

# Hukuk Devleti Kavramına Hukuki Pozitivizm Penceresinden Bir Bakış<sup>(\*)</sup>

## A Look at the Concept of "Rule of Law" from the Perspective of Legal Positivism

Dr. Öğr. Üyesi Hatike Dilara AĞAOĞLU CANAY<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Hukuk devleti tarih boyunca farklı şekillerde, farklı anlamlandırmalarla belirmiş, ondan farklı işlevleri yerine getirmesi beklenmiştir. Hukuk devleti, rule of law, dueprocess, reichstaadt gibi farklı kavramlarla ifade edilse de, prosedürel- maddi hukuk devleti gibi ayrımlarla farklı anlamları öne çıkarılıp belirleyici kabul edilse de, keyfilliği önleyeceği öngörülen ve amaçlanan bir ilkedен söz edildiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu çalışma, kavramın farklı anlamlarının tüketici bir şekilde açıklanmasını amaçlamamaktadır. Fakat kavramın önleyeceği iddiasında/vaadinde bulunduğu keyfilliği hangi kaynaktan temellendirerek önleyeceği üzerinde düşünmenin önemini akılda tutmak gerektiğinden hareketle kaleme alınmıştır. Buna göre hukukun kaynağı konusundaki felsefi kabul, hukuk devleti kavramına içeriğini kazandıracak temel unsurdur. Kimin ya da devletin hangi unsurunun kimin lehine sınırlanıyor olduğu da bu bağlamda belirleyicidir. Bireye hukuk özneliğini teslim eden modern devlet, bunu ancak hukukun kaynağını bir dine bağlamamakla ve bununla birlikte bireylere istedikleri dine mensup olmak ve dahi hiçbir dine mensup olmamak özgürlüğünü sağlayarak gerçekleştirebilir.

### Anahtar Kelimeler:

Hukuki Pozitivizm, Hukuk Devleti, Laiklik, Kaynaklar Tezi.

### Abstract:

The rule of law has appeared in different forms and with different meanings throughout history, and it has been expected to fulfill different functions. Even though the rule of law is expressed with different concepts such as rule of law, due process, reichstaadt, and its different meanings are highlighted and accepted as decisive with distinctions such as procedural-substantive rule of law, there is no doubt that we are talking about a principle that is foreseen and intended to prevent arbitrariness. This study does not aim to explain the different meanings of the concept in an exhaustive way. However, it was written based on the need to keep in mind the importance of the rule of law's this particular claim/promise: On which source would the rule of law prevent arbitrariness base? Accordingly, the philosophical assumption on the source of law is the fundamental element that will give its content to the concept of the rule of law. In this context, it is also decisive who or which element of the state is being restricted in whose favor. The modern state, which gives legal subjectivity to the individual, can only achieve this by not linking the source of law to a religion and by providing individuals with the freedom to belong to any religion they want or even not to belong to any religion.

### Keywords:

Legal Positivism, Rule of Law, Secularism, Sources Thesis.

<sup>(\*)</sup> Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 26.03.2024 - Makale Kabul Tarihi: 03.06.2024.

<sup>(\*\*)</sup> Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: hdacanay@baskent.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-7980-7856>.

## GİRİŞ

İnsanlar, bir arada yaşamaya yazgılı canlılardır. “Yazgı” kavramına metafizik ya da dinsel bir anlam yüklemeyen, felsefi, antropolojik ya da sosyolojik kavram ve bilgi seti de bu cümleyi kurmaya yetecektir. Gerçekten, alışılmış şekilde Robinson Crusoe ya da Hay Bin Yakzan ile örneklenen yalnız yaşama kurgularını hariç tutarsak, bir arada yaşamının kendisi değil ama biçimleri ve en çok da “kuralları” tartışma konusu olagelmıştır.

İnsanların bir arada yaşamalarını fiilen mümkün kılan şey, çeşitli normatif alanların kurallarıdır.<sup>1</sup> Gelenekler, ahlak kuralları, din kuralları, görgü kuralları ve nihayet modern çağda hepsini galebe çalan hukuk kuralları, bir insanın, bir topluluğun, bir ilahın vs “gönlünü yapmak” için mevcut değillerdir. Ama bu normatif alanlar, insanlar o kurallar dahilinde yaşadıklarında hayatın daha “iyi” ve “doğru” olacağı iddiasını taşır. Her normatif alan, insanların davranışlarına yönelik bir takım sınırlamalar içerir. Ne şekilde davranmak/davranmamak gerektiğine ilişkin önermeler, bu özelliğiyle özgürlüğü kısıtlarlar. Ya da özgürlük kavramına hukuki bağlamda “hak” anlamını yüklemeyen de, normatif önermeler, insanların davranma olanaklarını kısıtlayan, engelleyen görünmez ellerdir. Bu önermelerin öngördüğü şekilde davranmak, insanlar kendilerini mecbur hissettikleri için, öyle alıştukları için, yaptırımını göze alamadıkları için, karşılığındaki ödülü istedikleri için, ya da gerçekten ödev saikiyle öyle davranmayı doğru buldukları için söz konusu olabilir.<sup>2</sup> Hukuk, bu pür özgür/ keyfi davranmalara sınırlar getirme işlevini hukuk devleti kavramı çerçevesi içinde gerçekleştirir. Hukuk devleti, gündelik dilde de, hukukçuların dilinde de korunması, muhafaza edilmesi, ona uyulması gereken, olumlu anlamlarla yüklü bir ilke, bir amaç, bir idealdir. Hukuk devleti ilkesine uygun şekilde düzenlenmiş ve uygulanan hukukun keyfilikleri önleyeceği, bireylerin ve vatandaşların hakkının korunmasını sağlayacağı, adalet duygusunu tatmin edeceği düşünlür. Oysa kavramın barındırdığı çelişkiler, hukuk devletine riayetinin bir alanda engellediği varsayılabilir keyfiliğin başka bir alanda belirmesine, bu beklentilerin karşılanamamasına sebep olur. Hukuk devleti bu sebeple tarih boyunca farklı şekillerde, farklı anlamlandırmalarla belirmiş, ondan farklı işlevleri yerine getirmesi beklenmiştir. Hukuk devleti, rule of law, due process, reichstaadt gibi farklı kavramlarla ifade edilse de, prosedürel- maddi hukuk

<sup>1</sup> Durkheim'in “insanların bir arada yaşamasını sağlayan şey nedir” cümlesinin cevabını tartıştığı literatürünü ya da buna paralel veya alternatif sosyolojik ve politik yaklaşımları görmezden gelmek amacımız bulunmamaktadır. Bu indirgemeci cümle, açtığı tartışma alanlarının farkında olarak yazılmıştır ve bunları bu yazının sınırları içine almak da kanımızca gerekli ya da mümkün değildir.

<sup>2</sup> GÜRLER, Sercan, Felsefi Bir Sorun Olarak Hukuka İtaat Yükümlülüğü, İÜHFİM C. LXXII, S. 1, 2014, s.268., RAZ, Joseph, “Özgürlük Ahlakı”, Çev. Gürkan Özturan, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, Sakarya, 2016, s.89.

devleti gibi ayrımlarla farklı anlamları öne çıkarılıp belirleyici kabul edilse de, keyfiligi önleyeceği öngörülen ve amaçlanan bir ilkedен söz edildiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Bu çalışma, kavramın farklı anlamlarının tüketici bir şekilde açıklanmasını amaçlamamaktadır. Fakat kavramın önleyeceği iddiasında/vaadinde bulunduğu keyfiligi hangi kaynaktan temellendirerek önleyeceği üzerinde düşünmenin önemini akılda tutmak gerektiğinden hareketle kaleme alınmıştır. Hukukun kaynağı konusundaki felsefi kabul, hukuk devleti kavramına içeriğini kazandıracak temel unsurdur. Bu bağlamda kimin, devletin hangi unsurunun kimin lehine sınırlanıyor olduğu da belirleyicidir. Bu çalışmada, hukuk devleti kavramının dinamik içeriğine bir bakışla, içinde bulunduğumuz yüzyılın değişkenleri içinde nasıl belirdiğinin/beliberebileceğinin değerlendirilmesine çalışılacaktır.

## TARİHSEL TEMELLER

Hukuk devleti kavramını oluşturan iki kelime olan “hukuk” da “devlet” de tarih içinde değişik anlamlara sahip olmuştur. Bir terim olarak “hukuk devleti” birleşimini oluşturduklarında da kavram siyasi, ekonomik, toplumsal koşullar sebebiyle farklı şekillerde içeriklendirilmiştir.<sup>3</sup> Hukuk, ekonomi ve siyaset birbirinden ayrı alanlarda, birbirinden bağımsız terim ve dinamiklerle gerçekleşen yaşantılar değildir. Bu birbirini etkileme olgusu, farklı düşünürler tarafından farklı enstrümanlarla açıklanıp yorumlansa da, hepsi hukuk düzeninin bir iktidar dengesi tarafından belirlendiğini söyler.<sup>4</sup> İktidarın kim/kimler/ne olduğu, iktidara nasıl sahip olunduğu ise tarihsel verilerin farklı yorumlamalarına tabidir.

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları arasındaki tarihsel nüansı şimdilik görmezden gelerek ve her iki kavramın da işaret ettiği ortak bileşeni esas alarak denilebilir ki, söz konusu kavramların adını birer terim olarak 17. yy öncesinde aramak anakronizm sayılabilir. Ama yine de kavramın 17. yüzyıldan bugüne uzanan dinamik karakterini anlamak için bir köken izi sürmek de kaçınılmazdır. İngiliz hukukunda “rule of law”, Alman hukukunda “rechtsstaat”, Fransız hukukunda l’etat de droit ve Amerikan hukukunda “due process” olarak ifade edilen kavramlar, farklı tarihsel süreç ve saiklerle ortaya konmuş olsalar da iktidarın kullanıldığı farklı ellerden yargıya atfedilen üstünlüğe işaret eder. İngiliz ve Amerikan sistemlerinde devletin hukuk devleti olması, doğal haklara dokun(a) maması anlamına gelir.<sup>5</sup> Amerikan sisteminde bu dokunulmazlık, 14. Amend-

<sup>3</sup> AKTAŞ, Sururi, Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2020/1, s.3.

<sup>4</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti...s.119-120.

<sup>5</sup> ÖZCAN, age, s.125.

ment ile korunmuştur. Buna göre özellikle yasama ve idare bu temel haklara müdahale edemeyecek, maddi hukuk bakımından bu hakların korunmasını yargı organları sağlayacaktır.<sup>6</sup> Bu üç kavramın aralarında tarihsel farklar bulunmakta ve odak noktalarına farklı değişkenler almaktadırlar. Hukuk devleti terimi, çeviri olarak düşünülürse “rechstaadt” a karşılık gelmekle birlikte, hepsi farklı nüanslarla bir keyfilik önleme işlevini yerine getirmeyi amaçlamışlardır. Bu bağlamda, kullandığımız “hukuk devleti” kavramı, bu keyfilik önleme anlamına işaret eden ve bu nispette bu terimlerin hepsini kapsayacak şekilde ele alınmıştır.<sup>7</sup>

### Hukukun üstünlüğü

Amerikalı hukukçu Tamanaha, mensubu olduğu hukuk çevresinin konuya karşılık gelen kavramını, yani “hukukun üstünlüğü”nü değerlendirdiği kitabında meselenin Antik Yunan ve Roma’dan başlattığı köklerinden, uluslararası düzeyde nasıl işlediğine uzanan bir hat çizmiştir. Yazarın hukukun üstünlüğüne tarih boyunca atfedilen olumlu anlamın, onun değişken içeriğini ortadan kaldırmadığına, hatta bireysel haklara, demokrasiye, biçime ya da insan onuruna verdikleri ağırlığa bağlı olarak birbiriyle çelişen anlamlara da yol açabileceğine işaret etmiştir.<sup>8</sup>

Devlet yönetimi deyince gidilecek ilk adres olan antik Yunan düşüncesi, hukukun üstünlüğü için de önemli bir kaynaktır. Atina’da bir profesyonel hukukçular sınıfı ya da devlet görevlilerinin olmadığı, hukukun yurttaşların katılımıyla konulup uygulandığı bilinmektedir. Yurttaşların hukukun öznesi olduğu bu uygulama Atina’yı demokratik hukuk devletinin kökeni yapar ama yurttaşlık sıfatının pek çok sınıfı dışarıda bırakması ve herkese farklı hukuk standartlarının uygulanması, durumu bugünün bakışıyla tartışmalı hale getirir.<sup>9</sup> Platon’un, hükümetin hukukla sınırlandırılması gerektiğini söylemesi,<sup>10</sup> Aristoteles’in hukuku tutkularından etkilenmeyen akıl olarak tanımlaması<sup>11</sup> gelişigüzel, keyfi uygulamalar

<sup>6</sup> ÖZCAN, age, s.126.

<sup>7</sup> Pek çok kaynakta hukuk devleti kavramının farklı anlamlara sahip olduğu, farklı tarihsel koşullardan kaynaklandığı ve farklı değerleri öne çıkardığı ortaya konulmuştur. Her bir yaklaşım, kavrama kendi bakış açısından korunması ya da ulaştırılması gereken bir ideal olarak anlam yüklemiştir. Loughlin, hem bu çeşitlilik hem de içerdiği çelişkili anlamlar sebebiyle hukuk devletinin fiilen gerçekleşmesi imkansız olduğunun teslim edilmesini gerektiğini söylemektedir. Bu haliyle kavram ideolojik bir araç olmaya mahkumdur ve işlevi de hukuki değil siyasi olacaktır. Dolayısıyla hukuk devleti kavramı yazara göre kamu hukukunda kurucu bir kavram değildir. LOUGHLIN, Martin, Kamu Hukukunun Temelleri, Çev. Dilşad Çiğdem Sever, Kivılcım Turanlı, DİPNOT Yay., Ankara, 2017, s. 267.

<sup>8</sup> TAMANAHA, Brian Z, Hukukun Üstünlüğü, Çev. Ali Fahri Doğan, Runik Kitap, İstanbul 2020, s.17. Aslında bizim “hukuk devleti”ni kapsayıcı bir terim olarak kullanmamız gibi, farklı içeriklerine işaret ederek, Tamanaha da “hukukun üstünlüğünü” bir kesişim noktası olarak ele almıştır.

<sup>9</sup> TAMANAHA, s. 22.

<sup>10</sup> PLATON, Yasalar, Çev. Candan Şentuna- Saffet Babür, Kabcacı Yay., İstanbul, 3.b., 2007, s. 173.

<sup>11</sup> ARİSTOTELES, Politika, Çev. Mete Tuncay, Remzi Kitabevi, 1975, s.103.

karşısında bulunan bir sınırın, bir ölçünün formülleridir. Gerçekten kişilerin ya da grupların keyfi uygulamalarına karşı güvence ve düzen olarak hukuku istemek, zamandan ve mekandan bağımsız bir amaç olarak görünmektedir. Platon da Aristoteles de hukukun uygulanmak için insan eline muhtaç olması gerçeği karşısında, bu yetkiyi keyfi davranma ihtimali en az olduğunu düşündükleri kişilere vermek gerektiğini de söylemişler, eğitimsiz ve yetenezsiz avamın dahil olduğu demokrasiye mesafeli durmuşlardır.<sup>12</sup>

Roma hukuku da hukukun sistematikleşmesinin ve profesyonelleşmesinin doğal hukukun gelişmesine eşliğiyle birlikte, bir ölçüde hukukun üstünlüğü ve demokrasi arasındaki çatışmaya sahne olmuştur. Bununla birlikte Roma hukukunun esasen özel hukukun sistematikleşmesi olduğu akılda tutulacak olursa, hukukun üstünlüğü aracılığıyla keyfiliği önlenmek istenen bir siyasi iktidardan ziyade, çoklu hukuk ortamı içinde, yazılı yasalar aracılığıyla yaratılacak güven ortamının öncelikli olduğu söylenebilir.<sup>13</sup> Bu bağlamda Yunan ve Roma meclis yapıları, dolayısıyla demokrasileri arasındaki fark belirleyici sayılabilir. Yunan yurttaşının sahip olduğu eşit konuşma hakkı karşısında, Roma'da statülere göre belirlenen meclis, deneyimsiz ve yetersiz kişilerin söz sahibi olmasını engelliyor ve yönetime bir disiplin getiriyordu.<sup>14</sup>

Cicero, hukuku insanın zihninde tasarlamadığı, halkların kararı olmayan, evreni emir ve yasaklarıyla bilgece yöneten ebedi bir olgu olarak nitelendirir. Bu ilk ve son yasa, her şeyi düzenleyen en yüksek akıl olan tanrının aklıdır. İnsan bu aklı koruyup hukuk olarak düzenler.<sup>15</sup> Doğaya uygun doğru akıl olarak nitelendirilen gerçek yasayı değiştirmek günahdır, ne Senatus ne de halk bu yasayı yürürlükten kaldıracaktır. Bu yasanın kurucusu olan, efendi niteliğindeki tanrıdır.<sup>16</sup>

Görünen odur ki Roma hukuku dinsel bir karakter taşımaktadır ve İmparatorluk sonrası feodal bölünmüşlük koşullarında dahi kilise tarafından temsil edilen bir ilahi ölçü bulunmaktadır.<sup>17</sup> 11. Yüzyılda Bologna'da kurulmuş olan ve ilk üniversite sayılan öğretim kurumunun vereceği hukuk eğitimi de hukukla teolojiyi uzlaştıracak, kilisenin denetiminde faaliyet gösterecektir.<sup>18</sup>

Ortaçağ'da krallar ve imparatorların mutlak hakimiyetlerini sınırlamak için işe koşulan hukuk, esas olarak dinden ya da kadim örflerden temelleniyordu.

<sup>12</sup> TAMANAHA, s. 26; ARİSTOTELES, Politika, s.182.

<sup>13</sup> VİNOGRADOFF, Paul, Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku, Çev. Ferhat Düzgören, Sevtap Mehtin, Ahmet Ulvi Türkbağ, Erol Öz, Taner Ayanoğlu, Göçebe Yay., İstanbul, 1997, s. 23.24.

<sup>14</sup> ARSAL, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, 3.b. İstanbul, 1948, s. 86, 144, 199.

<sup>15</sup> CİCERO, Yasalar Üzerine, Çev. C. Cengiz Çevik, Türkiye İş Bankası Kültür Yaygı, İstanbul, 2016, s.37.

<sup>16</sup> CİCERO, Devlet Üzerine, Çev. C. Cengiz Çevik, İthaki Yay., İstanbul, 2014, s.202.

<sup>17</sup> ÖZCAN, Mehmet Tevfik, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, Tekin Yay., İstanbul, 2017, s.33.

<sup>18</sup> ÖZCAN, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 36.

Tamanaha, bu sınırlama kaygısı ve ilkesinin hukukun egemenliği olduğunu söyleyerek ne şekillerde belirlediğini formüle etmiştir: Bunlardan biri, kralların keyfi davranmayacaklarının garantisi olarak hukuka uyacaklarına dair yemin etmeleridir. Yine kralların uyacakları hukuka dair anlaşmalar imzalaması ve genel olarak hukuka uygun davranmanın monarklara meşruiyet kazandırdığının farkına varmaları da bu cümleden sayılmıştır.<sup>19</sup> Elbette hukuka uyma güvencesini kralın ettiği yemine ya da sahip olduğu meşruiyetten vazgeçemeyeceği zannına bağlamak fazla iyiniyetlilik olurdu. Bununla birlikte monarkları “bağlayan” “hukuk”, ya da daha doğrusu bu hukuku anlamlandırma biçimi, monarkların keyfi davransalar da zaten uygulayacak oldukları hukuka denk düşüyorsa bu güvencenin anlamını ve modern hukuka bu tereddütün nasıl yansıtacağını da değerlendirmek gerekir. Nitekim Özcan’ın da Napolyon örneği üzerinden, seküler karakterli monarşinin dahi meşruiyetini güçlendirmek için dinsel kurumlara ihtiyaç duyduğuna işaret etmiş olması bu çekincemizi güçlendirmektedir.<sup>20</sup>

Antik Yunan düşüncesinde siyasi alan, birbirinden zengin ve fakir olarak ayrılan ama eşit yurttaşlardan oluşuyordu. Feodal ortaçağda ise fakir sınıfın siyasi alanda hiçbir şekilde yeri yoktu.<sup>21</sup> İktidarın her şekilde zenginlikle ilgili olduğu vakıası karşısında, Antik Yunan’da keyfiliği önlenecek olan iktidarın belirlenmesi daha kolaydı. Ancak feodal ortaçağda feodal lordlar, kilise ve monarklardan oluşan, değişen koşullara ve çıkarlara göre değişen ittifaklar oluşturabilen iktidar bileşenlerinin hangilerinin keyfiliğinin kimin lehine önleneceği daha belirsizdi.

Reform ve Aydınlanma, ilahi olanla dünyevi olanı birbirinden ayırdı. Bu bağlamda modernite, insanların bir arada yaşama biçimlerini pek çok açıdan değiştirmiş, yeniden biçimlendirmiş, modernitenin bu dönüştürücü etkisinden hukuk da payına düşeni almıştır. Modern öncesi dönemde hukuk, meşruluğunu ve iktidarını dinden alırken, kapitalizmin gelişme sürecinde bu duruma meydan okuyan insan aklı, kendi meşruiyet zeminini formüle etmiştir.<sup>22</sup> Yeni bir toplumsal grup olarak ortaya çıkan burjuvazinin yaşam biçimi ve çıkarları, dinin hayatın her alanını düzenleyen iktidarının yerinden çıkarılmasını, dinin düzenleme gücünün özel alanla sınırlanmasını, kamusal alanın ise başka dinamiklere bırakılmasını getirmiştir.<sup>23</sup> İmparatorluklardan ulus devletlere giden bu yeni yönetim modeli içinde artık toplum Tanrı’ya/devlete göre belirlenmeyecek, birey özneliğini hu-

<sup>19</sup> TAMANAHA, s. 51.

<sup>20</sup> ÖZCAN, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 45.

<sup>21</sup> WOOD, Ellen Meiksins, Yurttaşlardan Lordlara, Eskiçağlardan Ortaçağlara Batı Siyasal Düşüncesinin Toplumsal Tarihi, Çev. Oya Ökmen, Yordam Yay., İstanbul, 2008, s.207.

<sup>22</sup> ÖZCAN, Mehmet Tevfik, Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti, İÜHF, C. LXIV, S.2, 2006, s. 119.

<sup>23</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti, s. 121.

kuka dayandıracaktır.<sup>24</sup> Bir başka deyişle Ortaçağ'da monarkların uymak zorunda oldukları ya da uymayı taahhüt ettikleri mevcut hukukun, Tanrıdan, kadim örf-ten ya da doğal hukuktan formüle edildiği için, "üstünlüğü" konusunda kimse- nin tereddütü yokken, artık mutlak kanun koyma yetkisi doğal hukuktan ya da Tanrı'dan dünyevi iktidarın kendisine geçmiştir ve bu iktidarın kendisini nasıl sınırlayacağı kısırdöngüsü içine girilmiştir.<sup>25</sup>

Reform hareketleri devamında, feodalite yavaş yavaş çözülürken belirme- ye başlayan hukukun üstünlüğü kavramı karşısında Hobbes, hukuku egemenin buyruğu olarak tanımlamıştı. Herhangi bir yasal sınırlamaya tabi olmayan ege- men, hukukun onu yapan tarafından değiştirilebileceği mantığıyla dahi huku- ka tabi kılınamazdı. Kuvvetler ayrılığı da toplumsal düzeni bozacağı için kabul edilemezdi. O zaman Hobbes için hukukun üstünlüğü imkanı da yoktu. Aslında Antik Yunan- Roma ve Ortaçağlarda monarkı en azından teorik olarak kısıtlayan, ondan üstün bir güç bulunuyorken, Hobbes bu olanağı da ortadan kaldırmış olu- yordu. "*Uriah'ın Davud tarafından öldürülmesinde olduğu gibi bu eylem, hak- kaniyete aykırı olarak, doğal hukukla çelişkili olduğu halde; bu Uriah'a değil Tanrı'ya yapılmış bir haksızlık idi. Çünkü... istediği her şeyi yapabilme hakkı, ona (Davud'a) bizzat Uriah tarafından verilmişti; eylemin Tanrı'ya yapılmış bir haksızlık olmasının nedeni ise, Davud'un Tanrı'nın bir uyuğu olması ve Tanrı'nın, doğal hukukla, bütün adaletsizlikleri yasaklamış olmasıdır.*"<sup>26</sup> Hob- bes, kaynağı Tanrı olan bir ilahi yasayı, evrensel ve değişmez, bütün insanların tabi olduğu doğa yasasını kabul ediyordu. Bu anlamda egemenin yasasının buna uygun olması gerektiğini de söylüyordu. Ancak Hobbes, ilahi yasayı ilan eden kişinin yetkisinden, onun ilahi yasayı doğru beyan edip etmediğinden asla emin olunamayacağını da teslim ediyordu. "*Kutsallık taklit edilebilir*"<sup>27</sup> diyerek ifade ettiği bu durum, bu taklit edilebilme tehlikesini belki de tek bir yere, devlete toplamış oluyordu. Kutsal kitapların ancak devlet otoritesiyle yasa hükmü olabi- leceğini kabul etmesi,<sup>28</sup> hukukun maddi kaynağının ilahi olabileceğini, fakat bu- nun ancak egemen eliyle pozitif hukuka dönüşebileceğini ifade ederek, egemene hukuku ilahi kaynaktan olmayacak bir şekilde içeriklendirebilme kapısını açmış oluyordu. Bu yeni akıl yürütme, egemenin Tanrı'ya olan sorumluluğun halk tara- fından hesap sorulamaz bir kişisel sorumluluk haline getirilmesi anlamını doğu- ruyordu. Yani Hobbes, hukuku dinsel kaynaktan koparıp beşeri iktidara verirken aslında hukukun üstünlüğünü temelsiz ve bireyi de güvencesiz bırakmış oluyor-

<sup>24</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti, s. 122.

<sup>25</sup> TAMANAHA, s. 52.

<sup>26</sup> HOBBS, Thomas, Leviathan, Çev. Semih Lim, YKY Yay., 6. b., İstanbul, 2007, s. 157.

<sup>27</sup> HOBBS, s.203.

<sup>28</sup> HOBBS, s.472.

du.<sup>29</sup> Bireyin sözleşme sonrasında elindeki tek imkan, yaşam haklarına bir tehdit yöneldiğinde direnme haklarıydı.<sup>30</sup> Bu düşünsel kısırdöngüden çıkma yolunu Locke, egemeni de sözleşmenin tarafı yaparak ve yasamayla yürütmeyi ayırarak gösterdi. Buna göre devletin halkı oluşturanların yaşamları ya da servetleri üzerinde bir keyfiligi söz konusu değildir. Çünkü devletin iktidarı, halkın ona verdiği ile sınırlıdır. Bu iktidar, adalet dağıtmak yükümlülüğünü çıkar yüzünden yanlış aktarabilir ya da ya da yanlış uygulayabilir diye, ilan edilmiş ve kurumsallaşmış yasalar şarttır. Bununla birlikte yasa yapma iktidarına sahip organın yasayı kendi özel çıkarına uydurmaması için de yasaların yürütülmesini gözetlemesi gereken bir iktidar öngörür.<sup>31</sup> Ancak ne yasamaya sınırlama, ne yargıya bağımsızlık, ne de idareye karşı bir yargısal denetim mekanizması öngörmüştür.<sup>32</sup> Kuvvetler ayrılığını, hukukun üstünlüğü altında yaşanan bir hayat olarak özgürlüğün garantisi olarak, Montesquieu formüle edecektir: “... kendisine yetki verilen her insan bu yetkiyi kötüye kullanmaya eğilimlidir; bir sınırla karşılaşınca kadar kötüye kullanmaya devam eder... İktidarın kötüye kullanılmaması için... iktidarın bizzat iktidarı durdurması gerekir.”<sup>33</sup>

17-18. yüzyıllarda ortaya çıkan liberalizm, ekonomik, kültürel, etik yönleriyle çok boyutlu bir kavramdır. Konumuzun bağlamı doğrultusunda, hukukun ve devletin kökeninin bulunduğu sosyal sözleşme geleneğine odaklanılacak olursa, indirgemeci olmak pahasına denilebilir ki özgür insanların barış içinde bir arada yaşamalarını sağlayan şey, müştereken yaptıkları bağlayıcı bir sosyal sözleşme ile oluşturdukları hukuki düzendir. Bu hukuki düzene uyma zorunluluğunun kaynağı artık Tanrı ya da doğal hukuk değil sözleşmeci bireylerin özgür rızalarıdır. Bu özgürlüğe, her bir rızanın eşit değerinde olduğu fikri eşlik eder. Bireyler tesis edilen hukuki düzene uymaya rıza gösterirken de, o hukuki düzen karşısında/tarafından yaptırıma tabi tutulurken de eşittirler. Bu eşitliği sağlayacak olan da, yönetimin kendileri karşısında nötr olmasıdır. Bu noktada Tamanaha, hukukun üstünlüğü kavramının Antik Yunan-Roma ve Ortaçağ kökenlerindeki şeklinde, bireyi değil kralların sınırı aşma ihtimaline karşı topluluğu koruması esasken; liberal dönemde kavramın eşitlik yoluyla/ ön şartıyla bireysel özgürlüğü korumak için var olduğunu vurgular.<sup>34</sup> Ancak iki liberal değer olan eşitlik ve özgürlüğün aslında bir gerilim halinde bulunduğu, eşitliği sağlamak

<sup>29</sup> WAGNER, Peter, *Modernliğin Sosyolojisi*, Çev. Mehmet Küçük, Ayrıntı Yay., İstanbul, 2005, s. 89 vd.

<sup>30</sup> HOBBS, s.99, 104, 161.

<sup>31</sup> LOCKE, John, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, Çev. Fahri Bakırcı, Ebabil Yay., 2.b., Ankara, 2012, s.88-96.

<sup>32</sup> TAMANAHA, s. 83.

<sup>33</sup> MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev. Doç. Dr. Şevki Özbilen, Seçkin Yay., Ankara, 2014., s.173.

<sup>34</sup> TAMANAHA, s. 60, 61.



için özgürlüklerin kısıtlanmasının gerekebileceği de hukukun üstünlüğünün bir kriz noktası olarak belirlemektedir.<sup>35</sup> Monarkın tanrısal hukuk ile sınırlandığı erken hukukun üstünlüğü düşüncesinden sonra, inançtan bağımsız evrensel akli/ahlaki ilkeler formüle etmek isteyen Aydınlanma düşüncesine de inançla değil ama kısmi iradeler ve tutkular değişkenleriyle romantikler ile, haz değişkeniyle faydacılar tarafından karşı çıkmıştır. Bunlarla birlikte hukukun üstünlüğü- hukuk devleti farklılığının ana eksenini oluşturan değişken olarak, ahlaki ilkelerin göreceliği ve tartışmalı karakteri karşısında liberalizm açısından hukuk kavramının usulle sınırlandırılması fikri öne çıkmıştır.<sup>36</sup> Usuli eşitlikle sınırlanan, devletin kendisinin bir “iyi” seçmediği, çeşitli iyiler karşısında tarafsız olmasını gerektiren, ancak bunlar birbirine şiddet uygularsa yaptırım uygulayan bu yeni sistem, ortak bir amaca yönelmiyor ya da bir temel değerden kaynaklanmıyor, insanların birbirlerinin farklı amaç ve değerlerine karışmadan yaşamasını sağlamayı vaat ediyordu.<sup>37</sup>

### Rule of law

Hukukun üstünlüğü / *rule of law* kavramının bir terim olarak literatüre girmesi, İngiliz Anayasa hukukçusu A.V. Dicey etkisiyle gerçekleşmiştir. Dicey, 19. yy. İngilteresi bağlamında hukuk devleti kavramını formüle ederken hukuki eşitlik fikrini eksene almıştır. Hukuk devletinden söz edebilmek için Dicey’e göre olağan mahkemeler, olağan kanunlar ve toplum düzeninde hukuki ruh, yani anayasanın düzenlenmesinde geleneklerin rolü gereklidir. Bu üç asgari ilke, bireyin güvenli, kendisinin ve başkalarının davranışlarının sonuçlarını öngörebileceği şekilde yaşama olanağı sağlar.<sup>38</sup> Bununla birlikte hukuk devleti için mesele sadece bireylerin kişisel hukuk güvenliklerini değil toplumsal meşruluğun tümünü temellendirmek olduğu için idarenin yasalara bağlanması önemlidir.<sup>39</sup> İngiltere *common law* sisteminde hukuk esasen parlamentonun yasalarıyla değil mahkeme kararlarıyla şekillenmiştir. Dicey’in anlayışına göre yöneticiler dahil herkes mahkemeler karşısında aynı sorumluluğa sahiptir. Bunun Kıta Avrupası’ndan ayırt edici bir özellik olduğunu söyleyen Dicey, bu bağlamda taraflar arasında eşitsizlik yarattığı için idare hukukuna karşıdır.<sup>40</sup> O, yasama eliyle oluşmakta olan hukukun, parlamentonun üstünlüğünü öne çıkarmış, bununla birlikte mahkemelerin hukuk yapması anlamında bir “yargısal yasama” yaklaşımıyla bir çeşit uzlaşa sağ-

<sup>35</sup> TAMANAHA, s. 68.

<sup>36</sup> TAMANAHA, s. 72.

<sup>37</sup> TAMANAHA, s. 74.

<sup>38</sup> DICEY, A.V., Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Macmillan Co Ltd., 10. b., London, 1959, s. 34.

<sup>39</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti, s. 128.

<sup>40</sup> DICEY, s. 188-195.

lamıştır. Yargı, liberal düzenin güvencesi olmayı sürdürecektir, yasamanın liberalizmin sınırlarını aşan yasalar yapmasını engelleyecektir.<sup>41</sup> Bu, bir taraftan da parlamentonun yasayı çıkarmasından sonra yasanın mahkemeler tarafından “geçmişin derinliklerinden süregelenmiş olan özgürlükle ilgili yüce geleneklere göre” yapacakları hukuksal yorum konusu haline gelmesi ile mümkün olacaktır.<sup>42</sup> Çünkü burjuvazi yükselirken, bir tarafta iktidar sahibi monark, bir tarafta onun gücünü sınırlayan hukukun mevcudiyeti yanında, söz konusu hukukun uygulayıcısı olan kişilerden oluşan, iktidarı kendinden menkul bir profesyonel hukukçular sınıfı da kristalleşmişti.<sup>43</sup> Dicey de, idarenin keyfi ya da sosyal refah devleti eğilimleri doğrultusunda kullanacağı inisiyatiflere karşı yargının üstünlüğünü öngörmekle birlikte, mahkemelerin sadece hukukun araçları, yargıçların hukukun gerektirdiği şeyleri ilan eden kişiler olduğunu söylüyordu.<sup>44</sup>

Ortaçağ’da geçerli hukuku tanımlamak için, bugünkü anlamda kamu hukukuna yakın bir kavram olan “temel hukuk” ile, parlamentonun, idari makamların ve mahkemelerin ilan edip uyguladıkları hukuku ifade eden, bugünün medeni hukukuna karşılık gelebilecek olan “sıradan hukuk” kavramları kullanılıyordu.<sup>45</sup> Dicey’in keyfi iktidarın karşısında üstün olduğunu formüle ettiği hukuk, sıradan hukuktü. Hukuk önünde eşitlik de, sıradan hukuk mahkemelerinde görülen davalarda eşitlik anlamına geliyordu. Bu bağlamda Anayasa da ülkenin sıradan hukukunun ürünü oluyordu. Kamu hukuku- özel hukuk ayrımının kabul edilmediği Anglo Sakson hukuk dünyasında anlamını bulan bu yaklaşım, klasik liberalizmde “hukuk ile yönetmek” olarak ifade edilen yargının üstünlüğüdür.<sup>46</sup>

## Due process

Anglo Sakson dünyada hukukun üstünlüğü (rule of law), Alman hukukunda hukuk devleti (rechstaat) olarak ortaya çıkmış ve tartışılmış olan kavramın Amerikan hukukundaki karşılığı due process kavramıdır. Bu kavram, Amerikan Anayasası Ek 5 ve 14. Maddelerinde düzenlenmiş olan “hiç kimsenin hukuki usule uygun olmaksızın; yaşam, hürriyet ve mülkiyetinden mahrum edilemeyeceği” ilkesinden kaynaklanmaktadır. Adında da, bu ilk düzenlendiği içerikte de prosedüre uygunluk vurgusu olsa da süreç içinde maddi bir içerik de kazanmıştır.<sup>47</sup>

<sup>41</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti 129.

<sup>42</sup> BURNS, Edward McNall, Çağdaş Siyasal Düşünceler: 1850-1950, Çev. Alaeddin Şenel, Birey ve Toplum Yay., 2. Bası, Ankara, 1984, s.13.

<sup>43</sup> TAMANAHA, s. 53.

<sup>44</sup> TAMANAHA, s.104.

<sup>45</sup> LOUGHLIN, s.13.

<sup>46</sup> LOUGHLIN, s. 269.

<sup>47</sup> ALTIPARMAK, Kerem, “Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, AÜHFD, C.45, S.1-4, Ankara, 1996, s.219.

Söz konusu iki maddede, hem federal devletin hukuka uygun davranması hem de federe devletlerin de kişileri hürriyet, mülkiyet ve yaşam haklarından usulüne uygun olmayan şekilde mahrum edememesi düzenlenmiştir. Yapılan mahkeme işlemlerinin ve idari işlemlerin usulüne uygun şekilde muhataplarına tebliğ edilmesi ve tam ve adil bir duruşmayla yargılama yapılması, yasama organının da anayasadaki diğer hükümlere, “atalardan kalan İngiliz ortak ve yazılı hukukuna” uygun usullerle hareket etmesi gerekir.<sup>48</sup>

Due process kavramının da hukuk devletinin diğer görünümünden bağımsız olmayan bir tarihsel seyri bulunmaktadır. Kaynağını İngiltere’den Magna Carta’dan alan due process, Kolonistler tarafından Amerika’ya taşınmıştır ve hem kamu hukuku hem özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanagelmiştir. Kavramın yazılı düzenlemesi usuli bir güvenceye özgü olup, maddi içeriği içtihat yoluyla oluşmuştur.<sup>49</sup> Esasen due process de temelde hukuk devletinin eşitlik ve güvenlik ilkesini ifade etse de, Amerikan siyasi, toplumsal ve hukuki yapısına dair pek çok şey gibi Amerika’ya özgü ırkçılık ve kölelik olgularıyla ilişkili olarak kavramsallaşmıştır.<sup>50</sup>

## Hukuk devleti

Antik Yunan ve Roma, feodal ortaçağ, Rönesans ve Aydınlanma süreçlerinde, henüz devlet, hukuk, egemenlik, vatandaş gibi terimlerin içerikleri modern ve ortak anlamlarına kavuşmamıştı. Antikçağ ve Ortaçağ doğal hukuklarında hukukun üstünlüğü, yönetene/pozitif hukuka üstün olan bir aşkın hukuka işaret ediyordu. Bu aşkın doğal hukuk, yönetenin tabi olduğu sınırı göstermekle birlikte, onun nasıl yasa koyacağı- yöneteceği- eyleyeceği ile ilgili bir içerik de öngörüyordu.<sup>51</sup> Doğal hukukun 17-18. yüzyıllarda doğal haklar kuramına evrilmesi, bir yönüyle, “hukuk” olan çoğul ve bütünsel aşkın doğal otoritenin, “haklar”a bölünerek, bireylere “indirilmesi” olarak da değerlendirilebilir. Toplum sözleşmesi yaparak medeni hayata geçme iradesini ortaya koyan birey, bu şekilde, tabi olacağı hukukun yaratılmasına dahil oluyordu ve bu da hukukun üstünlüğü kavramının yeni ve kurumsal bir anlam kazanmasının yolunu açıyordu. Liberal hukuk devleti, özgür, hukuken eşit ama iktisadi ve dolayısıyla fiili olarak eşit olmayan bireyler için öngörülebilir bir hukuk uygulaması ve hukuk “güvenliği” “sağlamıştı.”<sup>52</sup>

<sup>48</sup> ALTIPARMAK, s. 221.

<sup>49</sup> ALTIPARMAK, s.224.

<sup>50</sup> ALTIPARMAK, s. 226.

<sup>51</sup> SCHMİTT Carl, Liberal hukuk Devletin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı, Çev. Bilal Canatan, Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlike, Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres yay., 2008, s.119-148.

<sup>52</sup> ÖZCAN, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 201.

Özcan, hukukun üstünlüğü bağlamı içine yerleştirdiğimiz rule of law ve due process kavramlarının yaşam, özgürlük ve mülkiyet temel haklarını korumaya yönelik, özel hukuk bakış açılı bir sistemi ifade ettiği; buna karşılık hukuk devleti olarak rechtstaadta yasamanın ağırlıklı ve toplumun bütününe refahının esas olduğu tespitini yapmaktadır.<sup>53</sup>

## Rechstaat

İlk kez Almanya'da kullanılmış olan hukuk devleti terimi (rechstaat) ise, devlet adı verilen siyasi iktidar biçiminin yaptığı her şeyin hukuka uygun olması gerektiği ve bu şekilde vatandaşların hukuk güvenliğine sahip olması anlamını taşır. Vatandaşların kendi onaylamadıkları hiçbir yasaya itaat etmeme özgürlüğü olarak ifade edilen kavramın ilk izini Kant'ta bulmak mümkündür.<sup>54</sup> Kant, yasaların yapımına katılabilecek yurttaşları çeşitli şekillerde belirlemiş, kadınlar ve erkekler için farklı ölçütler öngörmüş, vatandaşlığı aktif ve pasif olarak ikiye ayırmıştır. Bu belirlemeler yasa karşısındaki durumunu bilen, eşit ve özgür insanlardan oluşan bir model oluşturmuştur.<sup>55</sup> Hukuk devleti bu şekliyle belli bir siyasi rejime karşılık gelir ve Kelsen bu rejimin içeriğinin "demokrasi ve hukuk güvenliği" olduğunu söylemiştir. Devletle hukuku özdeşleştiren Kelsen, bu anlamda hukuk devleti teorisinin, meşruiyet kaynağını metafizik/dinsel temelden kurtarmak için devleti hukuk yapan kurum olarak kurduğunu, bunun da ideolojik bir içeriğe karşılık geldiği tespitini yapar.<sup>56</sup> Buna göre devlet, kendisini sınırlayacak, kendisinden üstün bir egemene tabi olmamalıdır. Yani devlet, ne devlet öncesinin niceliksel olarak daha basit organizasyonlarına ne de uluslararası toplulukların merkezi olmayan yapısına benzer. O, bunlardan nitelik olarak da farklıdır. Devletin devlet olma klığı, koyduğu bir takım kurallara vatandaşların uymasını beklemesi, uyulmadığında da yaptırım uygulaması şeklinde belirmez. Devlet, kendi organlarına, resmi görevlilerine de hukuka aykırı hareket halinde cebir kullanan bir idari aygıttır.<sup>57</sup> Kuşkusuz bu önemli bir kırılma noktasıdır. Hukuki pozitivismin hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesini öne çıkararak ortaya koyduğu bu yaklaşım, iktidarın keyfi olarak, istediği şekilde ve istediği zaman uygulanacak kurallar yapabildiğini engelleyen bir normatif sistem öngörüyordu. Artık devlet organlarının memurları eliyle gerçekleştirileceği keyfi düzenleme ve uygulamaların sınırı, kim olduğu belirsiz bir "üst mercii"

<sup>53</sup> ÖZCAN, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 227.

<sup>54</sup> KANT, Immanuel, Ahlakın Metafizik Hukuk Öğretisi, Çev. Altan Heper, Fol Yay., ANKARA, 2022, s. 168, 169.

<sup>55</sup> ÖZENÇ, Berke, Hukuk Devleti, Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İletişim Yay., İstanbul, 2014, s. 198.

<sup>56</sup> KELSEN, Hans, Saf Hukuk Kuramı, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Yay., İstanbul, 2016, s. 123.

<sup>57</sup> KELSEN, Saf Hukuk Kuramı, s. 128, 129.

bariyeri değildi. Kaldı ki bu duvarın keyfi düzenleme ve uygulamaları gerçekleştiren egemeni ne şekilde durduracağı da hiçbir zaman apaçık olmamıştı.<sup>58</sup> Söz gelimi hukuku ihlal eden kralın “halkı tarafından terk edilmeye mahkum”<sup>59</sup> olması soyut bir tespitten başka bir şey değildi. Bu şekliyle hukuki pozitivizmin hukuk devleti, keyfi davranışlara karşı hesap sorma yetkisini, liberal kapitalizmin ihtiyaç duyduğu özgür ve eşit bireye veriyordu. Liberal kapitalist hukuk devleti, ulus devlet çatısı altında kavramlaşmıştır. Diğer yandan, bu devlet biçiminin esasen, sermayenin olabildiğince özgür ve güvence altında dolaşabilmesini sağlayacak bir mekanizma olduğu çeşitli bakış açılarından çeşitli açıklamalarla ortaya konmuştur. Bu bağlamda modern zamana ait özgün bir kavram olarak hukuk devletine, daha önceki iktidar biçimlerinin keyfilikliğini önlemek için var olduğu kabul edilen aşkın sınırın belirsizliğini - bu vesileyle sınırın kendisini- ortadan kaldırmak için inşa edilmiş bir truva atı gözüyle bakmak da mümkündür. Ancak bu çalışmada hukuk devleti kavramı ve uygulamalarına yapısökücü bir eleştiri getirmek niyetinde olunmayıp; tam tersine, ancak bu tarihsel ortaya çıkış koşullarının farkında olunarak bu truva atı işlevini yerinden çıkarmanın mümkün olduğu düşünülmektedir.

Devleti hukukla özdeşleştirerek egemenliği kişiden alıp normatif yapıya veren Kelsen’e alternatif bir okumayla, egemeni karar vericide somutlaştıran Schmitt de hukuk devleti kavramını anlamak için önemli bir diğer isimdir. Schmitt, devletin mutlak kudretinin meşruiyetini, onun hukukun ne olduğuna karar vermesi ve bu kararın daha yüksek bir merciin denetimine tabi olmamasıyla açıklamıştır. Buna göre modern devlet kuramının bütün önemli kavramları, örgütsel modelini Kilise’den almış olduğu dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramlarıdır. Kelsen hukuk devletini saf hukuk kuramı ile açıklıyor idiyse, Schmitt’te söz konusu olan saf siyasal kuramdı. Schmitt, ilahi kuvvetteki siyasi gücü gerçekten ilahi olanın elinden alıp o aşkın belirsizlikten kurtararak hukuk devletine ulaşıyordu.<sup>60</sup>

Hukuk devletinin aşkın bağlarından kopmasıyla ortaya çıkan soruyu da Jhering formüle edecekti: “Devletin üstünde bir güç olmadığına göre devlet iktidarı nasıl sınırları belli bir oluşum olmaya tabi tutulabilirdi?” Bu soru, kendi kendini sınırlandırma kavramıyla cevap bulmuş ve yirminci yüzyıl Alman hukukunda formel pozitivizm olarak hakim olmuştur. Bu da fiilen ancak idarenin sınırlandırılabilirdiği, yasamanın ise sınırsız olduğu bir hukuk devletidir ve rule of law karşısında daha sınırlıdır. İkinci Dünya Savaşı sürecinden sonra bu sakıncanın ortadan

<sup>58</sup> BERMAN, Harold J., Hukuk ve Devrim: Batı Hukuk Geleneğinin Oluşumu, Çev. Kivilcim Turanlı, Pinhan Yay., İstanbul, 2020, s.417.

<sup>59</sup> KULAKSIZOĞLU MERCAN, Nergiz, Hukukun Üstünlüğü Kavramının Felsefi Temelleri, Oniki Levha Yay., İstanbul, 2021, s.60.

<sup>60</sup> SCHMITT Carl, Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, Çev.. Emre Zeybekoğlu, Dost Yay, 2. bası, Ankara 2005, s. 37, 41.

kaldırılması için öngörülen Federal Anayasa Mahkemesi de bugüne uzanan şekli-maddi hukuk devleti tartışmalarına alan açmıştır.<sup>61</sup>

### L'État de droit

Hukuk devletinin Kıta Avrupası'ndaki diğer karşılığı da Fransız modelidir (l'État de droit). Bu model de, devrim sonrasında genel irade anlamına gelen yasamanın nasıl bir hukuka tabi olacağı sorgulamasının zemini olmuştur. Şekli- maddi hukuk devletine benzer şekilde burada da tartışma, kanun devleti- hukuk devleti (l'État legal- l'État droit) ayrımı arasında söz konusu olmuştur. Her iki kavram çifti arasındaki tartışmada da meselenin sadece idarenin hukuka uygun hareket etmesini mi sağlamaktan ibaret olacağı, yoksa yasamaya da bir takım sınırlamalar mı getireceği olduğu fark edilmektedir.<sup>62</sup> Bunun da hukuk felsefesinde pozitivist ve pozitivist olmayan bakış açıları arasındaki farka denk düştüğü söylenebilir. Dolayısıyla hukuk devleti kavramının kendi içindeki tartışma zemini, kavramın hukuki pozitivistlerce ya da pozitivist olmayanlarca sahiplenil(e)mediğini, hepsi tarafından farklı değişkenlerce yüceltilip savunulduğunu, bir ölçüde slogan aracı olarak kullanılabilirdiğini göstermektedir.<sup>63</sup>

### ŞEKLİ - MADDİ HUKUK DEVLETİ AYRIMI

Hukukun, anayasanın, yasaların, aşağıya doğru bütün düzenleyici işlemlerin vaadi, bu kurallara tabi olan kişilere güvenli bir alan sağlamak, ne yaparlarsa- ya da ne yapmazlarsa hangi yaptırımla karşılaşacaklarını- ya da karşılaşmayacaklarını önceden bildirmektir. Bu bilginin sağladığı güvence, kişinin kendi davranışları için olduğu kadar başkalarının davranışları ve en çok da iktidarı karşısında hukuktan başka sınımlanacak bir liman bulunmayan devletin davranışları için de geçerli olduğunu bildiği ölçüde gerçektir. Hukuk, davranışları sınırlar. Devletin davranışları, yasama yürütme yargı fonksiyonlarının işlemleriyle belirir. Peki bunların sınırlanması ne demektir? Devletin sınırlanması ne demektir? Bu sınırı koyan hukuksa ve hukuk da devletin bir enstrümanı/ fonksiyonu/bileşeni ise devlet kendi kendini mi sınırlamaktadır, yoksa bu sınırlama bir illüzyondan mı ibarettir? Bu sınırlamayı fiilen uygulayacak/denetleyecek olan yargı, bu durumda devletin dışında ya da bir kısmı dışarıda kalacak bir kesişim kümesinde mi tanımlanacaktır? Peki devletin sınırlanması, idarenin insanlara nasıl muamele edeceği- onları nasıl yargılayacağı- eşit davranma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini denetlemekten mi ibaret olacaktır? Yoksa sınırlama, yasamanın yaptığı düzenlemelerin içeriğini, insanların neyi yapıp neyi yapamayacaklarına ilişkin olmak üze-

<sup>61</sup> LOUGHLIN, s. 271-272.

<sup>62</sup> LOUGHLIN, s. 273.

<sup>63</sup> LOUGHLIN, s. 275.

re maddi düzeyde denetlemeye imkan verecek midir? Yukarıda iki farklı şekilde ortaya çıkmış hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramlarının birbiri yerine kullanıldığından söz edildi. Basitçe formüle ettiğimiz bu soruların cevabı, hangi yaklaşımın temel ilke olarak benimsendiğine göre değişecektir.

Hukuk devleti kavramı tartışmaları bu tarihsel sürecin bilgisi ışığında bugün şekli-maddi hukuk devleti anlayışları bağlamında yapılmaktadır.

### Şekli hukuk devleti

Şekli hukuk devleti, hukuk kurallarının maddi içeriğine, hangi olması gerekeni içerdiğine dair değerlendirmenin yapılmadığı, kuralların taşınması gereken şekli niteliklerin belirleyici olduğu hukuk devleti anlayışıdır. Bu şekli niteliklerin içine temel olarak kuralların vaz edilmesi ve kaldırılmasına dair usul kuralları ile yargılama kuralları girer. İlkel düzeyde de genellik, geriye yürümeme, eşitlik, kazanılmış haklara saygı, kuvvetler ayrılığı gibi iktidarı sınırlayan ilkeler de şekli hukuk devleti anlayışı kapsamındadır.<sup>64</sup>

Gelenek olarak hukukun üstünlüğü anlayışına daha yakın olduğu ve yasama-nın rolünü ikincileştirdiği görülen şekli hukuk devleti anlayışı, yine de ne buna indirgenemez. Nitekim hem Anglo Sakson dünyadan hem Kıta Avrupası'ndan, bununla birlikte hukuki pozitivistlerden de doğal hukukçulardan da şekli hukuk devleti anlayışının taraftarları bulunmaktadır. Örneğin Lon L. Fuller, A.V. Dicey, Joseph Raz birbirlerinden farklı bakış açılarından şekli hukuk devleti yaklaşımını esas alırlar. Fuller'in temelde kanun yapma sürecine ilişkin olan, yasakoyucunun uyması için öngördüğü sekiz ilke, keyfiliğin önlenmesi, ve hukuk güvenliğinin sağlanması işlevlerini yerine getireceği için doğrudan hukuk devleti ile ilgilidir.<sup>65</sup> Raz'a göre hukuk devleti, hukuk sisteminin sahip olması gereken değerlerden biridir. Hukuk devletinin iki boyutu, insanların hukukla yönetilmesi ve hukuka uymaları gerekmesi ile hukukun insan davranışlarına yön verebilecek durumda olmasıdır. Asıl belirleyici ve tartışmalı olan, Raz'ın hukukun insan davranışlarına yön verebilir niteliğini nasıl açıkladığıdır. Buna göre hukuk kuralları ancak şekli bir takım ölçütlere uygunsuzsa insan davranışlarına yön verebilir durumda olur. Raz, hukuk kurallarından ahlaken iyi bir içerik beklenemeyeceğini, bu anlamda hukukun ahlaki açıdan nötr olduğunu ve potansiyel olarak kötü amaçlar için de kullanılabileceğinin farkında olduğunu söyler.<sup>66</sup> Farklı tarihsel dönemlerden isimler olarak Dicey ve Hayek için devletin maddi adaleti gerçekleştirmek uğruna ekonomik hayata müdahale etmesi

<sup>64</sup> AKTAŞ, s. 9.

<sup>65</sup> AKI, E. İrem, Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme, AÜHF, 64 (1), 2015, s.21.

<sup>66</sup> RAZ, Joseph, Hukuk Devleti ve Erdemi, Çev. Bilal Canatan, Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal, Ed.. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yay. Ankara, 2008, s. 150.

kabul edilemez. Bu müdahale, devletin hukuk devleti olmasını sağlamamakta, hukukiliğinin azalmasına sebep olmaktadır. Ancak ekonomik hayatın kendiliğinden işleyebilmesi de bireylerin özel haklarının yasalarla korunmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla bu iki isim, şekli- maddi hukuk devleti ayrımında mutlak bir sınır çizilemeyebileceğinin örneğini oluşturmaktadır.<sup>67</sup>

Şekli hukuk devleti, kuralların genellik, kesinlik, açıklık gibi niteliksel özelliklere sahip olmasını gerektirmesinin yanında, bir aşamada demokrasiyi de hukuk devletinin bir şekil şartı olarak öngörür. Demokrasi, kuralların içeriğiyle ilgili bir şey söylemeyen, en fazla bu içeriğin nasıl doldurulacağını tespit eden bir yöntemdir. Ancak tam olarak hangi biçiminin kast edildiği bilinmeden kutsallaştırılan hukuk devleti kavramı gibi, demokrasinin de eleştiriden muaf bir dokunulmazlığı olduğunu söylemek mümkündür.<sup>68</sup>

### **Maddi hukuk devleti**

Maddi hukuk devleti, hukuku oluşturan kuralların değerinin belirli bir içeriğe sahip olup olmamasına göre belirlendiği anlayıştır. Buna göre hukuk kurallarının taşıması ve gerçekleştirme amaçlaması gereken bazı değerler vardır. Bunlar belli bazı hak ve özgürlükler olarak belirir. Şekli hukuk devleti anlayışı, hukuku siyasi alanın dışında bırakmaya çalışmış, hukukun içeriğiyle ve gerçekleştirme gereken değerlerle ilgili tartışmayı siyasi alana bırakmıştır. Maddi hukuk devleti anlayışında ise yasakoyucu, şekli hukuk devletinin ilkelerine ek olarak hukuk kurallarını içeriksel bir değerlendirmeye tabi tutar.<sup>69</sup> Bu içerik, kanunların bireysel hakları sağlaması, insan onuru veya daha genel anlamda adaleti, ya da sosyal refahı gerçekleştirme gerektiği şeklinde belirebilir.<sup>70</sup>

Şekli hukuk devletinin, içerikle ilgili hiçbir kaygı gütmenden gerçekleştirildiğinde, bugün “hukuka aykırı” olduğu düşünülen pek çok şeyin hiç de “keyfi olmayan” şekilde uygulanmış olduğu, tüm bu işlemlerin “mevzuata uygun” oldukları gerçeği karşısında hukuk devletinin başka şekilde içeriklendirilmesi gerektiğini doğurduğu öne sürülmüştür. 2. Dünya Savaşı ve Nazi hukukuna karşılık gelen dönemde söz konusu dönüşüm, Anayasa’ya insan onuru, eşitlik, özgürlük gibi genel ilkelerin konulması ve kanunların bunlara uygunluğunu denetlemek için anayasa yargısının kurumsallaştırılması ile gerçekleştirilmiştir.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> KULAKSIZOĞLU MERCAN, *Çağdaş Hukuk...*, s.113.

<sup>68</sup> KULAKSIZOĞLU MERCAN, *Çağdaş Hukuk Düşüncesinde Maddi- Şekli Hukuk Devleti Ayrımı, Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu, Maltepe Üniversitesi Yayınları*, İstanbul, 2022, s. 112.

<sup>69</sup> KULAKSIZOĞLU MERCAN, *Çağdaş Hukuk ...*, s. 111.

<sup>70</sup> KULAKSIZOĞLU MERCAN, *Çağdaş Hukuk ...*, s. 113.

<sup>71</sup> UYGUN, Oktay, *Hukukun Üstünlüğü İlkesi*, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.534.



Aslında bir başka şekilde formüle edilecek olursa, hukukun üstünlüğüne karşılık gelen yargısal denetim, devletin idari fonksiyonunu, yürütmede cisimleşen iktidarını kontrol altında tutmak anlamına geliyordu. Esasen bu konuda ilerleyen zamanlarda da bir tartışma söz konusu olmamış ve hukukun üstünlüğü/hukuk devletinin mahiyetiyle ilgili olarak bu aşama zaten verili kabul edilmiştir. Ancak yasama işlemlerinin “hukuka” uygunluğu meselesi, denkleme demokratik meşruluk, temsili demokrasinin niteliği, kurucu- kurulmuş iktidar gibi değişkenleri de katarak tartışılmıştır.<sup>72</sup>

Hukuk devletinin anlaşılması için kavrama verilen anlamlarla ilgili olarak dilsel bir nüans da terimi oluşturan bu iki kelimeyle oluşmuştur. “Rule by law”, hukukun, hükmetme işinin yürütülmesindeki ana araç olduğunu ifade eder. Buna göre devlet, anayasanın ürettiği bir oluşumdur ve bir hukuk devleti bir yasama devletidir. Bu, hukuk devleti kavramının kurallar sistemi olarak geliştirildiği, demokrasi ya da sosyal adalet değerlerine genişlemeyen (hatta bu sebeple diktatörlüklerle bile uyumlana-bilen) içeriğidir.<sup>73</sup> “Rule of law”, yani bizzat hukukun hükmetmesindeki nüans ise meşru siyasi iktidarın koşullarını betimliyor olmasıdır. Bunun için anayasal kurallar setiyle devlet işlemleri tamamen kurumsallaştırılarak kişisel tekelleşmelerden uzak tutulacak, devlet gücü ayrışıp dağıtılmış olacak, devlet otoritesini fiilen icra edenler de bu kurumsallaşmış düzeni yıkmamak niyetine sahip olacaklardır.<sup>74,75</sup>

Hukuk devletinin hangi bağlamı esas alınırsa alınsın, hukukun temelde bir kurallar bütünü olduğu bilgisinden hareketle, üstün olan, hükmeden ya da onun aracılığıyla hükmedilen kuralların hangi kurallar olduğunun tespiti önemlidir. Bu bağlamda çeşitli düşünürlerce de kullanılmış olan satranç oyunu örneği üzerinden kurucu ve düzenleyici kurallar ayrımı işlevsel olabilir. Taşların nasıl hareket edeceğini gösteren kurallar düzenleyici kurallardır. Ona uyacak olanlar satranç masasına oturmuş olanlardır. Kurucu kurallar ise satranç oyununun kurum olarak kendisini yaratan kurallardır. Düzenleyici kurallar, mevcut kurucu kurallar tarafından yaratılmış olan iktidar ilişkilerine sınırlama getiren kurallardır. Kurucu kurallar ise satranç oyununu mümkün kılan kurallardır.<sup>76</sup> Bu metafor üzerinden,

<sup>72</sup> KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yay., 14. Bs. İstanbul, 2019, s. 20.

<sup>73</sup> LOUGHLIN, s. 282-283.

<sup>74</sup> LOUGHLIN, s. 284.

<sup>75</sup> Gerald Postema, bu kelimeleri farklı bir şekilde dizmiştir. “Rule of law” tamlamasında “rule” isminin başta olması, hukukun oluşturduğu, kurulmuş bir nizamı çağrıştırırken, yazar kitabına isim olarak “Law’s rule” şeklinde bir tamlama kullanmıştır. Bu kullanımda “rule” ismi hukuka iyelik ekiyle bağlanmış; böylece hukuk, kural koymak ya da düzen kurmak eylemine devam eden bir özne olmuştur. POSTEMA, Gerald J., Law’s Rule, The Nature, Value, and Validity of the Rule of Law, Oxford University Press., New York, 2022.

<sup>76</sup> LOUGHLIN, s. 285.

hukuk devleti, anlamının kurucu kurallar üzerinden mi düzenleyici kurallar üzerinden mi verileceği ile tanımlanabilir. Loughlin, siyasi alanda pek çok anayasal kuralın kurucu olmadığı tespitini yapar. Bu kurallara itaat edip etmeme ya da onları değiştirme meseleleri, oyunu oynayıp oynamamaya dair değildir. Bu bağlamda hükmedenlerin kabul ettikleri kurallara uyma nedeni, oyunun parçası olma iradesi ile açıklanabilir.<sup>77</sup>

## DİN DEĞİŞKENİ

### Hukukun kaynakları

Hukuk devleti kavramı, tarihsel süreç içinde temel olarak yukarıdaki değişkenlerle tartışılıp ortaya konulmuştur. Elbette hukuk biliminin, hukuk felsefesinin ve siyaset biliminin pek çok spesifik konusunu hukuk devletiyle ilişkisi bağlamında ele almak mümkündür. Bu anlamda hukuki pozitivistizmin kaynaklar tezi de günümüz hukuk devleti tartışmalarında ihmal edilmemesi gereken tartışma zemini olmalıdır.

Hukuki pozitivistizmin hukukun unsurlarına dair açıklamalarında ahlaki öğelerin kapsanıp kapsamayacağına dair kaynaklar tezi, kapsama tezi ve uyumluluk tezi söz konusudur. Kaynaklar tezine göre hukuk, hukuk olmak için herhangi bir ahlaki değer biçme gerekmeksizin teşhis edilebilir olmalıdır. Bu bağlamda ahlaktan bağımsız şekilde teşhis edilmesi beklenen hukuk, hem sistemin kavramsal bütünü hem de mevzuat unsurlarını ifade etmektedir.<sup>78</sup> Raz, kaynaklar tezini açıklarken eleştirdiği Dworkin'in uyumluluk tezi kapsamındaki argümanında, hakimin hukuki faaliyet olarak hukuku değil aslında siyasi ahlaki teşhis ettiğini; Dworkin'in iddia ettiğinin aksine, aslında burada hakimin hukuku uygulamadığını, hukuk yarattığını ya da değiştirdiğini söylemektedir.<sup>79</sup> Hart'ın temsilcisi olduğu kapsama tezine göre de hukuku belirlemek için ana değişken olan tanıma kuralının geçerli kıldığı yasalarla birlikte ve ahlaki kurallarla ilkeler de hukuktur. Raz bu görüşü de eleştirmektedir. Tanıma kuralının içeriği henüz bilinmeyen herhangi bir ahlaki kural ya da ilkeye hukukiliğe dair bir nevi açık çek veremeyeceğini söyler. Hukukun yapacağı şey, ahlaki kural ya da ilkeleri somutlaştırmak, onlara eylem sebepleri olarak belirlilik kazandırmaktır.<sup>80</sup> Burada özne olarak hukuk, hem karmaşık bir yasakoyucu figürüyle hem de mahkemelerde somutlaşır. Her halükarda bir ahlaki ilkenin kapsamı ancak hukuk tarafından hükme bağlandığı-

<sup>77</sup> LOUGHLIN, s. 286.

<sup>78</sup> ARIKAN, Engin, Sert Pozitivistizm, Oniki Levha Yay., İstanbul, 2019, s. 66.

<sup>79</sup> ARIKAN, s. 70, 71.

<sup>80</sup> ARIKAN, s. 73.

da hukuki otorite kazanır. Bir hukuk kuralının, uygulanmasını yükümlü kıldığı bir başka sistemin kuralı (ahlak kuralı ya da ilkeler) hukuk sistemine dahil olmuş olmaz.<sup>81</sup> Pratikte ahlaki ilkelerin yargılama sürecine dahil olması ve hükmü etkilemesi bakımından yumuşak pozitivizmle arasında bir fark yokmuş gibi görünse de, Raz'ın, hakimin ahlaki sebepleri değerlendirmesini hukuku uygulamak değil hukuk yaratmak olarak nitelendirmesi, aşağıda söz edeceğimiz, ahlaki ilkenin dini içeriğe sahip olması halinde önem arz edecektir. Çünkü kaynaklar tezi esas alındığında yasakoyucu ya da hakim, hukuk yaratıcısı olma sıfatını ve iktidarını hiçbir kıymeti kendinden menkul alana bırakmamış olmaktadır.

Hukuk devleti kavramının, şekli ve maddi pek çok başka kavramla birlikte değerlendirilip içeriklendirilip anlam kazandığı malumdur. Bunlardan en önemlilerinden olduğunu ve görece ihmal edildiğini düşündüğümüz hukukun kaynakları meselesi de, kaçınılmaz olarak hukukun yorumlanmasıyla iç içe bir konudur. Başlı başına bir alan ve tartışma konusu olan yorumun, çalışmamız bağlamında ve bakış açımız çerçevesinde önemi, yorum faaliyetinin nesnesinin aslında hukukun kaynakları tarafından belirlenmesidir. Raz'ın tanıma kuralının kapsamıyla ilgili yaptığı eleştiride, ahlaki ilkenin hukuk kuralında zikredilmesinin onu hukuk yapmadığı tespiti, tam burada anlamlıdır. Buna göre yorum faaliyeti bir yorum nesnesi gerektirir. Yorum nesnesi bir kaynağa muhtaçtır. Ahlak, kaynaktan bağımsız olduğu için yoruma konu olmaz, dolayısıyla ahlak hukuk olamaz.<sup>82</sup> Ama dinin kaynakları vardır, kendi normatif alanında kendi kuralları dahilinde yorumlanır, hukukla benzer dinamiklere sahiptir,<sup>83</sup> dolayısıyla hukukun dinsel bir kaynağın hukuk kapsamında yorumlanmasına alan açması ve bir taraftan da kendi üstünlüğünü muhafaza etmesi mümkün değildir. Hukuk devletiyle birlikte hukukun işlevinin artık “toplumu ahlaklı kılmak değil, bireysel dünyalara ait hale gelmiş ahlakları yaşanabilir kılmak” olduğu tespiti önemlidir.<sup>84</sup>

Bizim, onun kaynaklar teziyle ilişkilendirdiğimiz hukuk devletiyle ilgili Raz'ın kendi yaklaşımı, hukuk devletini sokaktaki insan için anlamıyla açıklamaktır. Buna göre hukuk sokaktaki insan için açık, genel ve görece istikrarlı olan kurallardan ibarettir. Maddi içeriği belli olmayan ve esasen maddi içerikten bağımsız olan bu şekli yaklaşım,<sup>85</sup> bir hukuk sisteminde belli bir ahlaki değer olmasını gerektirse de, hukuk devletinin bu negatif özelliği mutlak olmayan bir

<sup>81</sup> ARIKAN, s. 74.

<sup>82</sup> RAZ, Joseph, Otorite ile Yorum Arasında Hukuk Teorisi, Çev. Ertuğrul Uzun, Fol Yay., Ankara, 2022, s. 117.

<sup>83</sup> ARIKAN, s.115.

<sup>84</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti: Modern..., s. 123.

<sup>85</sup> UYGUR, Gülriş, Adalet ve Hukuk Devleti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 3, 2004, s. 36.

değer oluşturur. Raz için hukuk devleti, diğer ilkeler arasında bir ilkedir ve bu bağlamda bir üstünlüğü ya da bir kutsallığı, dokunulmazlığı yoktur. Hukuk devleti, üzerine pek çok başka kavramın da eklenmesiyle karmaşık bir içeriğe sahip kılınmıştır.<sup>86</sup> Bu yaklaşımı bir çeşit eleştiri olarak kabul edersek, hukuk devletine atfedilen bu kutsal haleye yönelik başka eleştirel yaklaşımlar da bulunmaktadır. Örneğin Marksist eleştiri, hukukun üstünlüğünün egemen sınıfın, dolayısıyla sömürünün güvencesi olduğu,<sup>87</sup> hukukun politika olduğunu eksen alan Eleştirel Hukuk Hareketi de hukuk devletinin liberalizmin ayrıcalıklarını koruyup güçlendirmeye yaradığını<sup>88</sup> söyler. Bir görüşe göre de, özellikle milliyetçilik ve laiklik ilkeleri hukuk devletinin ideolojik gerekçelerle sınırlandırılmasına olanak sağlamaktadır.<sup>89</sup> Anayasa mahkemelerinin mevcudiyetine ve işleyişine yönelik bu eleştiri karşısında, tam tersi bir değerlendirmeyle, laikliğin hukuk devletinin ön şartı olduğunu ve ideolojik bir sınırlama olarak nitelenemeyeceğini ifade etmek, bunun anayasa mahkemelerinin yapısı ve işleyiş koşullarını tartışmaktan bağımsız bir ilke olarak benimsenmesi gerektiğini düşündüğümüzü belirtmek isteriz.

Hukukun yasakoyucunun iradesinden/sosyal kaynaklardan temellenmeyen ahlaki ilkeler içermesi ve bunun sebep olacağı belirsizlik görüşü karşısında, kaynaklar tezinin yasakoyucuya hukuku belirleme konusunda verdiği münhasır yetkinin, hukuk devleti ilkesinin önlemek istediği keyfiliği yasakoyucuya/egemenin fani iradesine verdiği mutlak ve sınırsız yetkiyle gerçekleştirdiği eleştirisi<sup>90</sup> bir tahterevallinin iki ucunda gibidir. Ancak söz konusu meşruiyetin ahlaki ilkeler yerine ilahi bir yerden kaynaklandırılması durumunda egemen, kendinden menkullüğü ve keyfiliği eleştirilen (ve tartışılabilen) dünyevi iktidarına bir de tartışılmayacak bir ilahi iktidarı eklemiş olacaktır.

## Hukuki çoğulluk

Hukuki çoğulluk, tek bir devlet çatısı altında birden fazla hukukun geçerli olmasını mümkün kılan bir kavramsal zemine işaret eder. Hukuki çoğulluğun farklı ülkelerde farklı yaklaşımlarla farklı uygulama biçimleri bulunur. Kavramın tarihsel olarak, sömürgeci devlet bir başka devlet üzerinde sömürge kurduğunda, kendi getirdiği hukukun yanında sömürge devletin yerel hukuklarının da uygulanmasına ve yaşamasına çeşitli sebeplerle izin vermesiyle ortaya çıktığı söyle-

<sup>86</sup> ARIKAN, s. 120.

<sup>87</sup> COLLINS, Hugh, Marksizm ve Hukuk, Çev. U. D. Tuna, Dipnot Yay., Ankara, 2016, s. 24.

<sup>88</sup> TAMANAHA, s. 121.

<sup>89</sup> TURHAN, Mehmet, Albert Venn Dicey'nin Hukuk devleti Anlayışının Işığı Altında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, nisan 2020, s.3256.

<sup>90</sup> UYGUN, s. 535.

nebilir. Yaşamasına ve uygulanmasına izin verilen, bir arada bulunan birbirinden farklı hukuki düzenlemeler daha çok özel hukuk alanıyla ilgilidir. Sömürgecilik süreci ortadan kalktıktan sonra ise modern Batının farklı “değerlere” yaklaşımıyla ilgili yeni bir biçim almıştır.<sup>91</sup> Hukuki çoğulluk, bir vakıa olmanın ötesinde, savunulan ya da karşı olunan, ideolojik bir görünümü de olan bir dünya görüşüne de karşılık gelir. Buna göre hukuk tanımını ya devlet merkezli yapılacaktır ya da hukukun bir sosyal gerçeklik olduğu ve devletle sınırlandırılmayacağı kabul edilecektir.<sup>92</sup> Hukuki çoğulluk, sömürge zamanlarından kalan bir ayırım olarak yerli hukuk/transfer hukuk, başka bir bağlamda devlet hukuku/azınlık hukuku, hukukunu değiştirmek için girişimde bulunmuş devletlerde de geleneksel hukuk/modern hukuk şeklinde sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır.<sup>93</sup> Bir başka açıdan çoğul hukuk düzenleri hane içinde, işyerinde, mübadele alanında, topluluklarda ve dünya sistemi alanında belirir. Bu alanlar da kendi içlerinde alt alanlara ayrılır ve alt hukuklarını yaratırlar.<sup>94</sup> Bir başka tasnif ise resmi hukuk sistemi, geleneksel normatif sistemler, dini normatif sistemler, ekonomik normatif sistemler ve kültürel normatif sistemleri, aralarında hiyerarşi olmaksızın bir arada bulunan hukuklar olarak kabul eder.<sup>95</sup> Hukuki çoğullukla ilgili bir ortak kabulden söz edilemeyeceği görülmekle birlikte, hukuki çoğulluk lehindeki anlayışlar, her halükarda hukukun devletten bağımsız bir sosyal olgu olduğu kabulüne dayandığını, hukuku bu sosyal olguyu görmezden gelerek devletin sınırlarına hapsedmemek gerektiğini, hukuk- kültür ikileminde özgürlükler tarafında yer aldığını söylemektedir.<sup>96</sup> Esasen hukukun bir sosyal olgu olması sosyolojik bir bakışın tespiti ve sonucudur, bu şekilde kendiliğinden bir normatif çıkarıma yol açmaz. Buradan hareketle, çoğul hukuk düzenlerinin varlığı, hukuk devletinin tanımını hukukun kaynakları bağlamında yapıldığında hukuk devletini ihlal eder.<sup>97</sup>

Dünyada hukuk devleti kavramı, küreselleşme koşullarında hukukun, devletin, egemenliğin tanımları bağlamında yeniden içeriklendirilmektedir. Talep edilen ve tartışılan yeni hak kategorileri, yeniden anlamlandırılan eski hak kategorileri, kürtaj ya da taşıyıcı annelik gibi kadın bedeniyle ilgili olan ve her dinin de söyleyecek sözünün olduğu alanlar ve bu konularda ne söyleyeceği önemli

<sup>91</sup> MERRY, Sally Engle, *Leğaş Pluralism*, *Law and Society Review*, C. 22, S. 5, 1988, s.872-874.

<sup>92</sup> GRIFFITHS, John, *What is Legal Pluralism?*, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, S. 24, 1986, s. 10.

<sup>93</sup> HOŞ, Serdar, *Hukuki Çoğulluk*, HFSA 26, İstanbul Barosu Yay., 2014, s.185.

<sup>94</sup> ÜYE, Saim, *Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 112-114.

<sup>95</sup> ARSLAN, Ezgi, *Hukuki Çoğulluk Olgusunun Hukuk Devleti İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 13/2, 2022, s. 466.

<sup>96</sup> HOŞ, s. 189.

<sup>97</sup> Aksi görüş için ARSLAN, s. 473-474.

olan çeşitli uluslararası kuruluşları, hukuk “devleti” tartışmasının genişleyen yeni zeminini oluşturmaktadır.

Özcan, tekelci kapitalizm koşullarında hukuk devletinin ulaşılmaması zor bir ideal olduğunu ama toplumsal düzen için hukuk dışında bir meşruluk ölçütü olmadığı için bundan vaz geçilemeyeceğini söylemektedir. Bu durumda demokrasi yeniden içeriklendirilebilir, mülkiyetin kutsallığı tartışılabilir. Ancak bunu yapmak hukukun değil politikanın işidir. Bu noktada hukuka düşen, kendi alanına dinin nüfuz etmesini engellemek ve politikaya “temiz” bir tartışma alanı yaratmak olacaktır.<sup>98</sup> Gerçekten laik normların yanında dini kuralların da hukuki uyumsuzluk çözümünde kullanıldığı örnekler bulunmaktadır<sup>99</sup> ve laik hukuk düzeniyle çatışma yaratan bu durum yukarıda değinildiği gibi, kavramsal düzeyde kaynaklar teziyle ilgili bir tartışmanın da konusudur.

### Laiklik

Hukuk devleti kavramı, netice itibariyle liberal siyasi örgütlenme biçimidir. Yasamayı ya da yargıyı öne çıkarmasıyla, neyi düzenleyeceği ve hangi alanlara dokunup dokunmayacağıyla, toplumsal sınıf mücadelelerinin ve çeşitli iktidar merkezlerinin belirleyiciliği doğrultusunda farklı isimler ve biçimler olarak var olagelmıştır. Bu şekliyle “hukuk aracılığıyla keyfiliği önleme” çekirdek anlamı çerçevesinde dinamik bir karakteri vardır. Bu dinamik karakteri belirleyen değişkenler kapitalist üretim ilişkileri, siyasi özneler arasındaki çekişmeler ve sınıf çatışmaları arasında belirlenmiş görünmektedir. Din olgusu ise bu denklemde belirleyici değişken olarak görünmemektedir. Bizce hukuk devleti kavramı, hukuki pozitivizmin hukukun kaynakları bağlamında laikliğin belirleyiciliğiyle birlikte de düşünülmelidir.

Hukuk devleti, ağırlık noktası olarak devleti de, bireyi de, toplumu da esas alsın, asıl belirleyici özelliği toplumun dinsel temelli değil insan ürünü yasalarla yönetiliyor olmasıdır.<sup>100</sup> İnsan ürünü yasanın liberal düzende taşıdığı önem, bireyin özgürlüğünün ancak kendi yaptığı yasayla sağlanabilmesindedir. Birey, temsili demokrasi yoluyla tabi olacağı yasaları belirler. Bu “kendi kendini yönetme” keyfiyeti, kuvvetler ayrılığı yoluyla kendi içinde bir denetim oluşturan sistemin güvenlik mekanizmasıdır.<sup>101</sup>

Antik Yunan ve Roma döneminden sonra uzun Ortaçağ, Avrupa’da tam da siyasetin, gündelik hayatın ve hukukun, farklı kombinasyonlarla dinle mücadelesi

<sup>98</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti: Modern..., s. 140.

<sup>99</sup> ÜNVER, Serdar, Negatif Din Özgürlüğü, Astana Yay., Ankara, 2022, s. 67.

<sup>100</sup> ÖZCAN, Hukuk Devleti: Modern..., s.124.

<sup>101</sup> TAMANAHA, s. 65.

çağıdır. Farklı kombinasyonlar vurgusu, tarafların kristalize ve kalıcı şekilde belli olmadığını ifade etmek için yapılmıştır. Feodal Avrupa’da nüfuzlu papazların da birer baron olduğu, kasabalarının hem dünyevi hem uhrevi işlerini yönettikleri ve kendi mahkemelerinin bulunduğu; buna karşın küçük yerleşim birimlerinde ki papazların geçinmek için adeta serfler gibi çalıştıkları gerçeği bu duruma bir bakış sağlayabilir.<sup>102</sup> Durumu “laikleşme süreci” olarak değerlendirmek gerekirse, modernlik öncesi dinin etkili olduğu tüm toplumsal katmanlardan çekilip yerini akliliğe bırakması sürecine bakmak gerekir. Ancak laikliği bu bağlamda Amerika Birleşik Devletlerinin dini örgütlerle devlet yapısını ayıran ilk toplumlardan olmakla birlikte dini bağlılıklarının fazla olması gibi bir örnek üzerinden<sup>103</sup> anlamaya çalışmak eksik kalacaktır. Çünkü modern hukuk özel alanı da düzenler. Dahası, özel alan kural olarak bireysel özgürlüklerin yaşandığı mahrem alan olmakla birlikte feminist hukuk teorisinin sloganlaştırarak dile getirdiği gibi, politik bir mücadele alanıdır ve hukukun o alandaki hukuki çatışmalara kamusal düzeyde müdahale etmesini ister. Dinsel kökenli bir çatışma söz konusuysa, bu müdahale devletin terazinin bir kefesine temel hak ve özgürlüklerinden yoksun kalacak insanları, diğer kefesine dini “özgürlükleri” koyuyormuş görünmesine sebep olabilir.<sup>104</sup> Fakat açıktır ki, bireylerin özel alanda da dinden özgürlüğünü, herhangi bir dine mensup olmama ya da mensup olduğu dinin gereklerini yerine getirmeme özgürlüğünü,<sup>105</sup> hukukun kaynaklarını dinsel temellerden mutlak olarak ayrı tutan bir hukuk devleti anlayışı gerçekleştirilebilir. Bu da bizce laikliğin kamusal alanla ilgili olmakla yetinemeyeceği anlamına gelir.

Hukuk devleti- hukukun üstünlüğü tartışmasını değerlendirirken gerçekten din, önemli ve belirleyici bir değişkendir. Devletin hukuk tarafından sınırlandırılması üstünde düşünürken din değişkeninin hangi tarafta konumlandırılacağı önemlidir. Bunun için birkaç seçenek kurgulanabilir: 1- Sınırlandırmak istenilen devlet, dini otoriteyi de temsil ediyorsa onu sınırlandırması beklenen/istenilen hukuk, dindışı/dinden bağımsız olabilir. 2- Sınırlandırmak istenilen devlet, askeri güce ya da din dışı bir otoriteye dayanıyorsa onu sınırlandırmak için ölçü alınacak hukuk dinden temellendirilebilir. Bu da aslında meselenin hukukun kaynakları tartışmasından uzak olmadığını gösterir. Örneğin Hristiyan azizi Aquinolu Thomas’ın, yargıçların karar verirken kanunlara bağlı olması gerektiği görüşü, pagan Aristoteles’ten temelleniyor,<sup>106</sup> pozitif hukukun gücünün hükümdarı sınırlandırmaya yetmeyeceğini bildiğinden, hükümdarın keyfilikliğini önlemek için çözümü

<sup>102</sup> TAMANAHA, s. 36.

<sup>103</sup> ÜNVER, s. 69.

<sup>104</sup> NUSSBAUM, Martha C., *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, New York, 1999, s. 84.

<sup>105</sup> ÜNVER, s. 6.

<sup>106</sup> TAMANAHA, s. 38.

Tanrı'nın hukukunda buluyordu. Gerçekten Roma imparatorları Konstantin'den beri mutlakiyetçiliklerine teokratik bir nitelik de vermiş ve kanunlarına kutsallık kazandırarak sadece Tanrı'ya hesap verebileceklerini kabul etmişlerdir. Benzer şekilde Roma'da papalar da krallar ve prensler üstünde Tanrı'dan aldıkları egemenliği iddia ediyorlardı.<sup>107</sup> Germen örfi hukukunda da monarkın kadim hukuku kendi iradesi içinde özümsemesi ya da o hukuku çiğneyen kralın halkı tarafından terk edilmek suretiyle direniş hakkına işaret ediliyordu. Bu tablo, hukukilik/ hukuka uygunluk bakımından karmaşık görünmektedir. Hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğünün nüveleri Ortaçağ uygulamalarında aranacak olsa, hangi hukukun hangi iktidarın keyfilğini engelleyebileceği çok tartışmalıdır. Tam tersine, Tanrı'dan kaynaklanan hukuku Tanrı adına uyguladıklarını iddia edenlerin keyfilğini önleyecek yeni ve farklı bir araç, mevcut dinsel karakterli hukuku (onu kullanan somut iktidarı) sınırlandıracak yeni bir tür "hukuk" gerekeceği de zor bir çıkarım değildir.

## SONUÇ

Çalışmanın başlangıç cümlesine geri dönecek olursa, insanlar bir arada yaşamaya yazgılı canlılardır. Bu bir arada yaşamayı mümkün kılan şeyin ne olduğu betimsel saikli sorusu, bunun en iyi şekilde nasıl mümkün olabileceğine dair normatif soru ve cevaplarla yan yana durmaktadır. Bu normatif içerikle ilgili, hukukun üstün olması- hukuk devleti düzeni içinde yaşanması gerektiği cümlesi üzerinde asgari bir uzlaşma sağlanmış görünmektedir. Tam da bu kavşakta, kavramların anlamlarının, içeriklerinin, tarihsel konumlarına dair bilginin önemi ortaya çıkmaktadır. Demokrasi ve hukuk devleti, birbirini tamamlayan, birbirlerini gerektirir iki kavram ve olgu olarak kullanılmaktadır. Ancak tarihsel bakışla bunun pek de doğru olmadığı görülmektedir. Gerçekten demokrasi, niceliksel bir çoğunluğun içerikten bağımsız olarak hukuk oluşturabilmesini ifade eder. Bu bağlamda şekli hukuk devleti/hukukun üstünlüğü demokrasi ile bağdaşır. Ama hukuk devletine niteliksel bir içerik kazandıran maddi hukuk devleti/sosyal hukuk devleti gibi kavramlar, niceliksel çoğunluğa "rağmen" söz konusu olurlar. Yani demokratik çoğunluğa karşılık geldiği var sayılan yasama meclisi ya da seçilmiş hükümeti sınırlandıracak kendinden menkul bir "hukuk" kavramı, demokrasi ve hukuk devleti/hukukun üstünlüğü kavramlarının karşı karşıya geldikleri noktadır. Bu yeni olmayan tespiti yeniden ele alma ihtiyacı hissettiren şey, huku-

<sup>107</sup> "... her bir kanun adalet fikrini cisimleştireceği için, adalet de Hristiyan inancının temel taşlarından biri olduğu için, bu alegoride "ruh" Hristiyan adalet fikri anlamına gelecekti. Bu tezin Orta Çağ'daki "hukukun üstünlüğü" fikri olduğu ve bunun da hukukun egemenliği fikrinde tezahür ettiği konusunda pek şüphe olmasa gerekir" Ullman, Walter, A History of Political Thought: The Middle Ages, Middlesex, NY: Penguin, 1965, pp.103'ten aktaran, TAMANAHA, s. 44.



kun kaynağı tartışmasını gözden kaçırmamak gerektiğini düşünmemizdir. Basitçe formüle etmek gerekirse:

- İnsanların modern koşullarda bir arada yaşaması bir hukuk düzeni gerektirir.
- Bu hukuk düzeninin nasıl olacağına ya niceliksel çoğunluk ya da nicelikten başka niteliklere sahip bir iktidar karar verir.

Bugün hukukun üstünlüğü deyince yazılı anayasa, yasamanın yargısal denetimi, demokratik serbest seçimler, bireysel hakların korunması ve kuvvetler ayrılığının olması gereği konusunda bir fikir birliği olduğu söylenebilir. Yazılı anayasa, Antik Yunan ve Roma ile Ortaçağ Avrupası'nda hükümdara doğal hukuk, teamül hukuku ya da din tarafından konulan sınırın yerini almış,<sup>108</sup> ancak bu durumda hukukun üstünlüğünün sağlanması yasakoyucunun basiretine, toplumun hukuk ve demokrasi geleneğine bağlı kılınmış olmuştur.<sup>109</sup> Hukuk devleti/hukukun üstünlüğünün tarih içinde nerelere denk düştüğüne dair bu kısa bakışın bakiyesi, özgürlük/demokrasi, birey/kamu ya da bireysel haklar/sosyal haklar geriliminde ve siyasi iktidar karşısında gücü kendinden menkul bir yargıçlar iktidarı tartışmalarında somutlaşır. Devleti sınırlaması beklenen hukuk demokrasiyi kısıtlayacak mıdır ve hukuk kendi kendini yöneten insanların, üzerinde uzlaştığı kurallardan mı ibarettir?<sup>110</sup> Çoğunluğun ya da çoğunluk olmayan iktidarın iradesine hukuk denilecekse, bu hukukun nasıl formüle edildiği önemli midir? Egemen, insani isteklerine, çıkarlarına, tutkularına göre bir hukuk yaratabiliyor mudur? Bu hukuk bir toplum sözleşmesi midir? Egemenin hukuk yaratırken kendisini sınırlı saydığı bir şey varsa bu nedir? Bu denklemde bazen anayasa mahkemelerine karşı çoğunluğun niceliksel gücü öne çıkarılabilir, bazen ise hukukun belirleyicisi olarak başkaca maddi içerikler kullanılabilir. Kavramsal olarak çelişkili görülen bu durum bir kafa karışıklığının ya da aslında gerçek anlamda bir tercih yapmaktan imtina edildiğinin işaretidir.<sup>111</sup> Hukuk devletinin anlamı şekli olarak belirlenecekse hukuk güvenliğini sağlayacak olan, çoğunluk tarafından belirlenmiş kurallar bütünü çerçevesinde kalmak gerekir. Bu da sistemi demokrasi yanlısı yapar. Hukuk güvenliğinin mümkün olması için demokrasinin /çoğunluğun çeşitli sebeplerle güvenilmezliğini öngörerek maddi bir içerik gerekir deniliyorsa da, o maddi içeriğin dinsel referanslardan kaynaklanmaması gerekir. Çünkü bu halde bir oksimoron

<sup>108</sup> TAMANAHA, s. 92.

<sup>109</sup> TAMANAHA, s. 95.

<sup>110</sup> TAMANAHA, s.19, 26.. (Yazarın, bu kaygıları ortaya koyduktan sonra hukukun üstünlüğünün uyumsuz olduğu sosyokültürel bağlamların varlığını kabul ederek, gerektiğinde başka sosyal değerlere yol açmak gerektiği düşüncesine din temelli değerlerin söz ettiğimiz yıkıcı potansiyeli karşısında şerh düşüyoruz.)

<sup>111</sup> ŞAHİN ÜNVER, Fatma Süzgün, Hukuk Sistemimizin Kimlik Sorunu (I): Doğal Hukuk- Hukuki Pozitivizm, MHFD, 2021/2, s. 221, 222.

yaratılmış, bir arada bulunması kimyasal olarak mümkün olmayan iki element birleştirilmeye çalışılmış olur. Bu iki element dinsel referanslardan kaynaklanan bir hukuk içeriği ile çoğunluğun kararından kaynaklanan bir hukuk içeriğidir. Bir-birine karşıt olarak gelişmiş bu iki kavramı birbirine referans göstermek doğru bir akıl yürütme değildir.

Raz, kaynaklar tezine göre hakimlerin kaynak temelli yasalar dışındaki normları da kullanıp hukuk yaratabileceklerini ama bu normların hukuk olmadığını söylerken normatif değil betimsel bir cümle kurduğunu söylemektedir. Buna göre hukuki pozitivism bir siyasi ahlak kuramı değil, analitik bir kuramdır.<sup>112</sup> Bize göre ahlaki ilkelerden anlaşılacak şey dinsel kurallar ise bu cümlenin normatif şekilde kurulması gerekir. Yani, eğer bir hukuk normu, içeriğinin hakimler tarafından dinsel bir ilkeyle doldurulmasına işaret ediyorsa, hakimin bunu gerçekleştirmesi dinsel kuralı hukuk haline getirmez. Ancak bunun da hukuka dinden bağımsız bir iktidar ver(e)meyeceği, durumun bir retorikten ibaret kalacağı da açıktır. Hukuk devleti tanımının hukukun kaynaklar tezi içinde niş bir alan açıp değerlendirilerek, hukuk kurallarının işaret edebileceği hukuk dışı kural ya da ilkelerin dinsel karakterde olamayacağı şeklinde anlaşılması, kaynaklar tezinin hukukilik yorumunu tutarlı bir anlama kavuşturur kanaatindeyiz. Aksi halde hukukun tanımıyla ilgili hangi modern bakış açısı kabul edilirse edilsin (bağdaşım tezi, kapsama tezi ya da kaynaklar tezi), tartışmanın fiilen dinsel içerikli doğal hukukun tartışma zeminine geri dönerek yapılması söz konusu olacaktır. Dinsel kural ve ilkelerin ahlaki geleneksel uluslararası hukuk ilkeleri gibi alanlardan farklı olarak, hukuk olma iddiası taşıyan karakteri, hukuk bütün dışsal ilkeleri aynı nitelikte kabul ettiğini söylese, onları hukuk haline getirmediği iddiasıyla kullansa bile durum fiilen öyle olmayacak, dinsel kurallar kendi hukuki iktidarını fiilen sağlamış olacaktır.

Pozitif hukuk düzenleyicilerinin ve uygulayıcılarının keyfiliklerini önlemek için ölçü alınacak olan ve bu yüzden üstün olduğu kabul edilen hukuk, açık ya da örtülü bir şekilde dinden temellendirilmişse, bağlamla ilgili tartışılan her şeyin anlamı ve içeriği de değişecektir. Hukukun dinsel bir kaynağa dayandığının, meşruluğun o kaynaktan ilkesel düzeyde kabulü elbette hayatın bütün somut pratiklerinin düzenlenmesiyle ilgili mutlak bir müdahaleyi gerektirmez. Ama demokratik her talebin, değiştirilmesi istenen her düzenleme ya da uygulamanın karşısına, denk olmayan bir görünmez ve direnilemez iktidarın koruması altında çıkmayı ve bu sayede kaçınılmaz şekilde kazanan olmayı doğurur. Tekraren, ilahi veya metafizik bir kaynağa dayanmak, bütün somut yaşam pratiklerini düzenle(ye)mese bile, özel hukuktan usul uygulamalarına kadar hukuk sistemi-

<sup>112</sup> ARIKAN, s. 80, 81.

nin bütün alanlarındaki düzenleme ve uygulamaların gerekçesini sağlama hattını düello yargılamalarından engizisyon sorgulamalarına, taraf yeminlerine kadar geri götürme tehlikesini barındırır.<sup>113</sup>

Hukuk devletinin modern devlet çatısı altında kurumsallaştığı, bunun da olmazsa olmaz bileşeninin laikleşme olduğunu akılda tutmak gerektiği düşüncesindeyiz. Bireye hukuk özneliğini teslim eden modern devlet, bunu ancak hukukun kaynağını bir dine bağlamamakla ve bununla birlikte bireylere istedikleri dine mensup olmak ve dahi hiçbir dine mensup olmamak özgürlüğünü sağlayarak gerçekleştirebilir. Hukuk devletiyle ilgili akıl yürütme tuzağı tam da buradadır. Nicel çoğunluktan kaynaklanan meşruiyetin sakıncalarını bertaraf etmek için kurgulanan maddi hukuk devletinin içeriği dinsel referanslardan kaynaklanırsa, amacının tam tersi bir işleve sahip olacaktır. Toplumsal düzen “Tanrı öyle istiyor” ya da “Tanrı öyle yarattığı için öyle olmalıdır ya da öyle kalmalıdır” diyerek düzenleniyorsa, bu düzenlemeyi yapanlar dinsel kurumlar değil halkın demokratik yollarla seçtiği siyasi irade bile olsa meşruiyet sosyal kaynaktan değil dinden kaynaklandırılmış olur.

Hukuk devletinin gerekliliği konusunda bir uzlaşma var olduğuna göre, üstün olduğu iddia ve kabul edilen hukukta üstün olanın dinden bağımsız ve fakat çoğunluğun keyfiliği tarafından da günlük olarak belirlenip değiştirilemeyecek bir içerik olduğu, bilgiye dayalı olarak ve kararlı bir şekilde ortaya konulmalıdır. Yoksa hem çoğunluk üstünlüğü anlamındaki basit şekliyle demokrasiyi hem de dinsel referanslarla temellendirilen hukukun “üstünlüğünü” araçsal olarak kullanan bir hukuk devleti savunusunun egemene sağladığı çifte iktidar ile karşı karşıya kalınacak; tarihsel olarak demokrasinin de hukuk devletinin de engellemeye çalıştığı keyfilik, bu iki kavramın güçlerini birleştirerek yerini sağlamlaştırmış olacaktır. Kaynağın tanrısal olmaması sadece iktidar yetkisinin tanrıdan kaynaklanmaması anlamına gelmez. Toplum sözleşmesinin bu düzeyde bir çeşit meydan okuma, iktidarın meşruiyetini gökten yere indirme girişimi olduğu akılda tutulmalıdır. Ama bundan sonra meşruiyetini insani iradeden alan bir iktidarın hukukun içeriğini yeniden ilahi bir kaynaktan doldurması bir aldatmaca, bir bypass anlamına gelecektir. Üstelik bu kez, meşruiyet temeli olmak yerinden çıkarıldığı için ilahi kaynak dünyevi iktidar için bir duvar olma vasfını da yitirmiştir. Ve bu durum dünyevi iktidara hem ilahi iktidar tarafından dizginlenmeyen bir fiili iktidar, hem de artık olmadığı üzerinde uzlaşmış olan ilahi iktidarın hukukunun içeriğini kullanmasından kaynaklanan, karşı konulmaz bir uhrevi iktidar sağlamış olacaktır.

<sup>113</sup> Van CAENEGEM, R.C., Özel Hukuk Tarihi, Çev. Ali Acar, Caner Birdal, İbrahim Doğan Takavut, O. Vahdet İşsevenler, Zeynep Arslan, Pinhan Yay., İstanbul, 2022, s.51.

**KAYNAKÇA**

- AKI, E. İrem, Hukukun İç Ahlakı: Lon F. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme, AÜHFĐ, 64(1), 2015, s.1-35.
- AKTAŞ, Sururi, Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2020/1, s. 1-32.
- ALTIPARMAK, Kerem, "Due Process of Law" Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, AÜHFĐ, C. 45, S. 1-4, Ankara, 1996, s.219-250.
- ARIKAN, Engin, Sert Pozitivizm, Oniki Levha Yay., 2019.
- ARİSTOTELES, Politika, Çev. Mete Tuncay, Remzi Kitabevi, 1975.
- ARSAL, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, 3. b. İstanbul, 1948.
- ARSLAN, Ezgi, Hukuki Çoğulluk Olgusunun Hukuk Devleti İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 13/2, 2022, s. 462-475.
- BERMAN, Harold J., Hukuk ve Devrim: Batı Hukuk Geleneğinin Oluşumu, Çev. Kıvılcım Turanlı, Pinhan Yay., İstanbul, 2020.
- BURNS, Edward McNall, Çağdaş Siyasal Düşünceler: 1850-1950, Çev. Alaeddin Şenel, Birey ve Toplum Yay., 2. Bası, Ankara, 1984.
- Van CAENEGEM, R.C., Özel Hukuk Tarihi, Çev. Ali Acar, Caner Birdal, İbrahim Doğan Takavut, O. Vahdet İşsevenler, Zeynep Arslan, Pinhan Yay., İstanbul, 2022.
- CICERO, Devlet Üzerine, Çev. C. Cengiz Çevik, İthaki Yay., İstanbul, 2014.
- CICERO, Yasalar Üzerine, Çev. C. Cengiz Çevik, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul, 2016.
- DICEY, A.V., Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Macmillan Co Ltd., 10. b., London, 1959.
- GÜRLER, Sercan, Felsefi Bir Sorun Olarak Hukuka İtaat Yükümlülüğü, İÜHFĐ C. LXXII, S. 1, 2014, s. 265-292.
- GRIFFITHS, John, What is Legal Pluralism?, Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, S. 24, 1986, s. 1-55.
- HOBBS, Thomas, Leviathan, Çev. Semih Lim, YKY Yay., 6. b., 2007, İstanbul.
- HOŞ, Serdar, Hukuki Çoğulluk, HFSA 26, İstanbul Barosu Yay., 2014, s. 181-191.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yay., 14. Bs. İstanbul, 2019.
- KANT, Immanuel, Ahlakın Metafiziği Hukuk Öğretisi, Çev. Altan Heper, Fol Yay., Ankara, 2022.
- KELSEN, Hans, Saf Hukuk Kuramı, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Yay., İstanbul, 2016.
- KULAKSIZOĞLU MERCAN, Nergiz, Hukukun Üstünlüğü Kavramının Felsefi Temelleri, Oniki levha Yay., İstanbul, 2021.

- KULAKSIZOĞLU MERCAN, Nergiz, Çağdaş Hukuk Düşüncesinde Maddi- Şekli Hukuk Devleti Ayrımı, Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2022, s.110-119.
- LOCKE, John, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Çev. Fahri Bakırcı, Ebabil Yay., 2. b., Ankara, 2012.
- LOUGHLIN, Martin, Kamu Hukukunun Temelleri, Çev. Dilşad Çiğdem Sever, Kuvılcım Turanlı, Dipnot Yay., Ankara, 2017.
- MERRY, Sally Engle, Legaş Pluralism, Law and Society Review, C. 22, S. 5, 1988, s. 869-896.
- MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine, Çev. Doç. Dr. Şevki Özbilen, Seçkin Yay., Ankara, 2014.
- NUSSBAUM, Martha C., Sex and Social Justice, Oxford University Press, New York, 1999.
- ÖZCAN, Mehmet Tefvik, Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti, İÜHFİM, C. LXIV, S.2, 2006, s. 119-144.
- ÖZCAN, Mehmet Tefvik, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, Tekin Yay., İstanbul, 2017.
- ÖZENÇ, Berke, Hukuk Devleti, Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İletişim Yay., İstanbul, 2014.
- PLATON, Yasalar, Çev. Candan Şentuna- Saffet Babür, Kabalcı Yay., İstanbul, 3. b., 2007.
- POSTEMA, Gerald J., Law's Rule, The Nature, Value, and Validity of the Rule of Law, Oxford University Press., New York, 2022.
- RAZ, Joseph, Hukuk Devleti ve Erdemi, Çev. Bilal Canatan, Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yay., Ankara, 2008.
- RAZ, Joseph, Otorite ile Yorum Arasında Hukuk Teorisi, Çev. Ertuğrul Uzun, Fol Yay., Ankara, 2022.
- RAZ, Joseph, "Özgürlük Ahlakı", Çev. Gürkan Özturan, Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, Sakarya, 2016.
- SCHMİTT Carl, Liberal hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı, Çev. Bilal Canatan, Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres yay., 2008, s.119-148.
- SCHMİTT, Carl, Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, Çev. Emre Zeybekoğlu, Dost Yay., 2. Bası, Ankara, 2005.
- TAMANAHHA, Brian Z, Hukukun Üstünlüğü, Çev. Ali Fahri Doğan, Runik Kitap, İstanbul 2020.
- TURHAN, Mehmet, Albert Venn Dicey'nin Hukuk devleti Anlayışının Işığı Altında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, nisan 2020, s.3237-3258.

- UYGUN, Oktay, Hukukun Üstünlüğü İlkesi, YÜHFD, C. XIX, 2022/ Özel Sayı, s.521-558.
- UYGUR, Gülriz, Adalet ve Hukuk Devleti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 3, 2004, s. 29-38.
- ÜNVER, Serdar, Negatif Din Özgürlüğü, Astana Yay., Ankara, 2022.
- ÜYE, Saim, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- VİNOGRADOFF, Paul, Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku, Çev. Ferhat Düzgören, Sevtap Metin, Ahmet Ulvi Türkbağ, Erol Öz, Taner Ayanoglu, Göçebe Yay., İstanbul, 1997.
- WAGNER, Peter, Modernliğin Sosyolojisi, Çev. Mehmet Küçük, Ayrıntı Yay., İstanbul, 2005.
- WOOD, Ellen Meiksins, Yurttaşlardan Lordlara, Eskiçağlardan Ortaçağlara Batı Siyasal Düşüncesinin Toplumsal Tarihi, Çev. Oya Ökmen, Yordam Yay., İstanbul, 2008.