

İKTİDAR VE YARGI İLİŞKİLERİ SORUNU

THE PROBLEM OF POWER AND JUDICIARY RELATIONS

Yakup Levent KORKUT*

Semih Batur KAYA**

Özet: İktidar bulunduğu ortamda hacim genişletmeye eğilim gösterir. Bu yönüyle iktidar hak ve özgürlükler üzerinde potansiyel bir tehlike gösterir. Dolayısıyla iktidar ve yargı ilişkileri insan hak ve özgürlükleri için hayati bir önem taşımaktadır. İktidarın belirlenmesi, tanımlanması ve sınırlandırılması sürecinde yargı iradesi demokratik hukuk devletinde olmazsa olmaz şarttır. Demokratik hukuk devletinin karakterini belirleyen esas etken bağımsız ve tarafsız bir yargı iradesidir. Zira iktidarın denetlenmesi ve dengelenmesi sürecinde yargı iradesi hayati bir rol oynamaktadır. Şu halde bağımsız ve tarafsız bir yargı iradesi burada iktidar karşısında konumlanan bir özne olarak ortaya çıkmaktadır. Bu özne bir yandan iktidar öznesini dengelerken diğer yandan iktidarı denetleyerek özneler arasında en önemli işlevi görmektedir.

Anahtar Kelimeler: İktidar, Bağımsız ve Tarafsız Yargı, Kuvvetler Ayrılığı, Hukuk Devleti, Çoğulcu Demokrasi

Abstract: Power, particularly political power constitutes the biggest threat on rights and freedoms of individuals and communities and on the democratic governance. Monopoly and singularity of power and using force makes political power a potential danger on individuals and relations between them and state. Several tools are developed to avoid this kind of situation to a certain extent. Adventure of limitation, identification and finally definition of political power and in general power is an expression of that kind of effort. Constitutionalism and a series of values developed with this effort, separation of Powers, state of law, pluralist democracy and control of political power can be concrete evidences of that effort. Democratic and Judicial control are vital tools forensuring the consistency of limited, identified and defined political power.

Keywords: Power, Independent and Impartial Justice, Separation of Powers, Law State, Pluralistic Democracy

* Dr. Öğretim Üyesi

** Arş. Gör.

Giriş

Tahsin Yücel'in Gökdelen adlı romanında roman kahramanı ünlü bir avukat olan Can Tezcan bulunduğu bir duruşmayı terk eder ve iktidar yargı ilişkilerinden ve yargının yozlaşmışlığından şu şekilde yakınır: "Benim gençliğimde arkadaşlarımız herkesin gözü önünde öldürülür, ama suçlu hiçbir zaman bulunamazdı. En yakın arkadaşlarımdan Tufan da böyle gitti, gazeteler bir adamın Tufan'a bir buçuk metreden ateş edişini gösteren fotoğrafı kaç gün üst üste birinci sayfalarında yayımladılar, gene de bulunamadı adam, yargı da fotoğrafın tek başına kesin kanıt oluşturamayacağı kanısına vardı. Ama şimdi yaklaşım değişti, hükümete ters düşen kişilerin varını yoğunu ellerinden alıp kendilerini içeri atıyorlar. Her şeyi özelleştirdiklerine göre, yargıyı da özelleştirseler bari, bundan daha iyi olur, daha kötü olmaz".¹

Edebiyatın tüm karanlık yüzleri iktidarı anlatmak için hafif kalır. Kimi zaman baba otoritesi, kimi zaman toplumsal baskı kimi zaman da siyasal bir görünüm biçimi kazanabilen iktidar kendine özgü adeta bir yaşam rejimi kurgular. Bu yaşam rejiminde bireylerin tek güveneceği liman yargı iradesidir. Aksi halde bireyi korku ve karanlık ortamı beklemektedir. Kafka Dava adlı romanına şu cümleyle başlamaktadır: Joseph K. iftiraya uğramış olmalıydı, zira kötü bir şey yapmadığı halde bir sabah tutuklandı. İşte bağımsız ve tarafsız bir yargının olmadığı bir durumda iktidarın yaşam rejimi içerisinde herkes potansiyel Joseph K. halini alır. Zira bağımsız ve tarafsız bir yargının olmadığı zaman hiç kimsenin canı, malı, hak ve özgürlükleri güvende değildir. Bu durumda kimse anlam dünyasını, bir diğer ifade ile kendini yaşam pratiğine dökemez, gerçekleştiremez.

İşte çalışma bu doğrultuda iktidar ve yargı sorunlarını işlemektedir. Bu çalışmada kuvvetler ayrılığının önemi özellikle yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerinden incelenmeye çalışılmıştır. İktidarın belirlenmesi, tanımlanması ve sınırlandırılması, hak ve özgürlüklerin yaşam pratiğine aktarılması için olmazsa olmazdır. İktidar denetlenmeli ve dengelenmelidir. Bunu sağlayacak yegâne irade bağımsız ve tarafsız bir yargı iradesidir. İrade diyorum çünkü toplumsal ve siyasal ilişkilerde bir özne olarak beliren iktidara karşı yargının da bir özne

¹ Tahsin Yücel, Gökdelen, Can Yayınları, İstanbul 2006, s. 22.

olarak var olması gerekir. Hatta bu özne, yani yargı iradesi iktidar odakları içerisinde en önemli öznedir; zira denetleme ve dengelemenin özü yargı iradesi tarafından gerçekleştirilmektedir. İyi bir yönetimin, bir diğer ifadeyle hak ve özgürlüklerin yaşam rejimi olduğu bir yönetimin ahlaki temeli bağımsız ve tarafsız bir yargı iradesidir. Çalışmada iktidar ve yargının iletişim ve etkileşimi analitik bir yaklaşımla ele alınmaya çalışılmıştır.

A. İktidar

Hobbes'a göre iktidarı kurgulamanın tek yolu bireylerin tüm kudret ve güçlerini, tek bir kişiye veya hepsinin iradesini oyların çokluğu ile tek bir iradeye indirgeyecek bir heyete devretmeleridir. Bu yapıldığında tek bir kişi halinde birleşmiş olan topluluk, bir devlet olarak adlandırılır. İşte o EJDERHA'nın ya da bir diğer ifade ile "ölümsüz tanrı"nın doğuşu böyle olur. Zira devletteki her bir kimsenin ona verdiği yetkiyle onun elinde o kadar çok kudret ve güç toplanmış olur ki, o kişi, bu kudret ve gücün dehşetiyle, tüm insanların yurttan barış ve yurt dışında düşmanlara karşı yardımlaşma yönündeki iradelerini bütünleştirip şekillendirmeye muktedir hale gelir.² İşte Hobbes'un betimleyici ve tanımlayıcı bu iktidar yaklaşımı iktidarın temel karakterini ve saf halini yansıtmaktadır. İktidarın tekil ve tekelleştirme durumu Machiavelli'de de vardır. Zira ona göre bu olmayınca yok olunur. Prens iktidarını korumak ve devam ettirmek için gerektiğinde ahlaki ve erdem değerlerinden vazgeçebilir ve kötülüğün tüm yollarını kullanabilir. Çünkü temel amaç iktidar ve bunun devamlılığıdır.³

Tekil ve tekel iktidar ve geriye kalanların tamamıyla kul olma

² Mete Tunçay, *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 229-230.

³ Machiavelli Yine bu doğrultuda şunu demektedir: Nasıl görüldüğünüzü herkes görür, ama çok az kişi gerçekte nasıl olduğunuzu bilir ve o az sayıda kişi, arkalarında devletin desteği olan çoğunluğun görüşüne karşı çıkmaya cesaret edemez ve insanların, özellikle de başvurulacak bir mahkemenin olmadığı prenslerin eylemlerine gelince önemli olan sonuçtur. Yani bir prens iktidarı ele geçirecek ve koruyacak şekilde bulunmalıdır; başvurduğu yöntemler daima onurlu sayılacak ve herkes tarafından övülecektir, çünkü sıradan insanlar daima bir şeyin görünüşüne ve sonuçlarına aldanır. Dünyanın büyük kısmı sıradan insanlardan oluşur ve az sayıda olanlar ancak çok sayıda olanlar dayanacak yer bulamayınca kendilerine yer bulurlar. Nicolo Machiavelli, *Prens, Remzi Kitabevi*, 3. Basım, İstanbul, 2016Prens, s. 87-88.

durumu iktidarın bütünlüğü için oldukça güçlü bir tutkaldır. Çünkü egemenden başka özne ve irade yani herhangi bir iktidarı olan veya herhangi bir biçimde aday olabilen yok, geriye kalanlar ve her şey iktidar amacında ancak araçtır. Bu heterojen olan, birden çok değişkeni olan denklem ve iktidar biçimi değildir; bu tek bir değişkeni olan bir denklem ve homojen bir iktidar biçimidir. Bu iktidarı bütünüyle tek ve tekil olan egemenin varlığıyla koşullandırma durumudur.

İktidar büyümlü bir olgudur. Nitekim iktidarın baş döndürücü bir tarihsel gelişimi vardır. Bu gelişimi ile iktidar toplumsal alandan siyasal ilişkilere ve sosyolojik etkileşimlere kadar oldukça geniş bir ortamda hacim bulmuş ve beraberinde tartışmalar getirmiştir. İktidarın ne olduğu sorunu kadar iktidarın denetlenmesi de başlı başına bir sorundur. İktidarın neliği sorunu iki değişken, daha doğrusu özne ve nesne ilişkisi etrafında belirmektedir. İktidar geniş anlamda hacim bulurken bir yandan özneler tekilleşme eğilimi gösterir diğer yandan nesnelere çoğalır. Bu yönüyle iktidar organik bir yapı gösterir. Baş ve kontrol edeceği diğer organlar varlık bulur. İktidar bunu rasyonel ve romantik hiyerarşisi ile kurgular. İktidarın denetimi sorunu ise denetim ve denge olarak kendi içerisinde farklılaşmaktadır. Denetim iktidara ilişkin özneler arasında ters bir ilişki biçimi oluştururken denge ise en az iki özne yapısı gerektirir. Bu şekilde nihai olarak iktidarın belirlenmesi, tanımlanması ve sınırlandırılması söz konusu olur.

Bununla beraber iktidar yine de belirsiz bir olgudur. Gerçekten de iktidarın belirlenmesi, tanımlanması ve nihai olarak sınırlandırılması süreci oldukça zor bir faaliyettir. Nitekim Nye bu bağlamda "İktidar, tıpkı aşk gibidir; deneyimlenmesi, tanımlanmasından ve ölçülmesinden daha kolaydır" demiştir.⁴ Yine Nye'nin belirttiği gibi iktidar bu yönüyle hava durumuna benzemektedir. Herkes hakkında konuşur ancak kimileri onu anlar.⁵ Hawley de bu gerçekliği vurgulamış ve iktidarı enerjiye benzetmiştir. Ona göre fizikteki enerji gibi sosyal alanda iktidarın her yerde aynı anda var olan ve değişik görünüm biçimi kazanabilen bir yapısı bulunmaktadır. Bu sebeple her sosyal davranış, ilişki ve yapı iktidar ile ilintilidir.⁶ Russel de fizikte enerji ne ise iktidarı

⁴ Joseph S. Nye, "The Changing Nature of World Power", *Political Science Quarterly*, V. 105, S. 2, 1990, s. 177.

⁵ Nye, a.g.e., s. 177.

⁶ Amos H. Hawley, "Community Power and Urban Renewal Success", *The Ameri-*

ona benzetmektedir. “Enerji nasıl çeşitli biçimler alıyorsa, iktidarın da aynı şekilde, servet, silah gücü, sivil makamlar, düşünceye söz geçirme gibi biçimler vardır. Bunların hiçbirisi ötekine üstün sayılamayacağı gibi, bu biçimlerin hiçbirisi ötekileri kendinden türetmiş de değildir”.⁷

Siyasi iktidar, iktidarın bir görünüm biçimi olmakla birlikte iktidar olgusunun teşkil ettiği denklemde aynı zamanda en önemli değişken konumundadır. Locke siyasi iktidarı diğer iktidar türlerinden, yani efendinin, kocanın ve benzeri iktidarlarından ayırıştırır ve siyasi iktidarı “... Mülkiyeti Düzenlemek ve Korumak için Normlar yapma; Topluluğun gücünü bu Normların Uygulanmasında ve Devletin Dış Zararlarına karşı savunulmasında kullanma ve bütün bunları Kamu Yararı için yapma *Hakkı* olarak” şeklinde tanımlamaktadır.⁸ Siyasi iktidarın en önemli bileşeni ise güç olgusudur. Güç siyasi iktidarın zorlayıcı yanını teşkil eder. Dahl da aralarında ilişki söz konusu olan değişkenlerden birisi, diğerine eğer o olmasaydı yapamayacakları bir şeyi yaptırıyorsa söz konusu bu ilişki etkindir diyerek bu gerçekliği ifade etmektedir.⁹ Canetti'nin de ortaya koyduğu gibi “fiziksel güç” deyimini gerçekte aynı düşüncenin daha net bir ifadesidir; zira daha aşağı ve kaba dışavurumların içindeki iktidar, her zaman güç olarak daha iyi betimlenmiştir.¹⁰ Güç zaman bulduğunda iktidara dönüşme potansiyelini taşımaktadır; ancak kriz anı, geri dönüşsüz karar anı gelince güç çıplak güç haline geri döner.¹¹ Gerçekten de kriz zamanlarında iktidar püriten bir kaba kuvvet halini alır ki esas demokratik hukuk devleti refleksi tam da bu kriz anlarında gereklidir.

İktidar güçten daha geniş bir hacimde varlık bulur. Canetti'nin belirttiği üzere güçle iktidar arasındaki ilişki kedi ile fare arasındaki ilişkiyle çok basit bir şekilde açıklanabilir. “Kedi, gücü, fareyi yakalamak, onu ele geçirmek, pençelerinin arasında tutmak ve nihai olarak

can Journal of Sociology, C. 68, S. 4, 1963, s. 422.

⁷ Bertrand Russell, İktidar, Cem Yayınevi, 1. Basım, Çev. Mete Ergin, İstanbul 2014 İktidar, s. 15.

⁸ John Locke, Hükümet Üzerine İkinci İnceleme, Eksi Yayınları, 3. Baskı, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara 2016, s. 11.

⁹ Bruce Stinebrickner, “Robert A. Dahl an the essentials of Modern Political Analysis: politics, influence, power, and polyarchy”, *Journal of Political Power*, 2015, 189-207, s. 194.

¹⁰ Elias Canetti, Kitle ve İktidar, Çev. Gülşat Aygen, Ayrıntı Yayınları, 5. Basım, İstanbul 2012, s. 283.

¹¹ Canetti, a.g.e. s. 283.

da onu öldürmek için kullanır. Ama fare ile oynamasında bir başka etken daha vardır. Kedi farenin gitmesine izin verir, birazcık kaçmasına, hatta arkasını dönmesine fırsat tanır; bu süre boyunca fare artık güce maruz değildir. Ancak hala kedinin iktidar [alan]ının içindedir ve her an tekrar yakalanabilir. Derhal uzaklaşırsa, kedinin iktidar alanından kaçır; ama, artık ulaşılamayacak olduğu noktaya varana kadar hala kedinin iktidar alanının içindedir. Kedinin egemen olduğu uzam, fareye yaşattığı umut anları, bir yandan da bütün bu zaman zarfında onu yakından izlemeyi sürdürmesi ve onu yok etmeye gösterdiği ilgiyi ve yok etme niyetini asla elden bırakmaması; bunların hepsine yani uzam, umut, dikkatle izleme ve yok etme niyetine iktidarın fiili bedeni, ya da daha basit bir biçimde, iktidarın ta kendisi denebilir¹². Gerçekten de Orwell'in 1984 adlı romanında bu tür bir iktidar ve güç ilişkisi söz konusudur. Büyük Birader'in gözü sürekli insanların üzerindedir. O iktidarıyla dehşete düşürür, yıkar ve nihai olarak yok eder.

Öte yandan siyasal iktidar ile öteki iktidarlardan kimi farklılıklar bulunmaktadır. Kapani'nin de belirttiği gibi siyasal iktidar kapsam bakımından öteki iktidarlardan daha farklıdır ve onlara göre çok daha geniş bir alanı, tüm ülkeyi, kapsamaktadır. İkinci olarak siyasal iktidar ile toplumdaki diğer iktidar türleri arasında bir eşitlik ilişkisi değil bir hiyerarşik ilişki söz konusudur. Siyasal iktidar diğer iktidar türlerine göre en üstündür. Üçüncü olarak siyasal iktidarın en önemli karakteristiği onun maddi güç ve zor kullanma gücüne ve yetkisine haiz olmasıdır. Ancak o iradesini, emirlerini ve kararlarını yürütmek için gerektiğinde kuvvete başvurabilir.¹³

Ancak iktidar yalnızca güce dayanmamaktadır; ayrıca iktidarın rıza unsuru da söz konusudur. Yönetilenler çoğunlukla hiçbir zorlama olmadan iktidarın emirlerine ve kararlarına kendiliğinden itaat ederler. Bir diğer ifadeyle ona rıza gösterirler. Peki, bu rızanın esası nedir? Bunun çeşitli sebepleri olabilir. Kararlara ve emirlere uyma (iktidarın amacına ve yararlanıldığı oranda) bilinçli olabileceği gibi bilinçsiz ve mekanik de olabilir. Gelenek ve görenek, alışkanlık, çevrenin etkisi, eğitim, şartlandırılma, menfaat umudu, ceza korkusu ve nihayet çare-

¹² Canetti, a.g.e., s. 284.

¹³ Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınları, 19. Basım, Ankara 2007, s. 51-52.

sizlik duygusu rızanın farklı sebepleri arasındadır. Dolayısıyla iktidar mutlaka belirli bir oranda yönetilenlerin rızasına dayanmak zorundadır.¹⁴ Nitekim Rousseau'nun belirttiği gibi "en güçlü, gücünü hak, itaati görev biçimine dönüştüremediği sürece, hep efendi kalacak kadar yeterince güçlü olamaz".¹⁵

Görüldüğü gibi iktidar oldukça önemli bir sorun olarak varlık bulmaktadır. İktidar üzerine yoğunlaşan bir yaklaşıma göre, iktidarın merkezi ve tep tip değil, kılcal damarlarla toplumu etki altına alan; dışlayan değil içine alan; negatif değil pozitif mekanizmalar yolu ile işlediğine dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla hak ve özgürlükler adına, modern toplumun iktidar kalelerine karşı etkin bir siyasi karşı duruş için de, bireylerin etik ilke ve esaslara dayanan yeni ilişkiler kurması gerekir.¹⁶

Öte yandan Locke'un iktidara ilişkin söylediklerini yeniden hatırlamak gerekir. Locke "Bütün hükümetler mutlak monarşidir" ve "Hiçbir insan özgür doğmaz" önermelerine karşı çıkmaktadır. Locke'a göre prensler mutlak iktidara ilişkin Tanrı'dan kaynaklı bir hakkı bulundurmazlar. Otoritenin normlar ile hangi koşullara bağlı kılınacağı prenslerin iradesine bırakılmamıştır. Locke, prenslerin normlara bağlı olmadığına ilişkin görüşü dalkavukluk olarak nitelemektedir. Bu insanın doğal özgürlüğünün inkârı demektir. Locke, dinde de akılda da Tanrı'nın insanları başkalarının sınırsız iradesine tabi kıldığına ilişkin herhangi bir veri yoktur demektir. Locke'a göre insanların özgür doğmadığı, hiçbir zaman hükümet edenleri ya da hükümet biçimlerini seçme özgürlüklerinin bulunmadığı, prenslerin Tanrıya dayanan mutlak bir iktidarlarının bulunduğu, kölelerin hiçbir zaman anlaşma yapma ya da uzlaşma haklarının bulunmadığı, Adem'in mutlak bir monark olduğu ve bütün prenslerin Adem'den beri mutlak monark olduğu şeklindeki görüş yanlıştır. Locke bu anlayışı çürütmeyi hedeflemektedir.¹⁷

¹⁴ Kapani, a.g.e., s. 53.

¹⁵ Jean Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Çev. Ayşe Meral, Alfa Yayınları, İstanbul 2016, s. 16.

¹⁶ Cengiz Gül, İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Adalet Yayınları, Ankara 2010, s. 15.

¹⁷ John Locke, Hükümet Üzerine Birinci İnceleme, İmaj Yayınevi, 2. Baskı, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara 2015, s. 2-4.

Bununla beraber çeşitli destek olguların da iktidarın deyim yerindeyse ehlileştirilmesi için gereklidir. Bu olgular hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve çoğulcu demokrasi anlayışı gibi somutlaşmaktadır. Bu şekilde siyasi iktidarın denetimi ve dengelenmesi söz konusu olabilir. Burada ise karşımıza bağımsız ve tarafsız bir organ veya daha doğrusu iktidar alanı olarak yargı çıkmaktadır. Yargı siyasi iktidarın belirlenmesi, tanımlanması ve sınırlandırılması için veya bir başka ifade ile dengelenmesi ve denetlenmesi için olmazsa olmaz bir kurumdur. İşte bu doğrultuda aşağıda bağımsız ve tarafsız bir yargının varlığının önemi üzerinde durulacaktır.

B. Anayasacılık ve Yargı

1. Organik Yaklaşımdan Mekanik Yaklaşım: Denge ve Denetim

Madison Federalist yazılarında şunu demektedir: “çeşitli yetkilerin gitgide aynı organda toplanmasına karşı asıl güvence, her organı yürütenlere ötekilerden gelecek karışımlara dayanabilmeleri için gerekli anayasa araçlarını ve kişisel itkileri vermektir. Bütün başka durumlarda olduğu gibi, burada da savunma araçları saldırma tehlikesiyle orantılı olmalıdır. Tutkuya karşı tutku çıkarmak gerekir. İnsanın çıkarı, bulunduğu yerin anayasal haklarıyla ilişkili olmalıdır. Devlet erkinin kötüye kullanılmaması için bu gibi çarelerin gerekli görülmesi, belki insan doğasına güvensizlik sayılabilir. İnsanlar melek olsaydı, devlete gerek kalmazdı. İnsanları melekler yönetseydi, insanlar üstünde ne dış denetlemelere gereksinme duyulurdu ne de iç denetlemelere. İnsanlar tarafından, insanlar üstünde yürütülecek bir devlet kurarken, en büyük güçlük şurada: Önce devleti, yönetilenleri denetimi altına alabilecek bir duruma getireceksiniz, ondan sonra da kendi kendisini denetimi altına almasını isteyeceksiniz. Kuşkusuz, devlet üstündeki asıl denetim, devletin halka dayandırılmasıdır; fakat tecrübe yardımcı tedbirlerin gerekliliğini de insanlığa öğretmiştir.”¹⁸

Kaboğlu'nun ifade ettiği gibi “anayasa, bir özgürlük tekniğidir”. Bu özlü tanım “özgürlük ve otorite arasında denge” tesis eden temel norm olarak anayasanın işlevinde “özgürlük lehine” vurguyu ortaya

¹⁸ Tunçay, a.g.e., s. 520.

koyar.¹⁹ Friedrich'in ortaya koyduğu gibi anayasacılık ise her zaman için hem kuramda hem de uygulamada iktidar sorunu ile ilintili olmuştur. Tarihsel olarak anayasacılık ister hükümdarlık ister ulusal devlet biçiminde olsun, modern devletlerin birliklerini sağlamasıyla beraber iktidarın yoğunlaşmasına bir tepki olarak meydana gelmiştir. Bu doğrultuda anayasacılık teorisyenleri monarkların iktidarlarının tanımlanmasının ve sınırlanmasının önemini ortaya koymuşlardır. İşte Hobbes iktidarın bu şekilde yoğunlaşmasının rasyonel yapısını tanımlayıp, bunu iktidarın gerçek felsefesi olarak geliştirirken, Locke bu olguyu görüp, her ne kadar iktidarın en son ve birleşmiş kaynağı halk olsa da, iktidarın kullanılmasının, daha önce yapılmış plana bağlamında ayrışmasını öngörmüştür.²⁰

Anayasacılık, klasik anlamıyla siyasi iktidarın sınırlandırılmasıdır.²¹ Loughlin'in de belirttiği gibi anayasacılık bir yandan iktidarın sınırlandırılması diğer yandan anayasaların hangi muhtevaya sahip olmaları gerektiği ile ilgilidir. Bu muhteva yalnızca iktidarı sınırlandırmaz aynı zamanda iktidarın işleyişini de düzenler. Anayasacılığa bağlı değerler dizisi bağımsız bir yargı, kuvvetler ayrılığı, insan hakları ve anayasa yargısıdır.²² Yine Butlericthe'nin ortaya koyduğu gibi anayasacılık iktidarın sınırlandırılmasını ve dengelenmesini, hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunmasını ve demokratik yönetimi içerir.²³ Çağlar'ın da deyimiyle anayasacılık temel norm olarak anayasa üstünlüğünün açığa çıkmasıdır ve anayasa düşüncesinin yalnızca siyasi değil ancak aynı zamanda hukuki biçimi ile de büyük yenilenişinin bir ifadesidir.²⁴ Yine bu doğrultuda hak ve özgürlüklerin hukuksileşmesi ve siyasi muhalefetin hukuki statüsünün kurulması, bugün, liberal-demokratik rejimler için önemli bir teminattır.²⁵

Bu şekilde anayasacılık bir yandan siyasi iktidarın yapamayacağı şeyler olmasını, diğer yandan da keyfi ve baskıcı yönetimden kaçın-

¹⁹ İbrahim Ö. Kaboğlu, "Anayasa 'Toplumun Özgeçmiş'i' Olabilir Mi?", içinde, Türkiye'nin Anayasa Gündemi, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 280.

²⁰ Carl J. Friedrich, Sınırlı Devlet, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 37.

²¹ Mustafa Erdoğan, Hukuk ve Demokrasi, Kesit Yayınları, İstanbul 2013, s. 91.

²² Martin Loughlin ve Petra Dobner, The Twilight of Constitutionalism, Oxford University Press, New York 2010, s. 55.

²³ David Butlericthe, "The Confines of Modern Constitutionalism", Pierce Law Review, V. 3, N. 1, 2004, 1-32, s. 6.

²⁴ Bakır Çağlar, "Yeni-Anayasacılık Üzerine Notlar", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 6, S. 1-3, 1985, 29-42, s. 29.

²⁵ Çağlar, a.g.e., s. 36.

mayı gerektirmektedir. İşte hak ve özgürlükler birinci gereğe hukuk devleti ise ikinci gereğe karşılık gelir. Siyasi iktidarı sınırlandırmanın bir yolu da iktidarın tek bir elde toplanmasını önlemeye dönük kurumsal düzenlemelerdir ki bunların başında yatay ve dikey anlamda kuvvetler ayrılığı ilkesi gelir.²⁶ Nitekim 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinin 16. maddesinde kuvvetler ayrılığının yer almadığı bir toplumun anayasası yoktur denilmektedir.²⁷

Görüldüğü gibi anayasacılık beraberinde hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve özellikle de çoğulcu demokrasi anlayışını getirmektedir. Şu halde Erdoğan'ın da dediği gibi iktidarın sınırlandırılma ihtiyacından şüphesiz demokratik yönetimler de muaf değildir. Dolayısıyla demokratik iktidarlar da hukuk düzenini aşma eğiliminde olabilirler ve bu tür bir ihtimal tehlikesi otokratik bir iktidarın yarattığı tehlikeden daha az olmayabilir. Zira kendisini halkın tek meşru temsilcisi olarak gören bir iktidar hak ve özgürlükleri ve dolayısıyla da hukuk düzenini tanımama eğilimine girebileceği gibi, demokratik iktidarların bu şekildeki sapmalarının çoğunluk tarafından meşru görülmesi de güçlü bir ihtimaldir. Bu nedenle demokratik yönetimlerin bireysel özgürlükler için tehlike yaratma ihtimali onların giderek genişleyen görev alanıyla da ilgilidir.²⁸

Gerçekten de iktidarın birey aleyhine gitgide bir hacim genişlemesi söz konusu olabilmektedir. Burada hacim kelimesi bilerek kullanılmaktadır; zira iktidarlar alan genişlemesi ile çoğunlukla yetinmezler ve daha kapsayıcı, bir diğer ifade ile totaliter bir refleks ile hareket ederler. İşin ilginç tarafı bu hacim genişlemesi daha çok demokratik iktidarlar tarafından talep edilmektedir. Bu durum demokrasinin de iktidarlar tarafından araçsallaştırılabildiği sonucunu ortaya koymaktadır. Demokrasi ise araçsallaştırıldığı vakit bireyin hak ve özgürlükleri aleyhine tehlike arz edebilmektedir. Demokrasinin hak ve özgürlükler üzerindeki bu potansiyel tehlikesi ancak demokrasi anlayışının değiştirilmesi, demokrasinin anayasacılığa bağlı bir değerler dizisi olarak doğru bir şekilde kavranması, yani çoğulcu bir anlayışın benimsenmesi ile mümkündür.

²⁶ Erdoğan, Hukuk ve Demokrasi, s. 92.

²⁷ Richard Bellamy, "Constitutionalism", https://www.researchgate.net/publication/311261951_Constitutionalism, s. 6, erişim 7.1.2018.

²⁸ Erdoğan, Hukuk ve Demokrasi, s. 92.

Öte yandan demokrasi ile anayasacılık, yani sınırlı iktidar olgusu birbirleriyle çelişen değerler değildir. Nitekim Grimm'in de belirttiği gibi anayasal yönetimin bir fonksiyonu meşru yönetimi inşa etmek ve kanun koyucular tarafından bu yönetimin kapsamlı bir şekilde sürdürülmesidir. Gücü halk kaynağına dayanan demokratik rejimi ve sınırlı yönetimi reddeden bir yaklaşım modern anayasanın işleviyle ilintili değildir.²⁹ Yine Dobner'in de belirttiği gibi hukuk devleti demokratik yönetimin bir gerçeğidir. Hukuk devleti ilkesi olmadan demokrasi düşünülemez.³⁰ Kaldı ki Sartori'nin belirttiği üzere halkın otoriter ve totaliter rejimlerden korunması (demo protection) halkın iktidarla donatılmasının ön koşuludur; bireylerin özgürleştirilmesi insanların yetkiyle donatılmasının ön şartıdır.³¹

Özbudun'un da ortaya koyduğu gibi anayasacılık ve onun bir yansıması olan hukuk devleti kavramlarının ilk ortaya çıktığı dönemlerde, özgürlüğün negatif anlamda, yani devletin keyfi müdahalelerinden korunma anlamında anlaşıldığı ve hukuk devletinin de bu korunmayı sağlayacak bir araç olarak düşünüldüğü doğrudur. Çağımızda sosyal devlet anlayışının gelişmesine paralel olarak özgürlüğe pozitif bir anlam verilmeye başlanmış, yani kimi özgürlüklerin, devletin müdahale etmemesiyle değil, aksine müdahalesiyle gerçekleşebileceği düşünülmüştür. Bu sistemi eyleme döken organlar ise, şüphesiz, demokratik seçimlerle oluşan ve halk çoğunluğunun beklentilerini yerine getirmeye çalışan seçilmiş organlardır. Fakat bu gerçeklerden, demokrasi ve hukuk devletinin, birbirleri ile çelişen ya da birbirleriyle uyuşmayacak olgular olduğu sonucu çıkarılamaz. Çağdaş demokrasiler, özgürlüğün

²⁹ Dieter Grimm, "The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World", *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, New York, 2010, s. 10.

³⁰ Petra Dobner, "More Law, Less Democracy", *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, New York 2010, s. 142.

³¹ Giovanni Sartori, "How Far Can Free Government Travel", *Journal of Democracy*, V. 6, N. 3, 101-111, s. 101. Öte yandan Troper bu noktada farklı düşünmektedir. Ona göre hukuk devletinin koşullarına göre ya halkın temsilcilerinin iktidarı sınırlanmamıştır ya da sınırlandırılmışsa artık demokrasiden söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle kimileri demokrasi ile uyumlu bir sınırlı iktidar anlayışını kurtarabilmek için demokrasi olgusunu değiştirmeyi önermektedirler. Fakat hukuk devleti olan demokrasi bir tür demokrasi değildir; aristokrasinin bir biçimidir. Michel Troper, "Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi", Çev. Burak Öztürk, *Demokrasi ve Yargı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ed. Ozan Ergül, Ankara 2005, s. 12-24.

hem negatif hem de pozitif cephelerine eşit önem veren rejimlerdir. Hukuk devleti, elbette, çoğunluk iktidarının keyfi kullanımını engelleyen, onu sınırlandıran bir araçtır. Fakat demokrasiyi çoğunluğun mutlak ve sınırsız iktidarı olarak görmek, bugün çok marjinal çevreler dışında, kimsenin itibar etmediği bir görüştür. Hukukun üstünlüğü ile sınırlandırılmış bir devlet, negatif özgürlüklerin korunması kadar, pozitif özgürlüklerin de korunup geliştirilmesi açısından zorunlu bir koşuldur.³²

Şu halde anayasacılığın esas özü denge ve denetim olgusunda belirmektedir. Bir diğer ifade ile denge ve denetim anayasacılığın özünü teşkil etmektedir. Vile'nin belirttiği gibi siyasal özgürlüğün gerçekleştirilmesi ve devamı için devletin üç dala, yani yasama, yürütme ve yargı organlarına bölünmesi zorunludur. Söz konusu bu üç dala denk düşen üç ayrıt edilebilir devlet fonksiyonu, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları vardır. Devletin her dalı, kendi fonksiyonunun gerçekleştirimi ile sınırlı olmalı ve diğer dalların fonksiyonlarına karışmamalıdır. Bununla beraber, bu üç devlet dalını teşkil eden kişiler birbirlerinden farklı olmalı, hiç kimsenin aynı anda birden çok dalın üyesi olmasına müsaade edilmemelidir. Bu şekilde her dal, diğerleri üzerinde bir fren mekanizması meydana getirecek ve hiçbir birey grubu, devlet mekanizmasına egemen olamayacaktır.³³

Çünkü Madison'un ortaya koyduğu gibi "toplumu yalnız hükmedenlerin zulmünden korumak değil, fakat toplumun bir kısmını öteki kısmının haksızlığından korumak da çok önemlidir. Farklı sınıflardaki vatandaşların ister istemez farklı çıkarları olur. Çoğunluk ortak bir çıkarda birleşmişse, azınlığın hakları güven altında değil demektir".³⁴ Şu halde yine Madison'un belirttiği gibi anayasada yer alan "kâğıttan engeller" yeterli değildir. "Bu organlar, her birine diğerleri üzerinde bir anayasal denetim sağlayacak şekilde, birbirleriyle ilişkilendirilip karıştırılmadıkları müddetçe, teoriye göre, hür bir devlet için gerekli ölçüde ayrılık, uygulamada hiçbir zaman gerektiği gibi sürdürülemez... Devletin anayasasında bu organların sınırlarını açıkça belirtmek ve iktidarın yayılmacı ruhuna kağıttan bu engellere güvenmek yeterli

³² Ergun Özbudun, Anayasacılık ve Demokrasi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s. 67.

³³ Özbudun, Anayasacılık ve Demokrasi, s. 15.

³⁴ Tunçay, a.g.e., s. 522.

olacak mıdır?.. Tecrübeler bize göstermektedir ki, kuralın etkinliği fazlasıyla abartılmıştır ve devletin daha zayıf unsurlarını daha güçlülere karşı korumak için daha güçlü bir savunma mutlaka gereklidir... Değişik organların anayasal sınırlarının kâğıt üzerinde belirlenmesi, devletin bütün yetkilerinin aynı ellerde müstebitçe toplanmasına yol açan yayılmacılıklara karşı yeterli korunma aracı değildir".³⁵

Dolayısıyla, 1787 Anayasası, esas ilke olarak kuvvetler ayrılığını benimsemek ve yasama iradesini Kongre'ye, yürütme iradesini Başkan'a, yargı iradesini ise yargı organına vermekle beraber, her organın diğer organlar üzerinde etkili olabileceği karmaşık bir frenler ve dengeler sistemine de yer vermiştir.³⁶ Amerikan anayasacılığın temel felsefesi bu şekilde iktidarın hukuki denetim altına alınmasıdır.³⁷

İşte bu noktada anayasacılığın özü bakımından organik ve mekanik anayasacılığı tartışmak gerekir. Bilindiği gibi anayasacılığın özü iktidarın sınırlandırılması ve hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanmasıdır; yani bir diğer ifade ile denge ve denetimin sağlanmasıdır. Peki, hangi anayasacılık anlayışı bu işlevi tam anlamıyla yerine getirebilmektedir?

Aydınlanma Çağı'nda Avrupa'da insanlığın akıl ve bilim rehberliğinde ilerleme anlayışı egemen olmaya başlar. Bir diğer anlatımla evrensel mekanizmanın yasalarından yola çıkarak mükemmel bir toplum tesis edilmesi süreci söz konusudur. Zira bu tür bir çalışma ile toplumda var olan dinamikler ortaya çıkarılacak, toplumsal iktidarlar arasında bir denge inşa edilecek ve böylelikle toplumun ilerlemesi sağlanacaktır. Evren fizik yasaları ile yönetilir ve bu şekilde sarılmaz bir dengeye ulaşır. Aynı şekilde toplumda var olan adalet ve düzenin ideal yasaları da önceden konulmuş, ezeli ve ebedi normlardır. Bunların ortaya çıkarılması için rasyonel aklın gücünden istifade etmek lazımdır.³⁸ İşte bu durum Newton fiziğiyle daha çok gerçeklik kazandı. Denge statükonun sürdürülmesi için tasarlanmış ve statik bir yapıya dayanıyordu. Ancak mekanik anayasacılık Newton fiziğine dayanır.

³⁵ Özbudun, Anayasacılık ve Demokrasi, s. 16.

³⁶ Özbudun, Anayasacılık ve Demokrasi, s. 16.

³⁷ Stephen M. Griffin, American Constitutionalism, Princeton University Press, New Jersey 1996, s. 6.

³⁸ Levent Gönenç, Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 66.

Bu yaklaşımda denge zıt iktidar odaklarının bir arada çalışabilir duruma getirilmesini ve dinamik bir dengede durmalarını sağlar.³⁹ Nitekim Newtoncu bağlamda “denge ideali” Amerikan siyasal kültürünün gerçek anlamda bir parçasıdır ve denge kültü Amerikan siyasi sistemini ve açıklamak için kullanılan esas bir olgudur.⁴⁰

Organik metaforun temelleri ile İlkçağ siyaset felsefesine kadar uzanmaktadır. Nitekim Platon devleti veya toplumu bir organizmaya benzeterek denge haline ulaşır. Ona göre, tıpkı insanda olduğu gibi siyasi toplumda da çeşitli uzuvlar ve fonksiyonlar söz konusudur. Düşünmek, karar almak ve yönetmek başın işlevidir ve baş filozof kralları temsil eder. Savaşçılar toplumun kalbi, köylüler ve tüccarlar ise toplumun midesi niteliğindedir. Bu unsurlar arasında dengeli ilişkilerin tesisi devletin sürekliliğini ve istikrarını gerçekleştirir. Platon’un siyaset felsefesinde devletin ve toplumun tıpkı bir organizma gibi tasarlanması aynı zamanda bu organizmanın uzuvları arasında bir hiyerarşinin de tasarlandığı anlamına gelir. Zira filozof krallar bu organizmanın başıdır, beynidir, aklıdır ve bu nedenle bu tasarımda hiyerarşik olarak onlara öncelik veya ağırlık verildiği görülür.⁴¹

Kanımızca anayasacılık anlamında mekanik anlayış tercih edilmelidir. İktidar belirli bir derinliğe ve yüksekliğe sahiptir. Yani iktidar rasyonel ve romantik unsurlarla hiyerarşisini kurgular. Bu rasyonel ve romantik hiyerarşisiyle iktidar bir yaşam rejimi inşa etmeye eğilim gösterir. İşte mekanik anlayış yönetim denkleminde iktidar ve diğer değişkenlerin birbiriyle iletişimi ve etkileşimini bir dengede tutar. Denklem bu şekilde yönetimin karakterini belirler. Bununla beraber anayasacılığın özü de zaten iktidarın belirlenmesi, tanımlanması ve sınırlandırılmasıdır. Bir diğer ifadeyle anayasacılığın özü denge ve denetimdir. Bu denge ve denetimi sağlayabilecek yegâne irade ise yargı iradesidir.

Görüldüğü gibi anayasacılık iktidara ilişkindir ve iktidarın denetlenmesi ve dengelenmesini ifade etmektedir. Anayasacılık bu işlevini içinde barındırdığı hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisiyle yerine getirmektedir. Burada kuvvetler

³⁹ Bellamy, a.g.e., s. 5.

⁴⁰ Gönenç, a.g.e, s. 70.

⁴¹ Gönenç, a.g.e., s. 70-71.

ayrılığı üzerinde ve özellikle de yargı üzerinde durmak gerekir. Kuvvetler ayrılığı yaşam pratiğinde bireylere özerk bir alan sağlamaktadır.⁴² Zira kuvvetler ayrılığı yalnızca iktidarın bölünmesini ve ayrılmasını içermemekte aynı zamanda bireylerin hak ve özgürlüklerini yaşam pratiğine aktarmalarına ortam hazırlamaktadır. Bununla beraber hukuka dayalı anayasacılık “anayasanın üstünlüğü”nü esas alır. Bunu da siyasal müzakere araçlarıyla beraber, yargının anayasal değerleri korumaya yönelik tutumuyla ve siyasal iktidar karşısında yargı iradesinin çatışma çözücü işleviyle pekiştirir.⁴³

2. Yargı Sorunu

Hukuk devleti iktidarı sınırlandırmayı ve dengelemeyi hedefler. Bu yönüyle hukuk devleti yönetim faaliyetlerinde norm sorununu çözer. Norm sorunu normun biçimsel ve maddi yönü olarak bütünsel bir olguyu ifade eder. İşte hukuk devleti norm sorununu insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda tasarlayarak çözümler; yani normu nitelikli kılar. Bu şekilde iktidarın denge ve denetimi sağlanır. İktidarın denge ve denetimi sağlayan en önemli organ olarak yargı ön plana çıkmaktadır. Yargı bu faaliyetini bir yandan bir iktidar olgusu olarak ortaya çıkararak dengeyi sağlayarak, diğer yandan iktidarlara arasında öne çıkarak denetim gerçekleştirerek yerine getirir.

Rosenfeld’in belirttiği gibi hukukun üstünlüğü anayasal demokrasinin temel taşlarından biri olarak dikkat çekmektedir. En geniş anlatımla hukukun devleti, devletin bireyleri yalnızca kamuya açıklanmış kanunlara tabi tutmasını, devletin yasama iradesinin yargı iradesinden ayrı olmasını ve devlet içinde hiç kimsenin hukukun üstünde olmamasını gerektirir. Modern anayasacılığın üç esas niteliği de devletin yetkilerinin sınırlandırılması, hukuk devletine bağlılık ve hak ve özgürlüklerin korunmasıdır.⁴⁴

Görüldüğü gibi, hukuk devletinin esası, kamu işlemlerinin hukuka uygunluğunun bağımsız yargı organlarınınca denetlenmesidir. Kapanı'nın anlatımıyla, devlet iktidarının hukukla sınırlanmasını ve

⁴² Friedrich, a.g.e., s. 49.

⁴³ Bertil Emrah Oder, “Anayasa Nedir? Anayasacılık Nedir?” içinde Türkiye'nin Anayasa Gündemi, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 17.

⁴⁴ Michel Rosenfeld, “The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy”, *Southern California Law Review*, V. 74, 2001, 1307-1351, s. 1307-1309.

özgürlüklerin korunmasını gerçekten etkili kılacak başlıca güvence kurumlarından –belki de en önemlisi- yargı denetimdir. Yargı denetimi, devletin çeşitli organlarının, kendilerine anayasa ve kanunlar tarafından tanınmış olan yetkilerin sınırlarını herhangi bir biçimde aşıp aşmadıklarının bağımsız mahkemeler tarafından kontrolünü ifade eder.⁴⁵ Hukuk devletinin temel unsuru devletin kural olarak tüm işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasıdır. Günümüzde bunun, hem yasama, hem yürütme işlemlerini kapsamı gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁶

Demokrasi Abraham Lincoln'ün de belirttiği gibi "halkın, halk tarafından, halk için yönetimi"dir. Çoğulcu demokrasi ise iktidara ilişkin irade sorununu çözümlenmektedir.⁴⁷ Çoğulcu demokrasinin aksine yönetim faaliyetinde iradenin kısıtlanması değildir. Tam tersine burada iradenin genişlemesi söz konusudur. İrade genişlemesi şu esasa dayanır: Bir kere çoğulcu demokraside çoğunluğun yönetim hakkı korunmakla beraber azınlıkta kalanların bir yandan hak ve özgürlükleri güvence altına alınır ve dolayısıyla bu şekilde azınlığın da iradesi göz önüne alınır diğer yandan azınlıkların ileride çoğunluk haline gelme potansiyelleri korunur. Görüldüğü gibi burada deyim yerindeyse yönetime ilişkin toplam kütlede bir irade genişlemesi söz konusu olmaktadır.

Bu noktada Dworkin'in "ortaklık demokrasisi"ne de yer verilmelidir. Buna göre ortaklık demokrasisi çoğunlukçu demokrasiden farklıdır. İnsanlar arasında anlaşmazlıklar mevcut olsa dahi, aynı bir ortaklıkta olduğu gibi, birbirlerinin çıkarını göz önüne alarak karar alırlar. Peki, bunu sağlayan şartlar nelerdir? İlk olarak bireyler siyasal kararlar üzerinde eşit söz hakkına sahip olmalıdır. Hiçbir birey sırf düşünceleri rahatsız edici diye siyasal sürece katılım imkânından yoksun bırakılmamalıdır. İkinci olarak eşit özen ilkesi geliştirilmelidir. Her bireyin bireysel var oluş koşulları ortak kararlarda gözetilmelidir. Ortak kararlar yalnızca çoğunluğun çıkarlarını değil herkesin çıkarlarını dikkate almalıdır. Zira herkesin yaşamı eşit önemdedir. Üçüncü şart onur şartıdır. Buna göre bireylerin onurunu korumak amacıyla,

⁴⁵ Ergun Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, s. 58-59.

⁴⁶ Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, s. 59.

⁴⁷ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Yayınevi, 5. Baskı, Bursa 2014, s. 258.

yalnızca kendilerinin karar vermesi gereken konularda çoğunluk tarafından herhangi bir şekilde karar alınmamasını öngörür. Siyasal kararlar bireylerin onuru ile uyumlu olduğu oranda ancak alınmalıdır.⁴⁸ Dolayısıyla demokrasi olgusunu savunmak kendi içerisinde bir çelişki barındırmaz. Demokrasinin temelinde eşit insan onuru düşüncesi ve insanın kendi kaderini belirleme kapasitesine, yani otonomisine duyulan inanç bulunmaktadır.⁴⁹

Bu şekilde yönetim faaliyetine ilişkin beliren norm sorunu da görüldüğü gibi çoğulcu demokrasi veya bir diğer ifade ile “ortaklık demokrasisi” ile halledilir. İşte bu irade sorunun çözümlenmesi de yine yargı erki tarafından gerçekleştirilir. Bu noktada özellikle anayasa yargısına görev düşmektedir. Özbudun anayasa yargısını hukuk devletinin gelişiminde “son ve en önemli merhale” olarak tanımlamaktadır.⁵⁰ Kanımızca bu tanımın önemi çoğulcu demokrasi anlayışı için katlanarak artmaktadır; yani anayasa yargısı çoğulcu demokrasi bakımından da son ve en önemli merhale teşkil etmektedir.

Gerçekten de yakın denilebilecek zamanlara kadar hukuk devleti deyiminden temel olarak yürütme erkinin kanunlara bağlılığını sağlayacak yargısal denetim anlaşılmıştır. Fransız İhtilalinden gelen bölünmez, devredilmez, yanılmaz ve temsil edilemez genel irade anlayışı etkisiyle, yasama iradesinin birey haklarına tecavüz edebileceği, dolayısıyla birey haklarının yalnızca yürütme erki karşısında değil, yasama iradesi karşısında da korunması gerekebileceği pek düşünülmemiştir.⁵¹ Hâlbuki yasama iradesi de, özellikle çoğunlukçu demokrasi anlayışında, en az yürütme iradesi kadar bireyin hak ve özgürlüklerini ihlal etmektedir. Gerçekten de irade kültürü yakın zamanlarda oldukça dehşet verici insan kısımlarına yol açmıştır.

Görüldüğü gibi iktidarın belirlenmesi, tanımlanması ve sınırlandırılması sürecinde yargı iradesi oldukça etkindir. Zira yargı iradesi yönetime ilişkin norm ve irade sorununu çözümlenmektedir. Bu şekilde

⁴⁸ Ronald Dworkin, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39, s. 29-30.

⁴⁹ David Bethaam, *Demokrasi ve İnsan Hakları*, Liberte Yayınları, Çev. Bilal Canatan, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 28.

⁵⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara 2016, s. 403.

⁵¹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* s. 403.

denge ve denetim sağlanmaktadır. Yargının kökeni veya bir başka deyişle yargının kaynağı denetim ve denge arayışıdır. Bu arayış iktidarın tüm değişik görünüm biçimlerinde gözüktür. Nitekim yargı faaliyeti Antik Yunan'a kadar dayanmaktadır. Orada bugünkü modern anlamda olmasa da halk mahkemeleri yargısal işlev niteliğini ifa ediyordu.⁵² Peki, yargılamanın esası nedir? Burada yargı iradesinin önemini ortaya koymak gerekir.

Hukuk bilimi yönünden, devlet iradesinin üç esas işlevinden biri olan yargı veya yargılama genel olarak özel kişiler arasında veya özel kişilerle devlet arasında meydana gelen hukuki uyuşmazlıkları nihai olarak çözüme konusundaki bağlayıcı yetkiyi ortaya koyar. Yargı işlevi, bir diğer ifade ile bir durumun hukukiliği ve müeyyidesi hakkında bağlayıcı karar vermek olarak da belirtilebilir. Uyuşmazlıkları nihai olarak sonuçlandırmak, esasında "kesin hüküm" tesis edebilmek demektir. Yargı organı olan mahkemeler bu işlevi hukuk kurallarını somut durumlara uygulamak yoluyla ifa ederler.⁵³

Yargının amacı hukuk düzeninin korunması ve gerçekleştirilmesidir. Yargı iradesinin doğrudan doğruya adaletin gerçekleştirilmesi amacına yönelik niteliği ve hukuki uyuşmazlıkları kesin çözüme özelliği, bu fonksiyonu yerine getiren devlet organlarının da kendilerine özgü kimi nitelikler taşıması sonucunu meydana getirmiştir. Nitekim idari usullerden önemli oranda farklı birey haklarının korunup geliştirilmesi yönünden çok daha güvenceli yargısal usuller teşkil edilmiştir. Daha önemlisi, benimsenen hükümet sistemi ne olursa olsun, tüm demokratik hukuk devletlerinde yargı iradesinin, siyasal irade olarak nitelenebilecek yürütme ve yasama iradeleri karşısında bağımsızlık ilkesi kabul görmüştür. Yine bu ilkeyi gerçekleştirecek bir araç olarak, yargı görevini yerine getiren hâkimlerin, başka kamu görevlilerinden daha teminatlı bir statüye kavuşturulmaları benimsenmiştir.⁵⁴

Öte yandan yargının, yasama ve yürütme kuvvetlerinden ayrı, bağımsız bir kuvvet olup olmadığı hukuk doktrininde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bir devlette mantıken yalnızca iki kuvvetin varlığı söz konusudur: kanunları yapan kuvvet ve bunları icra eden kuvvet. Yar-

⁵² Oktay Uygun, *Demokrasi*, XII Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 30.

⁵³ Mustafa Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 23.

⁵⁴ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 384.

gı fonksiyonu ise bir uyumsuzluk dolayısıyla, kanunun uygulanmasından ibarettir. Bu nedenle yargı fonksiyonu da, yürütme kuvvetinin bir unsuru, bir parçası saymak gerekir. Hatta bazı yazarlara göre, yargının tam manasıyla bağımsız bir kuvvet olabilmesi, ancak hâkimlerin, egemenliğin tek ve gerçek sahibi bulunan halk tarafından seçilmeleri koşuluna bağlıdır.⁵⁵

Kanımızca bu görüş yerinde değildir. Kaldı ki kuvvetler ayrılığının temel felsefesi, ya da bir diğer ifadeyle ahlaki temeli, bağımsız ve tarafsız bir yargı iradesinin varlığıdır.⁵⁶ Kuvvetler ayrılığı yasama, yürütme ve en önemlisi yargı iradesini birbirinden ayırıştırarak denge ve denetimi sağlamayı hedeflemektedir. Denge ve denetimin momentini ise bağımsız ve tarafsız bir yargı teşkil etmektedir. Erdoğan'ın da belirttiği gibi hukukun basit uygulayıcısı" biçimindeki yargıç imajı bir efsanedir. Yargıçlar hemen hemen hiçbir zaman hukuk normlarının "lafzı ne diyorsa" onu uygulayan konumda değildirler. Bu durumun bu şekilde cereyan etmesi ise kaçınılmazdır; zira hemen hemen hiçbir norm, hukuki terim veya ilke apaçık veya tek anlamlı değildir. Dolayısıyla yargıçlar mümkün olan anlam ve yorumlar arasından bir tercihte bulunmak zorunda oldukları bir "inşa" süreci yoluyla hukuka anlam verirler. Bu bakımından bakıldığında, esasında tüm hukukun yargıç yapısı olduğu dahi söylenebilir.⁵⁷

Bununla beraber Özbudun'un belirttiği gibi yargının üçüncü bir kuvvet olup olmadığı tartışmasında varılabilecek sonuç ne olursa olsun, şu gerçeği önemle belirtmek gerekir ki, bu tartışmanın hâkimlerin bağımsızlığı sorunu ile bir ilişkisi söz konusu değildir. Hâkimlerin bağımsızlığı, hukuk devletinin vazgeçilmez bir koşulu olarak tüm demokratik hukuk devletlerinde benimsenmiş olan bir ilkedir. O halde hâkimlerin bağımsızlığı kuvvetler ayrılığı teorisinin bir sonucu olmadığı gibi, bağımsız bir yargı kuvvetinin varlığına da bağlı değildir.⁵⁸

⁵⁵ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 384.

⁵⁶ Kuvvetler ayrılığı, belli bir dönemde, liberal siyasi felsefenin neticesi olup, mutlak monarşilerin baskı yönetimlerine karşı, bireylerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı hedefler. Esasında kuvvetler ayrılığı bir siyasal sanat ilkesi olup, şu biçimde ifade edilir: Kamusal faaliyetlerin iyi işleyebilmesi bakımından olduğu kadar, devlet tarafından, birey hak ve özgürlüklerine saygılı olması bakımından da, çeşitli devlet fonksiyonları (yasama-yürütme-yargılama), birbirlerine karşı, belirli bir bağımsızlığı olan organlar tarafından kullanılmalıdır. Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2001, s. 390.

⁵⁷ Erdoğan, Anayasa ve Özgürlük, s. 23-24.

⁵⁸ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 384-385.

Gerçekten de, 19. yüzyıldan itibaren siyasi parti olgusunun ortaya çıkması ve siyasal partilerin demokratik rejimin en temel mekanizmalarından biri haline dönüşmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesine 18. yüzyılda izafe edilen anlamda radikal bir değişime neden olmuştur. Mutlak monarşilerin meşruteli ya da anayasal monarşiler doğrultusunda evrilmeye başladıkları dönemde, yasama ve yürütme kuvvetleri açısından kuvvetler ayrılığı, esas itibariyle hala monarka bağlı olan yürütme organı ile halkın ya da halkın bir kesiminin temsilcisi olan yasama iradesi arasında bir yetki bölüşümü, bir karşılıklı frenler ve dengeler sistemi şeklinde kavramsallaşmıştır.⁵⁹ Oy hakkının genişletilmesi ve siyasal partilerin güçlenmesini sonucunu doğuran demokratik gelişme, kuvvetler ayrılığı kökenindeki bu ikili meşruiyeti ortadan kaldırmıştır. Özellikle de bakanlar kurulunun yasama iradesinin güvenine dayandığı parlamenter rejimde, iktidar partisi, yasama ve yürütme iradelerini birbirine bağlayan bir köprü olmuştur. İki irade arasında daha sert bir görevler ayrılığına sahip başkanlık rejimlerinde bile, siyasi partilerin rolü inkâr edilemez. Şu halde çağdaş çoğulcu demokrasilerde kuvvetler ayrılığı, yasam ve yürütme iradeleri arasındaki ilişkiler yönünden değil, yargının bu iki siyasi irade karşısındaki konumu açısından önem taşımaktadır.⁶⁰

Kaldı ki demokratik sistemlerde çoğunlukçu anlayışa dayanan bir yönetim anlayışında bu söz konusu iki siyasi irade hak ve özgürlükler açısından oldukça tehlikeli bir hale gelebilmektedir. Nitekim Teziç'in de belirttiği gibi "çoğunluğun ya da bir meclisin kurduğu baskı yönetimi ise, kişisel iktidarı kullananların baskısı kadar tehlikelidir. Çünkü bir meclis çoğunluğu da, çıkardığı kanunlar ile kişi hürriyetlerini yok edebilir".⁶¹ Bu noktada Bentham'ın yasamaya dair söylediklerini olduğu gibi almada fayda vardır: "Hükümetlerde de, tıpta olan olur; [bunların] tek kişi, kötünün tercihidir. Bütün yasalar kötüdür; çünkü bütün yasalar özgürlüğün ihlalidir: ama tekrar ediyorum, hükümetler yalnızca kötünün tercihine vakıftır".⁶²

⁵⁹ Ergun Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme Serüveni, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s. 147.

⁶⁰ Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme, s. 147-148.

⁶¹ Teziç, Anayasa Hukuku, s. 391.

⁶² Jeremy Bentham, Yasamanın İlkeleri, XII Levha Yayınları, Çev. Barkın Asal, İstanbul 2011, s. 60.

21. yüzyılda devlet iktidarının yasama, yürütme ve yargı organları arasında bölüştürüldüğü bir kuvvetler ayrılığı sistemini benimsemeyen bir anayasal hukuk devleti hayal dahi edilemez. Devlet erkinin üç kuvvete ayrılması günümüz anayasa hukukun “frenler ve dengelemler” diye nitelendirilen mekanizmanın yaşama geçirilmesine imkân sağlar. Bir diğer anlatımla, bu üç kuvvet arasında oluşan fren ve denge sistemi ile iktidarın tekelleşmesi, suiistimal ya da keyfi kullanımının engellenmesi hedeflenmektedir. Fren ve denge mekanizması bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması için de büyük önem taşımaktadır.⁶³

Öte yandan özellikle anayasa yargıçları için dile getirilen “yargıçlar hükümeti” eleştirisi de kanımızca yerinde değildir. Gerçekten de yargıçların hukuk normlarını yorumlarken cazibesine kapılabilecekleri en büyük sapma özellikle anayasa yargısında ve kısmen idari yargıda ortaya çıkabilir. Bu durum, yargıçların kendilerine emanet edilmiş olan hukuki denetim görevini amacından saptırarak politika belirleyiciliğe dönüştürme eğilimi sergilemeleridir. Hâlbuki yüksek yargıçların dahi anayasal yorumu anayasa mühendisliği haline dönüştürmeye hakları bulunmamaktadır.⁶⁴ Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi başkanlarından Jackson’ın belirttiği gibi: “Mahkemeler mahkeme olarak hareket etmeyi bırakıp politikayı kontrol eden organlar haline dönüştüklerinde hukuk devleti emin olmayan ellere geçmiş demektir”.⁶⁵ Bu durumun en az yasama organının keyfiligi kadar sakıncalı sonuçlar doğuracağı ortadadır. Hukuk bireylere öngörülebilirlik sağlayan açık-seçik kurallar demektir; bireylerin, kamu gücü kullananların gelip geçici heveslerine mahkûm olmaları değil.⁶⁶

Gerçekten de son yüzyıl içerisinde devletin faaliyet alanının çok büyük oranda genişlemesinin yargı alanındaki bir yansıması da, hâkimin takdir hakkının ve “hâkim tarafından yaratılan hukuk” alanının buna göre genişlemesidir. Söz konusu bu değişim, hâkim tarafından yaratılan hukukun her zaman önemli bir rol oynamış olduğu Anglo-Amerikan “common law” sistemlerinden ziyade, esas itibarıyla

⁶³ Seada Palavric, “Yargının Bağımsızlığı, Yargının Tarafsızlığı ve Sorumluluğu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 27, 2010, 23-26, s. 23.

⁶⁴ Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, s. 24.

⁶⁵ Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, s. 24.

⁶⁶ Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, s. 24.

yazılı hukuka dayanan Kıta Avrupası hukuk sistemleri bakımından radikal bir değişiklik oluşturmuştur. Bunun neticesinde, günümüzde de hararetli konulara “yargısal aktivizm”⁶⁷ veya “yargıçlar hükümeti”⁶⁸ kavramları meydana gelmiştir.⁶⁹ Ancak Özbudun’un da belirttiği gibi genellikle yerici anlamda kullanılan bu kavramlar, yargı organının kendi yetkilerini yorum yoluyla genişleterek, demokratik usuller gereği seçilmiş yasama ve yürütme iradelerine ait olması gereken yetkileri üstlenmesi, hatta gasp etmesi anlamına gelmektedir. Bu ihtimal, anayasa yargısı alanında daha kuvvetli olmakla beraber idari hatta adli yargı alanında da söz konusu olabilir. Hâkimin hukuk yaratması bir bakıma, hukuk devletinin esas unsurlarından olan kanunların kesinliği, bilinirliği ve öngörülebilirliği ilkelerine aykırı görülebilir. Fakat bu durumun, devletin çağımızdaki evriminin kaçınılmaz bir sonucu olduğu söylenebilir.⁷⁰

Nitekim Cappelletti’nin ortaya koyduğu gibi “doğasından gelen bütün sınırlılıklara rağmen, hâkimin hukuk yaratması, bizatihi anti-demokratik değildir. Şüphesiz demokrasi kavramı, basit bir çoğunlukçu anlayışa indirgenemez. Demokrasi, aynı zamanda katılım demektir, hoşgörü ve hürriyet demektir. Çoğunluğun kaprislerinden makul ölçüde bağımsız bir yargı organı, demokrasiye büyük katkıda bulunabilir; gerek siyasal organlar karşısında bir frenler ve dengeler sistemini koruyabilecek gerek çağdaş toplumlarımızda çok tipik olan devlet-dışı veya devlet-benzeri iktidar merkezleri karşısında yeterli denetimi sağlayabilecek derecede aktif, dinamik ve yaratıcı bir yargı organı bunu başarabilir.”⁷¹

⁶⁷ A. Ernest Young, “Judicial Activism and Conservative Politics”, *Colorado Law Review*, C. 73, S. 4, 2002, s. 1139-1216; Keenan D. Kmiec, “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, *California Law Review*, C. 92, S. 5, 2004, s. 1441-1478; Roger Craig Green, “An Intellectual History of Judicial Activism”, (http://works.bepress.com/roger_craig_green/1/ erişim 07.05.2015), 2008, s.1-54; Özan Ergül, “Berraklaşırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’”, *TBB Dergisi*, S. 104, 2013, s.37-54; Serdar Korumcu, *Yargısal Aktivizm*, Seçkin Yayıncılık, b. 1, Ankara 2014.

⁶⁸ Kavram için bkz. Ran Hirschl, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C. 11, S. 1, 2004, s. 71-73.

⁶⁹ Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, s. 69.

⁷⁰ Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, s. 69.

⁷¹ Mauro Cappelletti, “‘Who Watches the Watchmen’ A Comparative Study on Judicial Responsibility”, *American Journal of Comparative Law*, V. 31, N. 1, 1983, s. 46’dan akataran Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, s. 69.

Hukuk devletinin gerekleri olarak dikkate alınan yasaların anayasa uygunluğunun sağlanması ve yönetimde hukuka bağlılığın yargı denetimine tabi olması ilkeleri, bu denetimin en etkili araçlarından olan yargı iradesinin güvenilirliğinin gerçekleştirilmesi gerekir. Zira bu güvenilirliği oluşturacak şartların sağlanamaması, bireylerin yargıya duyacakları güven duygusunu sarsacak ve hukuk devleti ilkesi ve toplumdaki adalet duygusu zedelenecektir.⁷²

Dolayısıyla yargının tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanması gerekir. Volcansek'in belirttiği gibi yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı bir madalyonun iki yüzü gibidir.⁷³ Locke da bu doğrultuda yasama ve yürütme iktidarlarının birleştiği bir yerde bağımsız, adaletli ve tarafsız bir yargı mercisinin olmadığını belirtmektedir.⁷⁴ Erdoğan'ın belirttiği gibi yargının bağımsızlığı "anayasal demokrasi"nin ve "hukuk devleti"nin esas koşullarından biridir. Özbudun'a göre de yargının siyasi irade karşısında bağımsızlığı, hükümet sistemi ne olursa olsun tüm anayasal demokrasilerin ve onlardan ayrılmaz bir unsur olarak hukuk devletinin vazgeçilmez bir koşuludur.⁷⁵ Bunun nedeni daha çok yargıcın hukuku yorumlarken normların anlamını onlardan etkilenen bireylerin görüşlerine uydurmasına yol açacak biçimde baskı altında olmamasına ve maddi olguları değerlendirirken bireysel çıkar veya masalahata uygunluk mülahazalarından etkilenmemesine olan evrensel ihtiyaçtır. Bir başka anlatımla, yargı bağımsızlığının gerekçesi, yargıcın kendisine verilen görevleri yerine getirirken iktidar iradesinden gelebilecek müdahalelerden masun olmasıdır. Bu durum, anayasal demokrasi anlayışının doruk noktasıdır. Zira herhangi bir harici etki ve baskıya karşı korunmadığı sürece, yargıç adaleti hukuka uygun olarak ve tarafsızca dağıtacak bir konumda değildir. Dolayısıyla, yargıcın efendisi hukuk, sadece hukuk olmalıdır. Yargı bağımsızlığı bunun yanında bireylerin hak ve özgürlüklerinin en önemli güvencelerinden biridir.⁷⁶

⁷² Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2003, s. 85.

⁷³ Mary L. Volcansek, "Appointing Judges the European Way", *Fordham Urban Law Journal*, V. 34, 2007, s. 365.

⁷⁴ John Locke, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, s. 97. Gerçi Locke'un yargı anlayışı önemli bir sorun içermektedir; zira O yargıyı yasama iktidarının ya kendisi ya da bir türevi olarak ele almaktadır.

⁷⁵ Özbudun, *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci*, s. 147.

⁷⁶ Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük*, s. 25.

Bu nedenle artık yargı bağımsız ve tarafsız olsun mu olmasın mı aşaması sona ermiştir. Yargı bağımsız ve tarafsız olmak zorundadır. Bireylerin bu tür bir yargıyı isteme hakları vardır. Bu hak iktidar tarafından dikkate alınmak zorundadır. Dolayısıyla kâğıt üzerindeki gerçekliklerin yargı pratiğine de aktarılması zorunludur. Şahbaz'ın da belirttiği gibi bu noktada yargıçların profesyonellikleri önem kazanmaktadır. Zira profesyonelliğin kaliteyi artıracığı yönünde yaygın kanaat söz konusudur. Yargının kalitesi yoksa bağımsızlığının bir anlamı yoktur; yargı bağımsız değilse de kaliteli olması mümkün değildir.⁷⁷

Bağımsızlık iki organ arasındaki ilişkinin niteliği ile ilgilidir ve bu organlardan birinin fonksiyonel açıdan diğerinin etki ve karışması olmaksızın çalışabilmesidir. Yargıç karar verirken hiçbir şekilde hiçbir sebeple hiç kimsenin, hiçbir iradenin etkisi altında girmeyen kimse değildir. İşte yargıcın bu biçimde karar oluşturabilmesi için hem bu niteliği kazanabilecek şekilde yetiştirilmesi hem de anayasal ve yasal düzenlemelerin gerekli ortamı hazırlaması gerekir.⁷⁸ Bağımsız yargı hukuk devletini, hukukun üstünlüğünü en biçimde sağlayan sistem olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda yargı iradesine ilişkin atama, tayin, azil ile ilgili işlemler yasama ve yürütmenin elinden alınmalı ve bağımsız bir organa verilmelidir.⁷⁹

Yargının tarafsızlığına gelince yargıçlar iki anlamda tarafgir olabilmektedirler. İlk olarak dış etkenlerden kaynaklanan tarafgirlikten söz edilebilir. Bu durum partiler, meclis ve hükümet gibi iktidar odaklarının yargı üzerinde güç kullanabilmeleri neticesinde ortaya çıkabilir. Ancak bu tür tarafgirlik yargının siyasi iktidardan bağımsız olmasını sağlayan kurumlar yoluyla önemli oranda giderilebilir. Buna karşılık, bir de bizatihi yargıcın önyargı ve sempatilerinden, özellikle de bunları yargısal karar verme sürecine karıştırmalarından doğan içsel tarafgirlik söz konusudur. Bu durum da yargıçların nasıl atandıklarından ziyade kimlerin yargıç olarak atandıklarıyla ve onların hukuk kültürüyle alakalıdır. Gerçekten de yargıçlar arasında mevcut siyasi ve sosyal düzeni savunmaya eğilimli olma anlamında muhafazakâr bir tarafgirlik oldukça sık rastlanan bir durumdur. Bu aynı zamanda

⁷⁷ İbrahim Şahbaz, "AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C: 25, 2008, 229-289, s. 232.

⁷⁸ Şahbaz, a.g.e., s. 233.

⁷⁹ Şahbaz, a.g.e., s. 233-234.

yargıçların geldikleri toplumsal katmanla ve aldıkları eğitimle de yakından ilişkilidir.⁸⁰

Erdoğan'ın belirttiği gibi yargının kurumsal olarak bağımsız olması yargıçların iktidar iradesi ve devlet iktidarı karşısında tarafsız davranacaklarını her zaman garanti etmemektedir. Hatta kimi zaman kurumsal bağımsızlık cari rejim doğrultusunda bir tarafgirliğin maske haline de gelebilir. Bu durum, ideolojik devletlerde sıkça rastlanan bir durumdur. Bu biçimdeki devletlerde yargıçların kendilerini hukukun evrensel amaçları olan, adalet, özgürlük ve barış ilkelerinden ziyade cari rejimin ideolojik tercihlerini korumakla görevli saymaları genel bir eğilimdir. Bu da hukuku gündelik siyasal faaliyetlerin basit bir aracına dönüştürür. Yargıçların kendilerini halk adına bağımsız bir irade olarak değil de, yerleşik kurumsal yapı çerçevesindeki devletin bekçileri (rejim muhafızı), olarak görmeleri özgür bir toplum için akla gelebilecek en büyük tehlikelerden biridir.⁸¹

Görüldüğü gibi yargı kararlarının adaletli olması için yargı iradesinin kesin olarak tarafsız olması şarttır. Tarafsızlık hâkimlerin hem dış çevrelerinin hem de kendi bireysel çıkarları, siyasal görüşleri, felsefi düşünceleri ve kanaatlerinin etkisinde kalmadan karar vermeleri anlamına gelir. Nitekim mahkemelere tanınan bağımsızlığın amacı da işte bu tarafsızlığı gerçekleştirmektir.⁸² Olması gereken yargıçların bağımsız ve tarafsız şekilde hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm tesis etmeleridir.⁸³ Gerçekten de vicdan ve hukuk, yargıçların bir yargılamada referans almaları gereken hayati öneme sahip iki unsurdur. Nitekim Montesquieu şöyle demektedir: "Yasaları yapma, kamuya yönelik kararları alma ve suçları yargılama yetkilerini aynı elde topladınız mı, her şey bitmiştir insan için. ... Yargılama yetkisi, yasama erkiyle uygulama erkinden ayrılmazsa ortada yine özgürlük diye bir şey kalmaz. Yargılama erki yasama erkiyle birleştirilseydi vatandaşların yaşamı ve özgürlüğü üstündeki erk keyfi hale gelirdi: Çünkü yargıç aynı zamanda yasa yapıcısı olurdu. Uygulama erkiyle birleştirilseydi, o zaman yargıcın elinde yargılama erkinden başka bir de baskı kuvveti bulunurdu".⁸⁴

⁸⁰ Erdoğan, Anayasa ve Özgürlük, s. 25.

⁸¹ Erdoğan, Anayasa ve Özgürlük, s. 26.

⁸² Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 7. Baskı, Konya 2012, s. 284.

⁸³ Murat Sevinç, Anayasa Yazıları, İmaj Yayınevi, Ankara 2010, s. 318.

⁸⁴ Mehmet Akad ve Bihterin Vural Dinçkol, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul 2013, s.

Bağımsız ve tarafsız bir yargı hukuk devleti ve çoğulcu demokrasinin olmazsa olmazıdır. Yargı iradesi bu işleviyle denetim ve denge olgusunun en önemli unsudur. Hukuk düzeninde devletin ve genel olarak iktidarın tüm değişik görünüm biçimlerinin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması gerekir. Bu denetim Tanör ve Yüzbaşıoğlu'nun belirttiği üzere kuralların niteliğine bağlı olarak çeşitli kademelere ayrılır. Birey-devlet ilişkilerinde daha ziyade idari eylem ve işlemlerle karşı karşıya gelindiğinden ilk kademe yürütme iradesinin yargı denetimine bağlı olması gerekir. İkinci adım yasama iradesi karşısında hukuk güvenliği sorundur. Yasama iradesinin de anayasaya uygunluğu tam manasıyla sağlanmalıdır. Nihayet üçüncü aşama da, anayasanın kendisinin hukuk devleti ilke ve gerekleri karşısındaki sınavı nasıl verdiğidir.⁸⁵ Yargının bu geniş kapsamlı denetimi ancak tarafsız ve bağımsız bir yargı düzeni ile kurulur. Zira hâkimlerin bağımsızlığı, onların hiçbir baskı ve etki altına kalmadan, hukuka ve vicdanlarına göre karar vermelerini hedefler. Hâkimlerin görevlerine ilişkin bu objektif bağımsızlık, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp; adaletin ve her türlü etki, baskı, yönlendirme ve şüpheden uzak dağıtacağı yolundaki güven ve inancı yerleştirmektedir.⁸⁶

Sonuç

Hukuk ve siyaset ilişkisi oldukça kaygan bir zeminde yer almaktadır. Siyaset bulunduğu ortamda geniş bir hacim bulmaya eğilim gösterirken hukuk belirliliği, tanımlılığı ve nihai olarak sınırlılığı ifade eder. Siyaset en hafif tabirle pragmatizmle hareket eder. Hukuk ise belirliliği ve güvenliği yaşam pratiğinde eylemselleştirir. Dolayısıyla siyaset ve onun somut bir formu olarak siyasal iktidar gerektiğinde hak ve özgürlükleri ihlal eder, kısıtlar ve hatta askıya alır. Hukuk ise hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanmasını ve geliştirilmesini amaçlar. Hukuk bu işlevini siyasal iktidarı dengeleyerek ve denetleyerek yerine getirir. Şu halde hukuk öncelikle siyasal iktidarı belirler. Belirleme faaliyeti ile hukuk siyasal iktidarın bulunduğu konumu ve hacmini hesaplar. İkinci olarak hukuk siyasal iktidarı tanımlar. Tanımlama ile

151-152.

⁸⁵ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul 2016, s. 110.

⁸⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 461.

hukuk siyasal iktidarın ne olduğunu sorgular ve nesnel bir araç olarak kullanılmasını sağlar. Üçüncü olarak hukuk siyasal iktidarı sınırlandırır. Bu işleviyle hukuk siyasal iktidarın hacmini kısıtlar ve potansiyel alan genişlemesinin önüne geçer. Nihai olarak hukuk siyasal iktidarı böler. Bu şekilde de siyasal iktidarın çekim gücünü azaltır ve iktidarın yoğunlaşıp tortulaşmasını önler.

İşte hukuk bu işlevlerini somut bir kurumsal aracı ile yani yargı aracılığıyla yapar. Yargı siyasal iktidarı denetleme ve dengeleme sürecinde en önemli araçtır. Yargı her şeyden önce devlet iktidarları arasında hem bir öznedir hem de öznelerin en önemlisidir. Yargı bir öznedir; zira devlet iktidarları arasında momenti sağlayan iradedir. Yargı aynı zamanda en önemli öznedir; çünkü diğer iktidarları hukukun tanımlanmış alanı içerisinde tutarak, yani yargılayarak denetler.

İdeoloji siyaseti olduğu gibi hukukun en önemli kurumu olarak yargıyı da çürütebilecek en önemli olgudur. Elbette hâkimler kanunlara uymakla birlikte kanunun açık olmadığı durumlarda yargılamada hâkimlerin kanaatleri oldukça hayati bir rol oynar.⁸⁷ Ancak ideoloji maalesef hâkimlerin karar alırken gerek dışsal gerek içsel olarak referans aldıkları en önemli faktör olarak varlık bulmaktadır. Nitekim Sunstein'in de ifade ettiği gibi devlet başkanları bu gerçekliğin farkında olup atamalarda bunu büyük bir sevgiyle dikkate alırlar. Amerika Birleşik Devletleri'nde cumhuriyetçi üyeler demokratik üyelerden pek çok noktada farklı kararlar vermektedirler ki ayırım sahalı olarak cinsiyet ayrımcılığı, çevre korunması, iş hukuku, engelli ayrımcılığı ve daha pek çoğu sayılabilir.⁸⁸

Bununla birlikte yargı iradesine, özellikle de anayasa yargısına ilişkin "yargıçlar hükümeti" tartışmasına kanımızca temkinli yaklaşmak gerekir. Bu tartışmadan hareketle yargıyı sınırlandırma girişimleri iktidarın hukuki denetim alanı dışına çıkmasına neden olmamalıdır. Siyasi iktidarın kuvvetler ayrılığı sistemi içerisinde tekil ve tekel olma refleksini dengeleyecek bir yargı denetimi hukuk devleti idealini hayata geçirecek önemli bir araçtır. Şüphesiz yargı her türlü ideolojik saplantıdan uzak bağımsız ve tarafsız olmalıdır; ancak bu durum si-

⁸⁷ Cass R. Sunstein ve diğerleri, *Are Judges Political?*, Brookings Institution Press, Washington 2006, s. 147.

⁸⁸ Sunstein ve diğerleri, a.g.e., s. 147-148.

yasal iktidarlar tarafından yargı iradesinin araçsallaştırılmasına meydan vermemelidir. Sonuç olarak bağımsız ve tarafsız bir yargı iradesi demokratik bir hukuk devleti için olmazsa olmaz öncelikli koşuldur. Bağımsız ve tarafsız bir yargısı olmayan bir rejim demokratik devlet de değildir hukuk devleti de değildir. Anayasal demokrasi olarak da formüleleştirilen demokratik hukuk devleti insan hak ve özgürlüklerinin en büyük güvencesi konumundadır.

Kaynakça

- Akad Mehmet ve Bihterin Vural Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul 2013.
- Atar Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 7. Baskı, Konya 2012.
- Bellamy Richard, "Constitutionalism", https://www.researchgate.net/publication/311261951_Constitutionalism, s. 6, erişim 7.1.2018.
- Bethaam David, Demokrasi ve İnsan Hakları, Liberte Yayınları, Çev. Bilal Canatan, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Bentham Jeremy, Yasamanın İlkeleri, XII Levha Yayınları, Çev. Barkın Asal, İstanbul 2011
- Butleritche David, "The Confines of Modern Constitutionalism", *Pierce Law Review*, V. 3, N. 1, 2004, 1-32.
- Cappelletti Mauro, "Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility", *American Journal of Comparative Law*, V. 31, N. 1, 1983.
- Canetti Elias, Kitle ve İktidar, Çev. Gülşat Aygen, Ayrıntı Yayınları, 5. Basım, İstanbul 2012.
- Çağlar Bakır, "Yeni-Anayasacılık Üzerine Notlar", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 6, S. 1-3, 1985, 29-42.
- Dobner Petra, "More Law, Less Democracy", *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, New York 2010.
- Dworkin Ronald, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39.
- Erdoğan Mustafa, Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
- Erdoğan Mustafa, Hukuk ve Demokrasi, Kesit Yayınları, İstanbul 2013.
- Friedrich Carl J., Sınırlı Devlet, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Gönenç Levent, Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2015.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınevi, 5. Baskı, Bursa 2014.
- Griffin Stephen M., American Constitutionalism, Princeton University Press, New Jersey 1996.

- Grimm Dieter, "The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Cahnged World", *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, New York, 2010.
- Gül Cengiz, İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Adalet Yayınları, Ankara 2010.
- Hawley Amos H., "Community Power and Urban Renewal Success", *The American Journal of Sociology*, C. 68, S. 4, 1963.
- Hirschl Ran, "The Political Origins of the New Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C. 11, S. 1, 2004.
- Kaboğlu İbrahim Ö., "Anayasa 'Toplumun Özgeçmiş'i' Olabilir Mi?", içinde, Türkiye'nin Anayasa Gündemi, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016.
- Kapani Münci, Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınları, 19. Basım, Ankara 2007.
- Locke John, Hükümet Üzerine Birinci İnceleme, İmaj Yayınevi, 2. Baskı, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara 2015.
- Locke John, Hükümet Üzerine İkinci İnceleme, Eksi Yayınları, 3. Baskı, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara 2016.
- Loughlin Martin ve Petra Dobner, *The Twilight of Consttutionalism*, Oxford University Press, New York 2010.
- Machiavelli Nicolo, Prens, Remzi Kitabevi, 3. Basım, İstanbul, 2016.
- Nye Joseph S., "The Changing Nature of World Power", *Political Science Quarterly*, V. 105, S. 2, 1990.
- Oder Bertil Emrah, "Anayasa Nedir? Anayasacılık Nedir?" içinde Türkiye'nin Anayasa Gündemi, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2016.
- Özbudun Ergun, Türkiye'de Demokratikleşme Serüveni, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.
- Özbudun Ergun, Anayasacılık ve Demokrasi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara 2016.
- Palavric Seada, "Yargının Bağımsızlığı, Yargının Tarafsızlığı ve Sorumluluğu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 27, 2010, 23-26.
- Rosenfeld Michel, "The Rule of Law and the LEgitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review*, V. 74, 2001, 1307-1351.
- Rousseau Jean Jacques, Toplum Sözleşmesi, Çev. Ayşe Meral, Alfa Yayınları, İstanbul 2016.
- Russell Bertrand, İktidar, Cem Yayınevi, 1. Basım, Çev. Mete Ergin, İstanbul 2014.
- Sabuncu Yavuz, Anayasaya Giriş, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2003.
- Sartori Givanni, "How Far Can Free Government Travel?", *Journal of Democracy*, V. 6, N. 3, 101-111.
- Sevinç Murat, Anayasa Yazıları, İmaj Yayınevi, Ankara 2010.
- Stinebrickner Bruce, "Robert A. Dahl an the essentials of Modern Political Analysis: politics, influence, power, and polyarchy", *Journal of Political Power*, 2015, 189-207.

- Sunstein Cass R. ve diğerleri, *Are Judges Political?* Brookings Institution Press, Washington 2006.
- Şahbaz İbrahim, "AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C: 25, 2008, 229-289.
- Tanör Bülent ve Necmi Yüzabaşoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul 2016.
- Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2001.
- Troper Michel, "Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi", Çev. Burak Öztürk, Demokrasi ve Yargı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ed. Ozan Ergül, Ankara 2005.
- Tunçay Mete, *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2014.
- Uygun Oktay, *Demokrasi*, XII Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2014.
- Volcansek Mary L., "Appointing Judges the European Way", *Fordham Urban Law Journal*, V. 34, 2007
- Yücel Tahsin, *Gökdelen*, Can Yayınları, İstanbul 2006.