

- Köni, H., & Torun, İ. (2013). Muhafazakârlık Olgusu ve Amerika-Türkiye Örneklerinde Dini Muhafazakârlık. *Muhafazakâr Düşünce Dergisi*, 10 (38), 181-209.
- Küçük, A. (2008). Hukuk Devleti Kavramı ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti. *Hukuk Devleti içinde* (s. 351-454). A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük (Ed.). Ankara: Adres.
- Küçükali, K., H. Akbaş (2016). Bir Haklılaştırma Zemini Olarak Doğal Hukuk. *MSKU Eğitim Fakültesi Dergisi*, 3 (S1). 64-73.
- Kuzu, Burhan (2001). "Hukuk Devleti ve Hukuk Zihniyeti" *Akdemik Araştırmalar Dergisi*. (11), 1-12.
- Mahçupyan, E. (1998). Osmanlı'dan Günümüze Parçalı Kamusal Alan ve Siyaset. *Doğu Batı*. (5). 21-48.
- Mardin, Ş. (1995). *Türkiye'de Toplum ve Siyaset Makaleler 1*. (5. Baskı). İstanbul: İletişim.
- Marmor, A. (2008). Hukuk Devleti ve Sınırları. S. Gültekin Göktolga (Çev.). *Hukuk Devleti içinde* (s. 169-207). A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük (Ed.). Ankara: Adres.
- McCormick, J.P. (2015). Weber, Habermas ve Avrupa Devletinin Dönüşümü. F. B. Aydar (Çev.). İstanbul: İş Bankası.
- Nişancı, E. (2000). Geleneksel Patrimonyalizmden Neo-Patrimonyalizme; Bir Modernleşme Denemesi ve Bu Bağlamda Türk Düzenleyici Otoritesine Bir Bakış. (Yayınlanmamış doktora tezi). Sakarya Üniversitesi / Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya.
- Nişanyan, S. (1995). Kemalist Düşüncede Türk Milleti Kavramı. *Türkiye Günlüğü*. (33). 127-141.
- Öğün, S.S. (2003). Türk Milliyetçiliğinin Hâkim Millet Kodunun Dönüşümü. *Türkiye Günlüğü*. (75), 53-85.
- Ökçesiz, H. (1998a). Hukuk Devleti. *Hukuk Devleti içinde* (s. 17-34). H. Ökçesiz (Ed.). İstanbul: Afa.
- Ökçesiz, H. (1998b). Hukuk Devleti Olgusu. *Hukuk Devleti içinde* (s. 44-56). H. Ökçesiz (Ed.). İstanbul: Afa.
- Öktem, N. M. (1991). Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı. *Anayasa Yargısı Dergisi* (8). 265-289.
- Öktem, N. M. (1988). *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*. İstanbul: Beta

- Öktem, N. M., M. T. ÖZ, (1987). *Maimonides ve Hukuk Felsefesi*. 52 (1-4), 509-557.
- Öniş, Z. & U. Türem (2001). Entrepreneurs, Democracy and Citizenship in Turkey. *Comparative Politics*, 34(4), July. <http://portal.ku.edu.tr/~zonis/EntDemCit.pdf>; Erişim tarihi 16.05.2008
- Özel, M. (1993). *Kapitalizm ve Din*, İstanbul: Ağaç.
- Özbudun, E. (2003). *Türk Anayasa Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 7. Baskı). Ankara: Yetkin.
- Raz, J. (2008). Hukuk Devleti ve Erdemi. B. Canatan (Çev.). *Hukuk Devleti* içinde (s. 149-166). A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük (Ed.). Ankara: Adres.
- Rosenfeld, M. (2008). Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti. A. R. Çoban (Çev.). *Hukuk Devleti* içinde (s. 211-255). A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük (Ed.). Ankara: Adres.
- Sancar, M. (2005). Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı Güvencesi mi. *Demokrasi ve Yargı* içinde (s. 44-57). O. Ergül (Ed.). Ankara: Türkiye Barolar Birliği.
- Sancar, M. (2014). *Devlet Akıllı Kıskaçında Hukuk Devleti*. İstanbul: İletişim
- Schmitt, C. (2008). Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri. B. Canatan (Çev.). *Hukuk Devleti* içinde (s. 119-145). A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük (Ed.). Ankara: Adres.
- Soysal, M. (2011). *Anayasaya Giriş* (3. Baskı). İstanbul: İmge.
- Synowich, C. (2008). Ütopya ve Hukuk Devleti. A. R. Çoban (Çev.). *Hukuk Devleti* içinde (s. 325-345). A.R.Çoban, B. Canatan, A. Küçük (Ed.). Ankara: Adres.
- Tanör, B., N. Yüzbaşıoğlu (Tarihsiz) *1982 Anayasası'na göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: YKY.
- Timur, T. (2008). *Habermas'ı Okumak* (2. Basım). İstanbul: Yordam.
- Torun, İ. (21.05.2024). Başkanlık Sistemi ve Yerleşik Devletin Yeniden Dirilişi. Akademik Akıl. <https://www.akademikakil.com/baskanlik-sistemi-ve-yerlesik-devletin-yeniden-dirilisi/ishaktorun/> Er.Tar. 14.09.2024
- Torun, İ. (2022). *Siyasal Tutumlar ve Yerli Otomobil Tercihi: Türkiye Örneği*. Ankara: Orion.

- Torun, İ. (2020). Tarikat ve Cemaatlerin Siyasetle İlişkisi. *Balkan Sosyal Bilimler Dergisi*. 9 (17), 83-94.
- Torun, İ. (04.12.2018). Kaşıkçı Cinayeti Suud ve Terör Devleti. Yeni Şafak. Er. Tar. 10.10.2024, <https://www.yenisafak.com/dusunce-gunlugu/kasikci-cinayetisuud-ve-teror-devleti-3412909>
- Torun, İ. (2014). *Türkiye'nin Siyasallaşmış Sosyal Sorunları*. Ankara: Nobel.
- Torun, İ. (2008). Max Weber'de İktisadi Zihniyetin Rasyonalizasyonu. *Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*. 9 (15), 15-34.
- Torun, İ. (2008b). Cemaatten Kitleye, Kitleden Örgütlü Topluma: Türkiye'de Cumhuriyet ve Demokrasi. *Cumhuriyetçilik içinde (229-269)*. N. Tok (Ed.). Ankara: Orion
- Torun, İ. (2003). Max Weber'de İktisadi Gelişme Düşüncesi. İstanbul: Okumuş Adam.
- Troper, M. (2005). Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi. *Demokrasi ve Yargı içinde* (s. 12-24). O. Ergül (Ed.). Ankara: Türkiye Barolar Birliği.
- Türköne, M. (2003). Milli Devlet-Laiklik-Demokrasi. *Türkiye Günlüğü*. (75), 32-52.
- Tuğluoğlu, F. (2019). 1961 Anayasa Referandumunu ve DP Tabanı. *Gazi Akademik Bakış Dergisi*. 12 (24), 135-162
- Ülgener, S.F. (1981). İktisadi Çözülmenin Ahlâk ve Zihniyet Dünyası (Gözden Geçirilmiş 2. Baskı). İstanbul: Der.
- Uygun, O. (2022). Hukukun Üstünlüğü İlkesi. *YÜHFD*, Cilt: XIX, Özel Sayı, 521-558.
- Vergin, N. (2020). *Siyasetin Sosyolojisi* (9. Baskı). İstanbul: Doğan Kitap.
- Weber, M. (1985). Protestan Ahlâk ve Kapitalizmin Ruhu. Z. Aruoba (Çev). İstanbul: Hil.
- Weber, M. (1993). *Sosyoloji Yazıları* (3. Baskı). T. Parla (Çev.). İstanbul: Hürriyet Vakfı.
- Yayla, A. (2012). Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler. *Liberal Düşünce* (66). 13-22.
- Yıldız, H. (2014). Hukuk Devletinin Gelişim Sürecinde Mülk Devleti ve Polis Devletinin Yeri. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 15 (2), 211-230.
- Yükselbaba, Ü. (2012). *Habermas ve Kamusal Alan: Burjuva Kamusal İlkesinden, İletişimsel Kamusalılığa Geçiş*. İstanbul: XII Levha.

Yurtseven, Y. (2019). Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi. *Karşılaştırmalı Hukukta Hukuk Devleti İlkesi ve Yansımaları*. Sempozyum. Antalya, 19-27.

ÖZGEÇMİŞ



1970 yılında Artvin Yusufeli’nde doğdu. Lisansını Gazi Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü’nde, yüksek lisansını İnönü Üniversitesi İktisat Anabilim Dalında, doktorasını Sakarya Üniversitesi Sosyoloji Anabilim Dalında tamamladı. Doçentlik payesini sosyoloji bilim dalında 2011 yılında aldı. Doçentlik sonrasında multidisipliner ekseninde çalışmalar yürüttü. Üniversitelerin iktisat, sosyoloji, sosyal bilimler öğretmenliği, siyaset bilimi ve kamu yönetimi gibi çeşitli bölümlerinde görev yaptı. Eğitim ve araştırma amacıyla yaklaşık birer yıl Almanya ve Kırgızistan’da bulundu. Yine yaklaşık bir yıl Deha Eğitim ve Danışmanlık adlı özel bir şirkette çalıştı. Danışmanlık şirketi çatısı altında çeşitli araştırma ve eğitim projelerinde rol aldı. Halen Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi bölümünde görev yapmaktadır.

Ekonomi - sosyoloji, eğitim - sosyoloji, eğitim -siyaset, toplum-siyaset ve din-siyaset konularında disiplinler arası çalışmalar yürüttü. Yayımlanmış çok sayıda kitap, makale ve bildirisi vardır. Ulusal gazete ve editoryal dergilerde makale ve deneme yazmaktadır.

Evli ve üç çocuk babasıdır.

Hukuk devleti burjuvanın önce kilise ve aristokrasiye, daha sonra despotizme (polis devletine) karşı verdiği mücadelenin bir aracıdır. Amacı sayılan güçlerden canlarını, girişim özgürlüklerini ve mülkiyetlerini korumaktır. Bu amacın ideolojik meşrulaştırmasını liberal aydınlar üstlenmiştir. Burjuva çıkarlarını eşitlik ve özgürlük gibi afilli adlarla yüceltmişlerdir. Binaenaleyh fırsat eşitliği imkân eşitliği olarak, negatif özgürlük ise pozitif özgürlük olarak değerlendirilmemelidir. Yani imkânınız yoksa yarışa katılamazsınız. Ödülü alanların sevincini de kıskanamazsınız.

Bütün mücadelelerin sonucunda burjuvanın çıkarları, aydınların ise özgürlük istekleri gerçekleşmiştir. Onların açtıkları yollar kuşkusuz başkalarına da yaramıştır. Başka gelişmeleri de tetiklemiştir. Ancak hukuk devletinin her yerde, her durumda ve herkes için faydalı olduğu doğru değildir. Nitekim böyle olmadığı için önce tarihçi okul mensupları, sonra marxistler, daha sonra demokrasi yanlılarının ve farklı kimlik talep edenlerin saldırısına maruz kalmıştır. Sonuçta değişikliğe uğramış ve giderek eski önemini yitirmiştir. En son demokrasiyle birleşerek istiklalietini bütün bütün kaybetmiştir. Günümüzde onunla olan birlikteliği de şiddetle sorgulanmaktadır.



ISBN: 978-625-367-907-1