

**HUKUKİ ÇOĞULLUK OLGUSUNUN HUKUK DEVLETİ İLKESİ  
BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ****THE EXAMINATION OF THE LEGAL PLURALISM  
IN TERMS OF THE PRINCIPLE OF RULE OF LAW**Ezgi ARSLAN\*  [10.21492/inuhfd.1114249](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1114249) **Makale Bilgi**

Gönderi: 09/05/2022  
Kabul : 23/11/2022

**Anahtar Kelimeler**

*Hukuki Çoğulluk,  
Hukuk Devleti,  
Şiddet Tekeli.*

**Article Info**

Received: 09/05/2022  
Accepted: 22/11/2022

**Keywords**

*Legal Pluralism,  
Rule of Law,  
Monopoly of Violence.*

**Özet**

Hukuki çoğulluk olgusu genel olarak, bir sosyal alanda çeşitli kaynaklardan doğmuş çok sayıda normatif sistemin işlerliği olarak tanımlanabilir. Hukuki çoğulluk teorileri, bu olguya dair kendi tanımları üzerinde şekillenir ve çoğul hukuk düzenlerini tasnif ederler. Yanı sıra, tasnif edilen çoğul hukuk düzenleri ile devlet hukuku arasındaki ilişkiyi ele alırlar. Bu şekilde teorik çerçevesi çizilen hukuki çoğulluk olgusu, birçok bağlamda değerlendirmeye değerdir. Bu bağlamlardan biri de, hukuk devleti ilkesidir. En basit ifadeyle devlet yönetiminde bir veya birkaç kişinin keyfinin değil hukukun egemen olmasını ifade eden hukuk devleti ilkesi, maddi ve biçimsel olmak üzere iki boyutludur. Hukuki çoğulluk olgusunun bu ilke çerçevesinde değerlendirilmesi de, bu iki boyut bakımından ayrı ayrı ele alınmasını gerektirir. Yanı sıra, hukuki çoğulluk olgusu, hukuk devleti ilkesinin fonksiyonları bakımından da değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede sorulacak temel soru, hukuk devleti ilkesinin devlet tekelinde bir hukuk sistemini gerektirip gerektirmediğidir. Kanaatimizce, çoğul hukuk düzenlerinin varlığı, hukuk devleti ilkesinin doğal bir ihlali sayılmaz. Hukuk devleti ilkesinin gerekleri ve ilgili çoğul hukuk düzenlerinin nitelikleri ortaya konulduktan sonra, her somut normatif düzen için ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekir. Bu çalışma, temel olarak bu değerlendirmenin kriterlerini belirlemeye çalışmaktadır.

**Abstract**

The phenomenon of legal pluralism can be generally defined as the functioning of more than one normative order derived from different sources in a social field. Legal plurality theories take shape on their own definitions of this phenomenon and classify plural legal orders. In addition, they consider the relationship between classified plural legal orders and state law. Legal pluralism, whose theoretical framework is drawn in this way, is worth evaluating in many contexts. One of these contexts is the rule of law. In the simplest terms, the principle of the rule of law, which expresses the domination of law, not the pleasure of one or a few people in the state administration, has two dimensions: material and formal. Evaluating the phenomenon of legal pluralism within the framework of this principle requires that these two dimensions be dealt with separately. In addition, the phenomenon of legal pluralism should also be evaluated in terms of the functions of the rule of law principle. Main question to be asked in this evaluation is whether the rule of law principle requires a legal system with a state monopoly. In our opinion, the existence of plural legal systems cannot be considered a natural violation of the rule of law. After the requirements of the rule of law principle and the qualifications of the relevant plural legal systems have been revealed, a separate evaluation should be made for each concrete normative system. This study basically tries to determine the criteria for this evaluation.

## **EXTENDED SUMMARY**

### **Introduction and Research Purpose**

The rule of law principle, expresses the domination of law in both horizontal relations between individuals and vertical relations between the individual and the state. The content of the rule of law is often considered together with the concepts of modernity. In this sense, it can be thought that within the framework of the modern state's monopoly of violence, the rule of law implies the supremacy of state law. Within the scope of this study, theories regarding the concept of legal pluralism are put forward and these concepts are evaluated in the context of the rule of law. The purpose of this evaluation is to discuss under which conditions it would be possible to consider plural legal orders operating in a certain social area as a violation of the rule of law. Our main claim is that the rule of law does not include the necessity of the state being the sole source of law, and that it is possible to fulfill the requirements of the rule of law in systems where non-state legal systems exist.

### **Literature Review**

The most comprehensive study of the theories of legal plurality, Saim Üye's book 'Legal Plurality in Theory and Practice', has guided in determining the content of the concept of legal plurality within the scope of our study and the selection of theories we mentioned. Based on this study, Griffiths's extremely comprehensive theory of legal pluralism and his works have been examined. In addition, the definitions of legal plurality and classification have been put forward by using the sources of Twining, Tamanaha and Santos. Also in this section, based on Forsyth's article, the relations between plural legal order and state law are examined. In the section of the content and historical background of the principle of the rule of law, Sancar's book 'Rule of Law in the Grip of State Mind' and Özenç's 'Rule of Law; Its Origins and Function in the Age of Globalization' are the main sources. Examination of the sub-principles of the principle of the rule of law, Ali Rıza Çoban's book 'Rule of Law' was mainly used.

### **Methodology and Findings**

The study is an essay. Within the scope of this study, the concept of legal plurality, which is a very new and ambiguous concept, was examined. In considering this concept, the theoretical framework of the concept was drawn instead of examining and evaluating concrete examples. Then, the ideal of the rule of law was emphasized and this concept was tried to be handled together with the subprinciples. In this context, in the last section, the question of whether the issue of legal plurality is acceptable in terms of the principle of the rule of law was discussed from the critical approach.

### **Conclusions, Limitations, and Recommendation**

The relationship between plural legal order and the principle of the rule of law can be understood from two different aspects. The first is related to the functions of the principle of the rule of law. The most basic function of these principle is limiting with law and it is divided into two as limiting horizontal and vertical relations with law. Horizontal relationships correspond to the relationships between individuals where vertical relationships describe the relationships between individuals and the state. Legal pluralism should be evaluated within the framework of the ideal of regulating and limiting both types of relations of the rule of law. In this respect, it can be said that multiple legal order has some advantages compared to state law to direct human behavior and therefore regulate the relations between individuals. However, this is not enough to say that the rule of law principle has not been violated. At this point, the second dimension of the relationship of plural legal orders with the state of law will come into play. The normative system, which fulfills the function of law stipulated by the rule of law principle, will also be expected to provide the substantial and formal conditions required by the principle. It can be said that plural legal systems, which provide the conditions required by the rule of law, will not constitute any contradiction to the principle, but on the contrary, thanks to the advantages they have in directing human behavior, they will contribute to the realization of this principle. On the other hand, where the non-state legal system does not fulfill the requirements of the rule of law, legal pluralism will constitute a violation of the rule of law.

Another criterion that should be taken into account when evaluating legal pluralism in terms of the rule of law is that the functionality of plural legal systems should be based on consent. In this context, when a normative system is officially recognized by the state, being subject to this normative system should be left to the will of the individual. In addition, in accordance with the generality sub-principle of the rule of law, if such a right to choose is to be granted, it should be granted to each individual in the society. Another question that may come to mind in this evaluation is whether it is possible for individuals to make their choices between legal systems based on their free will. This question is a general question about the concept of free will. When considered from a Marxist framework, there is no real choice between state law and plural law orders, which are the products of the same infrastructure and therefore aim to maintain similar power relations and have similar contents except for minor nuances. A choice to be made between them would be to choose one of the two similar ones. In another case, if non-state legal systems are not officially recognized and individuals are subjected to multiple legal systems without their consent, positive obligations of the state will come to the fore for human rights violations.

In terms of the limitation of state power by law, which is another function of the rule of law, local plural legal systems don't seem effective. Due to the period and conditions in which these systems emerged, they are not useful in this respect, as they do not have the purpose of protecting the individual against the state and the tools to serve this purpose. However, since the existence of these orders will mean a narrowing of the scope of state power, in cases where the non-state legal system is ahead of state law in terms of protecting human rights, the state power will be limited for the benefit of individual rights. However, in cases where plural legal systems cannot meet the material requirements of the rule of law, the fact that these systems limit the state power and create their own areas of power will contradict the principle of the rule of law, even if the state power is limited. On the other hand, the effective existence of international legal orders does not constitute a violation in terms of the rule of law, as it will create a suitable basis for the limitation of state power by a normative system based on human rights.

After all, we can state that the phenomenon of legal pluralism does not violate the rule of law in all cases. In each specific situation, the relevant legal order should be evaluated by taking into account the function and meaning of the rule of law, and a decision should be made within the framework of the subjective conditions of each specific situation.

## I. GİRİŞ

Hukuki çoğulluk olgusu, hukuka dair birçok tartışmayla yakından ilgilidir. Devlet-dışı hukuk sistemlerine işaret eden bu olgunun, akla getireceği ilk kavramlardan biri de hukuk devleti ilkesidir. Çoğunlukla devlet hukukundan hareketle tasavvur edilen hukuk devleti ilkesi ile hukuki çoğulluk olgusu birlikte değerlendirildiğinde, devlet egemenliği, devletin şiddet tekeli ve hukukun özüne dair sorular gündeme gelecektir. Bu çalışmanın nihai amacı; hukuk devleti ilkesinin devlet hukuku ile ilişkisini, devlet-dışı hukuk düzenlerine bakışını ve bu çerçevede hukuki çoğulluk olgusunu, hukuki merkezîyetçilik ideolojisini aşarak değerlendirmektir.

Çalışmamızın ilk bölümünde, üzerinde anlaşılmalı bir tanımla olmayan hukuki çoğulluk olgusu inceleneyecektir. Bu inceleme esnasında, hukuki çoğulluk örnekleri üzerinden hareket etmek yerine, hukuki çoğulluk teorileri ele alınacaktır. İkinci bölümde, hukuk devleti ilkesi, tarihsel arka planı ve ilkenin kavramsal çerçevesi üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede, kimilerince ilkenin alt ilkeleri olarak kimilerince ise ilkenin unsurları olarak değerlendirilen prensiplere değinilecektir. Nihayetinde, hukuki çoğulluk olgusu, hukuk devleti ilkesinin işlevleri ve alt ilkeleri bakımından değerlendirilecektir. Başka bir deyişle, hukuki çoğulluk olgusunun her koşulda ‘hukuk devleti ilkesinin ihlali olup olmayacağı tartışılacaktır.

Bu tartışma çerçevesinde üzerinde durulacak en temel mesele, hukuk devleti ilkesinin, ‘hukuk’la kastettiği olgunun ne olduğu ya da ne olması gerektiğidir. Bu bağlamda, hukuk devleti ilkesinin işaret ettiği hukukunun sınırları genişletilebilir mi? İlkenin yerine getirmesi umulan işlevi ve amacı çerçevesinde ele alındığında, bu ilkenin zorunlu olarak devlet hukukunun üstünlüğüne işaret ettiğini söylemek mümkün müdür? Biz bu çalışmada, hukuk devleti ilkesinin belirli niteliklere sahip bir hukukun üstünlüğüne işaret ettiğini kabul etmekle birlikte, bu hukukun devlet kaynaklı olmasının şart olmadığını savunuyoruz. Bu çerçevede, öncelikle hukuk devleti ilkesinin işlevini de göz önünde bulundurarak, üstün olması beklenen hukukun sahip olması gereken nitelikleri, Marmor, Dicey, Raz, Hayek ve Schmitt’in hukuk devleti kuramlarından hareketle belirleyeceğiz. Sonrasında ise, çoğul hukuk sistemlerindeki devlet dışı hukuk düzenlerini, bu niteliklerden hareketle değerlendirecek ve iddiamızı temellendirmeye çalışacağız. Bu değerlendirmeyi yaparken ilk olarak hukuk devleti ilkesinin yatay ve dikey ilişkilerde hukuku üstün kılma işlevinden hareket edeceğiz ve çoğul hukuk düzenlerinin bu işlevi yerine getirmek noktasındaki yeterliliğini tartışacağız. Sonrasında ise, hukuk devleti ilkesinin hukuk için öngördüğü işlevi yerine getirme potansiyeline sahip olduğuna kanaat getirdiğimiz normatif düzenleri, hukuk devleti ilkesinin maddi ve şekli alt ilkeleri bağlamında değerlendirmeye tabii kılacağız. Sonuç olarak, hukuki çoğulluk durumunun hangi hallerde hukuk devleti ilkesinin ihlaline yol açarken, hangi hallerde bu prensibin gerçekleşmesine katkı sunabileceğini kabaca belirlemeye çalışacağız.

## II. HUKUKİ ÇOĞULLUK

Hukuki çoğulluk olgusu, herkesin üzerinde mutabık olduğu bir tanıma sahip değildir<sup>1</sup>. Farklı yazarlar, farklı hukuki çoğulluk tanımları yapmış ve bu tanımlardan hareketle de kendi özgün hukuki çoğulluk teorilerini ortaya koymuştur. Bu sebeple hukuki çoğulluk literatürü son derece farklı teorileri içerir. Literatürdeki bu çeşitlilik, her bir teorinin hukuki çoğulluğa dair sorularını ve bu sorulara yönelik cevaplarını da çeşitlendirmiştir<sup>2</sup>. Hukuki çoğulluk olgusunun çok sayıda farklı tanıma sahip olması, bu olgunun antropoloji, sosyoloji ve hukuk gibi birçok farklı disiplin tarafından kullanılıyor olmasından ileri gelir<sup>3</sup>. Biz de bu çalışma kapsamında hukuki çoğulluğu tanımlamak için, farklı teorilerden ve tanımlardan faydalanacağız.

### A. Kavramsal Çerçevesi, Tasnifi ve Çoğul Hukuk Düzenleri Arasındaki İlişkiler

Bu bağlamda ilk olarak, hukuki çoğulluğa dair çalışmalarda çok fazla atıf yapılan ve hukuki çoğulluk olgusunu geniş biçimde ele Griffiths’in kuramına değineceğiz. Bundan başka, teorilerini konuyla ilgili gelişmeleri hesaba katarak oluşturan ve çoğul hukuk düzenlerine ilişkin tasnif yapmış olan Tamanaha, Santos ve Twining’in teorileri ve bu düşünürlerin çoğul hukuk düzenlerine dair tasnifleri de ele alınacaktır.

Griffiths’in hukuki çoğulluk tanımına göre; “Hukuki çoğulluk, sosyal eylemin her zaman çok sayıda ve örtüşen ‘kısmen özerk sosyal alanlarda, var oluşu ve buna ek olarak pratikte dinamik bir durum içinde bulunuşu gerçeğine dayalı olarak, normatif heterojenliğe işaret eder<sup>4</sup>.”

Buna göre, bir sosyal alanda, çok sayıda normatif sisteminin varlığı, hukuki çoğulluk olarak isimlendirilecektir. Bu anlamda hukuki çoğulluk olgusu incelenirken bakılacak yer sistem ya da kurumlar değil, sosyal alanlardır. Buradan hareketle, hukuki çoğulluğun bir olgu olduğu söylenebilir<sup>5</sup>. Bu hukuki çoğulluk tanımı, daha önceki hukuki çoğulluk teorileri üzerinde çalışıldıktan ve bu teoriler bazı açılardan

<sup>1</sup> GRIFFITHS, John: “What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism*, nr. 24, 1986, s.38; ÜYE, Saim: *Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.66; BENDA-BECKMANN, Franz v.: “Who’s Afraid of Legal Pluralism (2002)”, *Journal of Legal Pluralism*, 2002 – nr. 47, s.72.

<sup>2</sup> GRIFFITHS, 1986, s.38; ÜYE, s.66.

<sup>3</sup> BENDA-BECKMANN, 2002, s.73.

<sup>4</sup> GRIFFITHS, 1986, s.38, Çev. ÜYE, s.66.

<sup>5</sup> GRIFFITHS, 1986, s.38; ÜYE, s.66.

eleştirildikten sonra şekillenmiştir<sup>6</sup>. Benzer biçimde, Benda-Beckmann da hukuki çoğulluğu, bir sosyo-politik alanda birden fazla normatif yapının etkin olması olarak tanımlar<sup>7</sup>.

Bu noktada çalışma kapsamında ele alınacak hukuki çoğulluk teorilerinin belirlenmesindeki kriterleri ortaya koymak amacıyla, Griffiths'in zayıf hukuki çoğulluk-güçlü hukuki çoğulluk ayırımından söz etmek yerinde olacaktır. Hukuki çoğulluk kavramı üzerine çalışan diğer yazarlar da farklı isimlendirmelerle bu ayrıma değinir<sup>8</sup>. Zayıf-güçlü hukuki çoğulluk ayırımı, devlet hukuku ile çoğul hukuk düzenleri arasındaki ilişkiye dayanılarak yapılan bir ayırmadır. Griffiths, aynı sosyal alanda etkin çoğul normatif sistemleri, bu sistemlerin resmi hukukla ilişkilendirme biçimlerinden hareketle ikiye ayırır. Resmi devlet hukukunun, geçerli olduğu bölgede varlık gösteren çeşitli azınlıklar için değişik ve özgün normlar öngörmesi veya bu grupların normatif düzenlerinin devlet hukuk sistemince kabul edilmesi, zayıf hukuki çoğulluktur<sup>9</sup>. Zayıf hukuki çoğullukta, her ne kadar ilgili normlar devlet eliyle üretilmemiş olsa da halen devlet ile ilgili hukuk sistemi arasında bir bağ mevcuttur. Zira devlet, normatif düzeni tanıyarak onunla arasında bir bağ kurmuş olur. Bu tanımayla, çoğul hukuk düzenleri de resmen geçerli hukuk haline gelir. Zayıf hukuki çoğulluk bakış açısıyla, resmi makamlarca onaylanmayan çoğul hukuk düzenleri, çoğul yapı içerisine dahil olmuş birer unsur olarak görülmez<sup>10</sup>.

Griffiths'in güçlü hukuki çoğulluk kavramı ile işaret ettiği olgu, yazarların sömürge geçmişi olmayan toplumlar için de hukuki çoğulluk kavramına başvurmaya başlamalarıyla literatüre girmiştir. ABD ve Britanya gibi sanayileşmiş toplumlar için yapılan tespitlerde hukuki çoğulluk kavramının kullanılması, kavramın kapsamını genişletmiş ve yazarların kavrama dair ikili bir ayrıma gitmesine yol açmıştır<sup>11</sup>. Zira, güçlü hukuki çoğullukta, sömürge topluluklardaki zayıf hukuki çoğulluk modelinin aksine, resmi makamlarca zimmen ya da alenen onaylanmayan, çoğunlukla belirli bir davranış için farklı sonuçlar öngören, başka bir ifadeyle varlık gösterdiği sosyal alandaki diğer normatif düzenlerle çatışan, birden fazla normatif sistemin varlığından söz edilir. Güçlü hukuki çoğulluk, modern devletin şiddet tekeli açısından son derece kısıktır. Zira güçlü hukuki çoğulluk, resmi olarak tanınmamasına rağmen, devlet hukukunun geçerli olduğu bölgede varlık gösteren çoğul hukuk düzenlerinin tamamını hukuk kavramı altında sınıflandırır. Bu anlamda, hukuk ve devlet arasında zorunlu olduğu varsayılan bağı koparır. Oysa her hukuk düzeni, bir bakıma zayıf hukuki çoğulluk modelidir. Resmi hukuk düzenleri mevcudiyet gösterdiği sosyal alanda oluşurken, aynı sosyal alanda varlık gösteren çoğul hukuk düzenlerinden bir miktar etkilenir. Ancak her resmi hukuk düzeninin bir güçlü hukuki çoğulluk modeli olacağını söyleyemeyiz. Dolayısıyla, güçlü hukuki çoğulluktan söz etmek, ancak çoğul hukuk düzenlerinin devlet kabulü olmaksızın var olabilmesi halinde mümkündür. Griffiths, zayıf hukuki çoğulluk modellerinde devlet ile hukuk arasındaki bağın kopmasından söz edilemeyeceğinden, bu düzenlerin gerçek bir hukuki çoğulluğa işaret etmediğini belirtir<sup>12</sup>.

Biz de bu çalışmada, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, hem zayıf hukuki çoğulluk düzenlerini hem de güçlü hukuki çoğulluk düzenlerini değerlendireceğiz. Her ne kadar benzerlikleri olsa da bu olgular hukuk devleti ilkesi bağlamında değerlendirilirken sorulacak sorular ve üzerinde durulması gereken meseleler bir miktar farklılaşacaktır. Bu bağlamda, devlet dışı hukuk düzenlerinin varlığının hukuk devleti ilkesi ile doğal olarak çelişip çelişmeyeceği sorusunu sormadan önce, teorilerini güçlü hukuki çoğulluk modellerini dikkate alarak oluşturan ve bu gerçeklikten hareketle çoğul hukuk düzenlerine ilişkin tasnif yapan Twining, Santos ve Tamanaha'nın hukuki çoğulluk teorilerine kısaca değineceğiz.

Klasik genel hukuk teorisinin dayandığı hukuka ilişkin genellemelerin, günümüz dünyasının hukuki çeşitliliğini kapsayacak şekilde yenilenmesi gerektiğini vurgulayan Twining, öncelikle geniş kapsamlı bir hukuk tanımı yapmayı dener. "Küresel perspektiften, hukuku, muhataplar arasında bir veya daha fazla ilişki ve düzen düzeyindeki ilişkileri düzenlemeye yönelmiş olan bir kurumsallaşmış sosyal pratik türü olarak görmek aydınlatıcıdır"<sup>13</sup>. Bu tanımdaki sosyal pratik, muhatapın bakış açısından normatif güç taşıyan fiili davranışları, kurumsallaşma ise; yükümlü kılıcı davranışların, fiili bir pratik olarak kurulu ve kalıcı oluşunu ifade eder. Muhatap; birey, devlet, halk, şirket ya da herhangi bir sosyal grup olabilir<sup>14</sup>.

Böyle bir hukuk tanımının içerisine, açıkça ifade edilemeyen, genelleştirilmeyen kurallar ve kurallar ile kararlar arasında yakın bir bağın kurulmadığı grup uygulamaları da girecektir. Hukuk kavramının

<sup>6</sup> GRIFFITHS, 1986, s.1-50.

<sup>7</sup> BENDA-BECKMANN, Franz v.: "Citizens, Strangers and Indigenous Peoples: Conceptual Politics and Legal Pluralism (1997)", Ed. F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, A. Hoekema, Natural Resources, Environment And Legal Pluralism, Yearbook Law and Anthropology 9, 1997, s.1.

<sup>8</sup> Benzer bir ayırım Merry'de vardır. Griffiths'in teorisinde zayıf hukuki çoğulluk olarak kavramsallaştırdığı tipi Merry, klasik hukuki çoğulluk olarak isimlendirir. (MERRY, Sally Engle: 'Legal Pluralism (1988)', Law and Society Review, 22(5), 1988, s.870-872.) Sezgin ise, zayıf hukuki çoğulluğu formel çoğulluk olarak kavramsallaştırır. (SEZGİN, Yüksel: "Theorizing Formal Pluralism: Quantification of Legal Pluralism for Spatio-Temporal Analysis", Journal of Legal Pluralism&Unofficial Law 50, 2004, s.104-105.) Griffiths'in güçlü hukuki çoğulluk kavramını Merry, 'yeni hukuki çoğulluk' olarak kavramsallaştırır. (GRIFFITHS, 1986, s.10; MERRY, 1988, s.873.)

<sup>9</sup> GRIFFITHS, 1986, s.9-10.

<sup>10</sup> ÜYE, s.48.

<sup>11</sup> ÜYE, s.45,47.

<sup>12</sup> GRIFFITHS, 1986, s.6; ÜYE, s.48-49.

<sup>13</sup> TWINING, William: General Jurisprudence, Understanding Law from a Global Perspective (2009), Cambridge, 2009, s.117. Çev. ÜYE, s.92.

<sup>14</sup> TWINING, 2009, s.118-119; TWINING, William: 'Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective (2009/10)', Duke Journal of Comparative & International Law, 20(10), 2009, s.98; ÜYE, s.92.



anlamındaki bu genişlik, hukuki çoğulluk olgusu bakımından kapsayıcıdır<sup>15</sup>. Twining, bu kapsayıcı hukuk tanımının içerisinde yer alabilecek çoğul hukuk düzenlerini de sekiz farklı başlık altında toplar. Bu tasnifteki her bir çoğul hukuk düzenini incelemek çalışmamızın kapsamını aşacaktır. Bu sebeple Twining’in çoğul hukuk düzenlerini tasnif ederken yerel toplulukların, dini ve kültürel grupların, devletlerin ve devletin bizzat yasama yetkisini paylaştığı grupların hukuk düzenlerinin yan sıra, ulus aşırı, bölgesel, uluslararası ve küresel hukuk düzenlerini farklı başlıklar altında ele aldığı tasnifinde, temel olarak ilgili hukuk düzeninin işlerlik kazandığı coğrafi farklılıklardan hareket ettiğini belirtmekle yetineceğiz<sup>16</sup>.

Hukuki çoğulluk teorisyenlerinden Santos, hukuka ilişkin algısını şu şekilde özetler;

“19. yüzyılın bitişinden sonra ortaya çıkan hukuk antropolojisi literatürüne ve anti-pozitivist hukuk felsefesine dayanıyor ve hukuku, belli bir grupta yargı konusu edilebilir- yani bir yargı otoritesi tarafından icra edilmeye elverişli görülen ve ihtilafların üretilmesine ve önlenmesine, aynı zamanda güç tehdidinin eşlik ettiği bir münakaşacı diskur aracılığıyla ihtilafların çözülmesine katkı sağlayan, bir düzenli prosedürler ve normatif standartlar bütünü olarak anlıyorum<sup>17</sup>.”

Bu hukuk tanımına göre, hukuk kavramına dâhil edilecek normatif standartların ayırt edici niteliği, yargı konusu edilebilir olmalarıdır. Bunun anlamı ise, söz konusu normatif standartların yargı makamlarınca somut olaya uygulanabilir nitelikte görülmesidir. Diğer bir ifadeyle, bu normlara dayanan taleplerle, ihtilafların çözümü için yargı makamlarına başvurulabilir. Hukuki çoğulluk olgusu açısından bu tanımda dikkat çeken husus, yargı makamlarının devlet mahkemeleriyle sınırlandırılmamış olmasıdır. Bu sayede, çete reisinin belirli normatif standartlara dayanarak somut olaydaki ihtilafları çözme faaliyeti de yargılamadır. Diğer bir ifadeyle, buradaki normatif standart düzeni de hukuktur<sup>18</sup>. Santos için hukuki çoğulluk, aynı politik birim içerisinde birden fazla hukuk düzeninin işler halde bulunmasıdır<sup>19</sup>.

Santos, kapitalist toplumlarda sosyal eylemin ve çoğul hukuk düzenlerinin ortaya çıktığı ve varlıklarını sürdürdüğü altı sosyal alan tipinden ve bunun sonucu olarak altı çoğul hukuk düzeni modelinden bahseder. Bunlar; hane alanı-hane içi hukuk, işyeri alanı-üretim hukuku, pazar alanı-mübadele hukuku, topluluk alanı-topluluk hukuku, dünya alanı-sistemik hukuktur. Bütün bu alanlar, kendi içerisinde çok çeşitli alanlara ayrılır ve alt hukuk tiplerini ortaya çıkarır<sup>20</sup>.

Güçlü hukuki çoğulluk modellerine işaret eden bir diğer hukuki çoğulluk teorisi Tamanaha’inkidir. Tamanaha da, yaptığı hukuk tanımından hareketle özgün hukuki çoğulluk teorisini oluşturur. Griffiths’in hukuk tanımını ‘özcü’ olmakla eleştiren Tamanaha, kendi teorisini özcü olmayan bir hukuk tanımı üzerinden kurgular. Özcü olmayan bir hukuk tanımı, hukuka dair belli bir içeriği ve niteliği öngörmeyecektir ve bu sayede toplulukların hukuk olarak adlandırdığı her şey hukuk kavramı altında değerlendirilebilir. Böyle bir hukuk tanımından hareketle hukuki çoğulluğun, aynı sosyal alandaki grupların pratikleri aracılığıyla, birden fazla olguyu, hukuk sınıfına dâhil etmesi olduğu söylenebilir<sup>21</sup>.

Bu düzende çoğul hukuk türleri hiyerarşik olarak yapılanmaz. Resmi hukuk düzenleri dâhil her normatif düzen eşit statüdedir<sup>22</sup>. Tamanaha, çoğul hukuk düzenlerine yönelik altılı bir tasnif yapar. Bunlar; resmi veya pozitif hukuk sistemleri, geleneksel normatif sistemler, dini normatif sistemler, ekonomik normatif sistemler, işlevsel normatif sistemler ve son olarak kültürel normatif sistemlerdir<sup>23</sup>.

Bu noktada, hukuki çoğulluk olgusunun temeline özcü olmayan bir hukuk tanımını yerleştirmenin sonuçlarına dair bir takım soru işaretleri akıllara gelecektir. Hukuki çoğulluk ile işaret edilen hukukun ne olduğunun belirlenmesi, analitik bir kavram ortaya koymak bakımından şart mıdır? Twining’e göre, hukuki çoğulluk kavramının işaret ettiği hukuki olguya ilişkin belirli nitelikler öngörmez ve bu kavramın sınırlarını çizmezsek, bu kavramdan elde edilmesi umulan faydayı elde edemeyiz<sup>24</sup>.

Biz de bu meselede Twining’e katılıyoruz ve hukuki çoğulluk olgusuna dair yapılacak tanımlarda ortak özden söz etmenin mümkün ve gerekli olduğunu savunuyoruz. Bu çalışma kapsamında değinilen teorilerden hareketle hukuki çoğulluk, belirli bir sosyal alanda, aynı anda başvurulabilecek birden fazla normatif düzenin varlığını ifade eder<sup>25</sup>.

### III. HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE FARKLI ANLAMLARI

#### A. Kavramın Tanımı ve Tarihsel Gelişimi

Hukuk devleti kavramının tam olarak neyi ifade ettiği ve neleri içerdiği muğlaklığını sürdürmektedir. Kavramın fikir dünyasındaki popülaritesi, 1960’ların ikinci yarısından itibaren artmaya başlamıştır<sup>26</sup>.

<sup>15</sup> TWINING, 2009, s.120-121,371.

<sup>16</sup> TWINING, 2009, s.70; TWINING, 2009/10, s.505-506; ÜYE, s.110-111.

<sup>17</sup> SANTOS de Sousa Boaventura: Toward a New Legal Common Sense, Law, Globalization and Emancipation, Elsevier, UK, 2002, s.86, Çev. ÜYE, s.82.

<sup>18</sup> SANTOS, s.100-101.

<sup>19</sup> SANTOS, s.89.

<sup>20</sup> SANTOS, s.373-390; ÜYE, s.112-115.

<sup>21</sup> TAMANAHA, Brian: “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism (2000)”, Journal of Law and Society, 27(2), June 2000, s.313-315.

<sup>22</sup> TAMANAHA, 2000, s.316,318.

<sup>23</sup> TAMANAHA, Brian: ‘Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global (2007)’, Sydney Law Review, 30, 2007, s.397-400.

<sup>24</sup> TWINING, 2009/10, s.513.

<sup>25</sup> DESMET, Ellen: ‘Legal Pluralism and International Human Rights Law: A Multifaceted Relationship’, Human Rights Encounter Legal Pluralism: Normative and Empirical Approaches, Edt. Giselle Corradi, Eva Brems, Mark Goodale, Hart Publishing, 2017, s.42.

<sup>26</sup> SANÇAR, Mithat: Devlet Akli Kışkırcında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul 2010, s.30-31.

Kuşkusuz ki bu durum, anayasacılık hareketleri ve liberalizmle yakından bağlantılı bir kavram için tesadüfi değildir.

Hukuk devleti kavramının ilk kez kim tarafından kullanıldığına ilişkin farklı yorumlar vardır. Kimi araştırmacılara göre hukuk devleti ifadesi ilk defa J. W. Placidius'un 1798 tarihli "Literatur der Staatslehre" adlı eserinde geçmiştir. Kimilerine göre ise 1813 yılında Karl Theodor Welcker tarafından "Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe" adlı eserde kullanılmıştır<sup>27</sup>. Hukuki metinlerde ilk kez zikredilmesi ise Almanya'da 1968 Anayasası üzerine yürütülen tartışmalara denk gelir ve en nihayetinde 1988 yılında yürürlüğe giren Alman Anayasası'nda resmi düzeyde kabul görmüştür<sup>28</sup>.

En temelde devlet kudretinin hukukla sınırlandırılması fikri üzerinde şekillenen hukuk devleti ilkesi, bazı ihtiyaçların sonucunda ortaya çıkmıştır. Kavramın içeriğini ayrıntılarıyla ele almadan önce, kavramı ortaya çıkaran tarihsel koşulları incelemek ve hukuk devleti idealini ortaya çıkaran nedenleri ortaya koymak, kavramın neye karşılık geldiğinin belirlenmesinde kolaylaştırıcı rol oynayacaktır<sup>29</sup>.

Kavramın ilk kez 19. yüzyılda kullanıldığı üzerinde mutabakat olsa da düşünsel temelleri çok daha öncelere dayanır. Hukuk devletinin özünü, devlet kudretini hukukla sınırlandırmak, diğer bir ifadeyle 'devlet yönetiminde bir veya birkaç kişinin keyfinin değil hukukun egemen olması'<sup>30</sup> fikri oluşturur ve bu fikrin kökenleri Antik Yunan'a kadar uzanır. İlk nüvelerini Antik Yunan'da bulduğumuz bu fikir, modern devlet ve modern hukukun tarihsel gelişimi ve bu çerçevede hukukun zamanla yeniden şekillenen içeriği ile bir miktar değişmiştir. Bu değişim ise kuşkusuz, modern devletin tarihi ve nitelikleri ile yakından ilişkilidir.

Modern devlete uzanan tarihsel süreçte, Orta Çağ'da hakim üretim ilişkileri olan serflik ilişkisinin çözülmesinin neticesinde Avrupa'da başlayan merkezileşme eğiliminin olgunlaşması, mutlak monarşileri doğurur<sup>31</sup>. Her ne kadar bu süreç yüzyıllar alsın ve dönüşüm her bir bölgede farklı biçimde gerçekleşse de, bu dönüşümün ortak sonucu iktidarın merkezileşmesi olmuştur<sup>32</sup>. Bu süreçte ortaya çıkan yeni ve daha karmaşık üretim ilişkilerinin ve mülkiyet hakkının korunması ihtiyacı, düzenli vergilendirme sistemi, askeri ve siyasi alanda tekelleşme, görece özerk bir kurum olarak modern devleti şekillendiren etkenler olarak sayılabilir<sup>33</sup>.

Doğaldır ki, böyle bir tarihsel arka plana sahip modern devletin özellikleri ve fonksiyonu, bir araç olarak kullandığı modern hukuk düzenlerinin niteliklerini ve fonksiyonunu belirleyici bir rol oynar. Öte yandan, modern hukuka atfedilen nitelikler de, modern çağda hukuk devleti ilkesi ile kastedilen hukukun ne olması gerektiği hususunda belirleyici olacaktır. Bu noktada Özenç'in de işaret ettiği üzere, Weber'in modern devlete ilişkin görüşleri önemlidir. Buna göre modern devlet, kendisinden önceki siyasi birliklerden şiddet kullanma biçimiyle ayrılır. Şiddet kullanımı, ilk kez modern devlette, devlete mahsus bir yetki olarak görülmeye başlamıştır. Popüler tabirle modern devlet, tarihte meşru şiddet tekeli elinde bulunduran ilk siyasi birliktir<sup>34</sup>. Şiddet kullanma yetkisinin devlet elinde tekelleşmesiyle oluşan iktidar yapıları olarak mutlak monarşilerin kurumsallaşması süreciyle eş zamanlı ortaya çıkan kapitalizm arasındaki ilişki ise, çift yönlü şekilde birbirinden beslenen bir formdadır. Söz konusu iktidar yapıları ve araçları, kapitalizmin sürdürülebilmesini sağlayan kurumlardır. Öte yandan kapitalizm de bu iktidar yapılarını besler<sup>35</sup>. İktidarın baskı aygıtı olan hukukun çift taraflı bu ilişkideki yeri ise, çalışma konumuz bakımından özel öneme sahiptir.

Feodal üretim ilişkilerinde üreten sınıf, üretim araçlarının iktisadi mülkiyetine sahip olmasa da, bu araçlarla arasında bugünün zilyetlik ilişkisine benzer bir ilişki vardı. Üretim araçlarının kontrolü üretici sınıfta olduğundan, bu sınıfı ihtiyaçlarından daha fazla mal ve hizmet üreterek, fazlasını lordlara vermeye zorlamak ancak ekonomi dışı, siyasi mekanizmalarla mümkün olabiliyordu. Diğer bir ifadeyle, hakim sınıfın ihtiyacı olan hizmet ve ürünü alabilmesi için serfler üzerinde doğrudan bir güç veya güç tehdidi uygulaması gerekiyordu. Bu ise, siyasi ve iktisadi alanın iç içe geçmesi anlamına gelir. Zira bu zorlama, lordun sahip olduğu askeri güç ve yargı yetkisi ile sağlanır ve hukuk güvenliği, sadece hukuku üreten ve yorumlayan sınıf için söz konusudur. Bu sebeple, hukukun sınıfsal karakteri açıktır. Siyasi iktidarın sınırlanması da ancak mülkiyet hakkını sınırlamaya yönelik düzenlemeler için ve belli oranda söz konusudur<sup>36</sup>.

Modern devlet ile etkileşim içerisinde ortaya çıkan kapitalizmde işçi sınıfı, Çitleme Yasaları sonucunda en temel üretim aracı olan toprak üzerinde hakimiyetini yitirmiştir. Yaşamını sürdürmek için emek gücünü, sözleşme ilişkisi içerisinde girerek satmak zorundadır. Bu zorunluluk, 'iktisadi ilişkilerin sessiz baskısıdır'<sup>37</sup>. Bu sistemde, üretici sınıfı üretmeye zorlamak için feodalizmde olduğu gibi ekonomi dışı bir gücün baskısına ihtiyaç yoktur.

Özetlemek gerekirse, hukuk devleti ilkesi ortaya çıktığı dönemde, hem siyasal gücü elde etmek uğruna fazlaca yol kat etmiş olan burjuva toplumunun bu anlamda ortaya çıkan ihtiyaçlarıyla örtüşür hem de kapitalizmin ihtiyaç duyduğu koşulları sağlar. Kapitalist üretim tarzı, eşit koşullar altında yarışacak mümkün olduğunca fazla rakibi varsayar. Genel ve soyut kanunlar eliyle burjuva sınıfının ihtiyaç duyduğu

<sup>27</sup> SANCAR, s.33.

<sup>28</sup> SANCAR, s.32.

<sup>29</sup> SANCAR, s.36.

<sup>30</sup> SANCAR, s.34.

<sup>31</sup> ÖZENÇ, Berke: Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İstanbul 2016, s.119-122.

<sup>32</sup> STAYER, Joseph R.: On the Medieval Origins of the Modern State, Princeton University Press, 1970, s.27-30.

<sup>33</sup> ÖZENÇ, s.123.

<sup>34</sup> WEBER, Max: Wirtschaft und Gesellschaft, s.1042-1043, Akt. ÖZENÇ, s.123-124.

<sup>35</sup> ÖZENÇ, s.123-126.

<sup>36</sup> ÖZENÇ, s.126-128.

<sup>37</sup> MARX, Karl: Kapital: Ekonomi Politikin Eleştirisi, I. Cilt, Yordam Kitap, Dokuzuncu Basım, Kasım 2016, s.707.

öngörülebilirlik, hesap edilebilirlik sağlanmış olur. Bu sayede burjuva, girdiği ekonomik ilişkileri düzenleyen kuralları ve hangi hallerde devlet erkiyle karşı karşıya kalacağını önceden bilir<sup>38</sup>.

Ancak burjuvanın ihtiyaç duyduğu hukuki öngörülebilirliği sağlamak bakımından, genel ve soyut kanunlar tek başına yeterli olmayacaktır. Bu unsur, ‘kuvvetler ayrılığı ilkesi’ ile tamamlanır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, liberal-burjuva devletin örgütlenme temelini oluşturur. Bu ilkeyle, devlet erki parçalanmış ve bir nevi birbirini dengeleyen üç güç arasında paylaştırılmıştır. Bu sayede parçalanmış güç, aynı zamanda sınırlanmıştır<sup>39</sup>.

Devlet erkinin sınırlandırılması için başvurulacak yollar, genel olarak iki grupta toplanabilir. Bu gruplar aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin biçimsel ve maddi olmak üzere iki boyutuna karşılık gelir. Marmor, hukuk devleti ilkesinin iki boyutunu, hukuka verilen anlamları ilişkilendirir. Buna göre, hukuku egemenin emrinden ibaret gördüğümüzde, egemenin yaptırımla desteklenen düzenlemeleriyle yönetilmek, hukukun hakimiyeti anlamına gelecektir. Öte yandan, bir şeyin hukuk olabilmesi için ahlaki bir içeriğe sahip olması gerektiği şartını ararsak, hukuk devleti ideali, iyi hukukun hakimiyetini ifade eder. Marmor’a göre, böyle bir ikilem karşısında insanlar, ikilemin iki ucu arasında diğer seçeneklerin olması gerektiğini düşüneceklerdir. Bu alternatif ise bizi, ahlaki içeriği ne olursa olsun, hukuku diğer toplumsal kontrol araçlarından ayıran ve onu diğerlerine nispetle tercih edilebilir kılan birtakım özellikler aramaya itecektir<sup>40</sup>.

Yukarıda saydığımız, kanunların genelliği, soyutluğu ve kuvvetler ayrılığı gibi ilkeler, hukuk devleti ilkesinin biçimsel boyutuna ilişkindir. Biçimsel boyuta ilişkin en kapsamlı tasvir Raz yapar. Raz, hukuk devletinin ideal boyutunu reddeder. Diğer bir ifadeyle, hukuk devleti kavramının maddi bir içeriğe sahip olması gerektiği kanaatini paylaşmaz. Ona göre hukuk devleti ilkesi, adaletin gereklerine uygun ve insan haklarının korunduğu bir hukuk düzenine zorunlu olarak işaret etmez. İyi bir hukuk idealiyle hukuk devleti ilkesi farklı şeylerdir. Raz’ın Fuller’dan etkileneceği hukuk devletinin alt ilkeleri ise şunlardır: Kanunlar geçmişe etkili olmamalı, açık, anlaşılabilir ve nispeten istikrarlı olmalıdır. İdari düzenlemeler; şeffaf, açık, istikrarlı ve genel kurallara uygun olmalıdır. Yargı bağımsız olmalıdır. Doğal adalet ilkeleri gözetilmelidir<sup>41</sup>. Mahkemeler, sayılan ilkelerin işlerliğini denetleme yetkisine sahip olmalıdır. Yargıya erişim herkes için makul bir çabayla mümkün olmalıdır. Suçla mücadele edecek devlet kurumlarının takdir yetkisini kötüye kullanmasına imkân verilmemelidir<sup>42</sup>.

Marmor da Fuller’a atıfla bir hukuk sisteminin insan davranışlarını yönetebilmek için sahip olması gereken niteliklerden hareket ederek, hukuk devletinin alt ilkelerini belirlemiştir. Buna göre, bir hukuk devletinde kanunlar genel, açık, birbiriyle tutarlı ve istikrarlı olmalıdır. Yanı sıra kanunlar, geçmişe etkili olmamalı ve imkânsız istememelidir. Bu nitelikteki kanunların yayımlanması ve bu kanunların somut olaylara uygulanışının kanunla uyumlu olması gerekliliği de hukuk devletinin temel şartlarından<sup>43</sup>.

Bunların yanı sıra; “Devletin üstün ve bağlayıcı güce sahip bir hukuk metni (anayasa) ile çerçevelenmesi, bütün devletsel faaliyetlerin hukuk kurallarına bağlanması (hukukun egemenliği ve hukuksal güvenlik ilkeleri)<sup>44</sup>” gereklilikleri de hukuk devleti ilkesinin biçimsel boyutu içerisinde sayılır.

Bununla beraber, hukuk devleti fikrinin çağdaş versiyonlarında farklı olan şey, devlet kudretinin sınırlandırılmasının başlı başına bir amaç olmaktan çıkmasıdır. Bunun yerine devlet kudreti, özgürlük yararına ve önceden belirlenmiş ilke ve kurumlarca sınırlanır hale gelmiştir<sup>45</sup>. Bu da hukuk devletini siyasi bir ideal kılan maddi boyutuna işaret eder.

## B. Bir Siyasi İdeal Olarak Hukuk Devleti

19. Yüzyılda kavramsal çerçevesi çizilen hukuk devleti, ortaya çıkışı itibariyle, burjuva sınıfının sınıfsal ihtiyaçlarını karşılamaya hizmet eder nitelikte olsa da, zamanla ideal siyasi örgütlenme tarzını ifade eder hale gelmiştir. Hukuk devletine ideal bir içerik kazandıran bu boyut, ilkenin, yukarıda ortaya koyduğumuz ayırmadaki maddi boyutudur.

Hukuk devletinin maddi yanı, biçimsel boyutu içerisinde sayılan ilkelere dayanılarak yapılacak sınırlamanın, belirli bir içeriğe dayanmasını ifade eder. Bu içerik, özgürlük ve insan haklarına karşılık gelir. Başka bir ifadeyle, hukuk devleti kavramının maddi boyutu, hukukun kuru bir üstünlüğünden ziyade devlet erkinin insan hakları, özgürlük gibi evrensel değerlere dayanan bir hukukla sınırlandırılmasını ifade eder<sup>46</sup>.

Hukuk devleti kavramını hukuki bir ilke olmanın ötesinde, siyasi bir ideal olarak gören ve içeriğini buna göre dolduran Hayek, Dicey ve Schmitt için de hukuk devleti, keyfiliğin önüne geçilmesini ve hukukla yönetilmeyi ifade eden biçimsel boyutu da içerir. Ancak onlar için ilkeyi siyasi bir ideal kılan, bu boyuta ek olarak, üstün hukukun maddi bir içeriğe sahip olması gereğidir.

<sup>38</sup> SANCAR, s.36-37.

<sup>39</sup> SANCAR, s.37.

<sup>40</sup> MARMOR, Andrei: “Hukuk Devleti ve Sınırları”, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.172-173.

<sup>41</sup> Burada ilk bakışta her ne kadar Raz’ın hukuk devletinin maddi içeriğine işaret ettiği düşünülebilirse de devam eden açıklamalar incelendiğinde, doğal adalet ilkeleriyle kast ettiği şeyin açık ve adil duruşma, yargıçların tarafsız ve önyargısız olması gibi tamamen şekli ilkelere karşılık geldiği anlaşılmaktadır.

<sup>42</sup> RAZ, Joseph: “Hukuk Devleti ve Erdemi”, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.149-156.

<sup>43</sup> MARMOR, s.173-175.

<sup>44</sup> SANCAR, s.35.

<sup>45</sup> SANCAR s.34.

<sup>46</sup> SANCAR, s.33-35.

Dicey için hukuk devleti üç şeyi ifade eder; hükümetin keyfi güç kullanmaması, herkesin olağan hukuka ve olağan mahkemelere tabi olması ve anayasa hukukunun genel kurallarının ülkenin olağan hukukunun sonucu olması<sup>47</sup>. Dicey’de hukuk devleti ilkesinin maddi boyutuna işaret eden, son unsurdur. Dicey’e göre, İngiliz Anayasası’nın ortaya çıkışı ve gelişimi Kıta Avrupası ülkelerinkinden farklıdır. Kıta Avrupası ülkelerinin anayasalarında birey haklarına sağlanan güvence, anayasanın genel ilkelerinin sonucu olarak kabul edilirken, İngiliz Anayasasının genel kuralları, yargılama makamlarının karşısına gelen her bir somut olayda, ilgili kişilerin haklarını belirleyen yargı organlarının hükümlerinin neticesinde vücut bulmuş ve bu normlarla anayasa, hukuk devleti sıfatına haiz olmuştur. Bu, kişisel hakları ve özgürlükleri koruyan ve düzenleyen bu kuralların kaynağını, bir hukuk metni olan anayasadan almadığı; bu kuralların hukukun doğal bir sonucu olduğu ve anayasa olarak vücut bulduğu anlamına gelir. Kuralları bu şekilde ele aldığımızda, onları, hukukun maddi içeriğinin zorunlu ve doğal bir unsuru olarak kabul etmiş oluruz<sup>48</sup>.

Hayek ise, bu içeriğe itiraz etmemekle beraber, içeriği genişletir. Ona göre hukuk devletinin alt ilkeleri şunlardır; hukukun genel, eşit ve soyut kurallardan oluşması ilkesi, kuvvetler ayrılığı ilkesi, idarenin takdir yetkisinin temel hak ve özgürlüklerle (yaşam, hürriyet, mülkiyet), sınırlandırılması ilkesi. İdari takdir yetkisinin, diğer bir ifadeyle kişilere devlet eliyle zor kullanılabilmesinin temel hak ve özgürlüklerle sınırlandırılması, hukuk devletinin maddi boyutunu oluşturur<sup>49</sup>.

Benzer şekilde Schmitt için de hukuk devleti, hukuki bir ilke olmanın ötesindedir. Devlet erkinin sınırları, temel hak ve özgürlüklerin başladığı yerde biter. Yine Hayek’le benzer şekilde Schmitt’te de hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ilkesini ve kanunların genelliği ilkesini kapsar. Yanı sıra Schmitt, hukuk devleti ilkesinin kapsamını ve alt ilkelerini, Hayek ve Dicey’e göre daha geniş tutmuştur. Schmitt, hukuk devletinden söz edilebilmesi için bireysel özgürlüklere sadece kanunla müdahale edilmesi, bütün faaliyetlerinin önceden bilinebilir olması, hâkim bağımsızlığının sağlanabilmiş olması ve bütün devlet organlarının bu bağımsız yargının denetimine tabi olması gerektiğini belirtir<sup>50</sup>.

Özetlemek gerekirse;

“olumsuz özgürlük” temelinde tanımlanan hukuk devleti, kapitalist üretim tarzının gelişme dinamiğine imkân sağlayan ve onu koruyan bir siyasal düzenin kurumsal-hukuksal ifadesi olup; liberalizmin anayasa sistemini temsil eder. Bu sistemin merkezinde, mülkiyet hakkı, sözleşme ve çalışma özgürlüğü ile biçimsel-hukuksal eşitlik ilkesi yer alır. Bu düzen, aynı zamanda bireysel gelişimin ekonomik olmayan alanlarını da temin eder ve korur; çünkü aksi takdirde siyasal ve hukuksal eşitliği gerçekleştirmek mümkün olmaz<sup>51</sup>.”

#### **IV. HUKUK DEVLETİNDE ÇOĞUL HUKUK MÜMKÜN MÜ?**

Bu başlık altında, önceki başlıklar altında ele alınan hukuk devleti ilkesi ile hukuki çoğulluk olgusunun, birbirini dışlayan bir içeriğe sahip olup olmadığı meselesi irdelenecektir. Bu çerçevede tartışılacak ilk husus, hukuki çoğulluğun söz konusu olduğu hallerde, devlet hukuk düzeni dışında kalan hukuk sistemlerinin, hukuk devleti idealinin öngördüğü hukukun taşınması beklenen niteliklere sahip olup olmadıklarıdır. Bunun için öncelikle, hukuk devleti ilkesinin temelinde yer alan modern hukuk kavramının, temel nitelikleri ve işlevi ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu kavram, hukuki çoğulluk olgusu içerisinde devlet hukukuna karşılık gelir. Sonrasında ise, hukuki çoğulluk hallerinde, devlet hukukunun egemenlik alanını daraltan, onun toplumsal işlevine talip olan çoğul hukuk düzenlerinin, bu nitelikleri ne denli bünyelerinde barındırdıkları meselesine değinilecektir.

Modern hukuk sistemlerinin, modern dünyadaki birçok kurum ve olgu gibi rasyonelleşme süreci neticesinde ortaya çıktığı ve bu sürecin beraberinde getirdiği ihtiyaçlara cevap verdiğini yukarıda belirttik. Rasyonelleşme süreciyle beraber kilise toplum nezdinde etkisizleşmiş ve dinin özel alana çekilmesiyle de toplumsal düzenini sağlamak için yeni yönlendirici ilkelere duyulan ihtiyaç ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, ekonomik alt yapının değişmesi ve daha karmaşık bir sistem olan kapitalist üretim tarzına geçilmesiyle, üst yapı kurumu olan normatif düzenler, birtakım ihtiyaçları karşılayamaz hale gelmiştir. Büyük ölçüde geçimlik bir ekonomik sistem olan feodalizm, yerini pazar ekonomisine bıraktığında, pazar ekonomisinin, yerel veya dini normatif sistemlerin statüye dayalı yapılarıyla denetlenemez, düzenlenemez nitelikte olduğu görülmeye başlamıştır. Yeni koşullar, geleneksel toplumun alışkanlığa dayalı normlarının aksine etkin bir yaptırımla desteklenmiş normlara dayalı sisteme ihtiyaç duymaktadır<sup>52</sup>.

Bu normlar sisteminin en temel işlevi, hukuk devleti ilkesinin de işaret ettiği, toplumsal düzeni inşa etmektir. Hukuk devleti ilkesinin toplumsal düzen inşa etme işlevinin birinci boyutu, kişiler arası ilişkilere dairdir. En temel fonksiyonu toplumsal davranışları yönlendirmek olan hukuk aygıtının üstün kılınması fikri ile amaçlanan nihai hedef, insan davranışlarını öngörmek ve bu davranışları önceden belirlenmiş ve ilan edilmiş normlar çerçevesinde yönlendirmektir. Modern devletin hukuk normları, tıpkı kendinden önceki normatif sistemler gibi, onaylanan davranışların sınırlarını belirleyip bu sınırlar dışına çıkılması hali için yaptırımlar öngörür. Hukuk devleti ilkesinin bu fonksiyonu açısından ele alındığında, çoğul hukuk düzenleri,

<sup>47</sup> DICEY, Albert V.: “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.28-36.

<sup>48</sup> DICEY, s.28-36.

<sup>49</sup> HAYEK, Friedrich A. von: “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke- Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban-Bilal Canatan-Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara 2008, s.115-133.

<sup>50</sup> SCHMITT, Carl: “Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı”, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.123-126.

<sup>51</sup> SANCAR, s.39.

<sup>52</sup> ÖZCAN, Mehmet Tevfik: “Modern Toplum ve Hukuk Devleti”, Tekin Yayınevi, İstanbul 2017, s.188-189.



idealin gerçekleşmesine katkı sağlayabilecek nitelikte olabilir mi? Kimi araştırmacılara göre bu soruya olumlu cevap verilebilir<sup>53</sup>.

Bu katkı, yerel hukuk normlarının, devlet hukuku normlarına kıyasla muhatapları tarafından daha kolay benimsenmesinden kaynaklanır. Bunun ise çok çeşitli sebepleri olabilir. Bunlardan ilki, yerel hukukun topluluk tarafından daha kolay ulaşılabilir olmasıdır. Burada hukuki süreçler çoğunlukla resmi hukuk düzenine kıyasla daha az masraflı, daha çabuk ve hukuki profesyonellerin aracılığına ihtiyaç duymaksızın yürür. Karar verici makamda olanlar, kararların muhatapları tarafından tanınan ve güvenilen kimselerdir. Karar vericiler tarafından bulunan çözümler ve önerilen yaptırımlar, toplumsal kabul ve desteğe sahiptir. Sürecin adillğine ve karar vericilerin tarafsızlığına ve güvenilirliğine duyulan inanç, verilen kararların toplumsal meşruiyetini de beraberinde getirir. Hukuki çoğulluğun bir toplumsal gerçeklik olduğu düşünüldüğünde, devletin şiddet tekelinin bir ihlali/istisnası olan bu olgunun, ancak bu ihlalin/istisnanın toplum nezdinde kabullenilmesi, talep edilmesi ve onaylanması halinde mümkün olabileceği söylenebilir. Bu koşullar altında gerçekleşebilen istisna halinin, insan davranışlarını yönlendirmek bakımından devlet hukukuna kıyasla daha etkili olması doğaldır. Bu sonuç, uygulanan yaptırımın şiddetinden ya da kesinliğinden kaynaklanmaz; kuralın yaratıcı kaynağının bizzat toplumun kendisi olması bu sonucu doğurur<sup>54</sup>.

Bununla birlikte, yerel hukuk düzenlerinin varlığı ve devamlılığının toplumsal kabule dayandığını söylemek mümkünse de, bunun toplumun her bir ferdi için ayrı ayrı doğru bir önerme olamayacağı da açıktır. Devlet dışı hukuk düzeninin muhatap aldığı her birey, bu düzene dâhil olma iradesini taşıyıyor olabilir<sup>55</sup>. Barzilai'nin ifadesiyle, devlet hukukuna başkaldıran bu normatif düzenler, kendi üyeleri bakımından hegemonik olabilir<sup>56</sup>. Burada, hukuki çoğulluk olgusu için temel meselelerden biri olan; bireyin çoğul hukuk düzenlerinden birini seçme özgürlüğüne sahip olup olamayacağı sorusuna aşağıda etraflıca değineceğimizi belirtmekle yetiniyoruz.

Çoğul hukuk düzenlerinin doğrudan toplumun kendi kuralları olması, onları doğrudan 'daha özgürlükçü', 'daha eşitlikçi' hukuk yapmaz. Francis Syner'a göre, hukuki çoğulluktaki çoklu normatif düzenler, aynı sistemin parçalarıdır. Başka bir ifadeyle, aynı toplumsal bağlamda, aynı sosyal mikro-süreçlerde birbirlerine karışırlar<sup>57</sup>. Liberal bir çoğulculuk anlayışı, değerlerin, normların ve pratiklerin oluşumunda devletlerin rolünü hafife alma ve kültürel yeniden üretimde siyasi ve toplumsal hegemonyayı göz ardı etmeye yatkındır<sup>58</sup>. Öte yandan, karar verme süreçlerinin adillğine ve karar vericilerin yansızlığına duyulan inanç da gerçeklikten uzak, boş bir inanç olabilir. Ancak bu ihtimallerin, söz konusu normatif sistemlerin insan davranışlarını yönlendirmedeki başarısına etki etmeyeceği açıktır. Bununla birlikte, hukukun üstün kılındığı bir toplum idealindeki tek gaye de insan davranışlarını yönlendirmek değildir<sup>59</sup>.

Meselenin bir diğer boyutu, hukuk devleti ilkesinin barındırdığı üstün hukuk fikrinin, belirli niteliklere sahip bir hukuk sistemini öngörmesiyle ilgilidir. Bu özelliklerin, maddi ve biçimsel olmak üzere ikiye ayrıldığından ve içeriğinden yukarıda söz etmiştik. Bu çerçevede ele alındığında, çoğul hukuk düzenlerinin hukuk devleti ilkesinin öngördüğü 'hukuk' olup olamayacakları tartışmalı hale gelebilecektir.

Hukuk devleti ilkesinin biçimsel anlamı açısından çoğul hukuk düzenleri değerlendirildiğinde, hukuk normlarının genel ve soyut olmaları gerekliliği akla gelecektir. Devlet hukuk düzenleri bakımından, devletin yargı yetkisini kullanabildiği her olayda uygulanacak kuralların genel ve soyut olması beklenir. Yerel hukuk düzenleri ise, devlet hukukuna tabii kişilerin bir kısmının, devlet hukukundan ayrı bir hukuk sistemine tabii olması durumudur. Bu durum, farklı şekillerde gerçekleşebilir. Örneğin, devlet hukuku bu ayrılığı tanıyabilir, bu durumda Griffiths'in zayıf hukuki çoğulluk adını verdiği durum ortaya çıkar. Bir başka versiyonda ise, devlet hukuku çoğul hukuk düzenini resmen tanımamakla birlikte, göz yumar. Diğer bir ifadeyle bu ihtimalde, doğrudan bir onaylama olmamakla birlikte, yasaklama da yoktur. Yani bireyler, uyumsuzluk konusu olayları resmi yargı makamlarına taşıyabilecekleri gibi, yerel yargı süreçlerine de başvurabilirler. Son olarak, yerel yargı makamları, devlet otoritesinin açık itirazına rağmen varlığını sürdürüyor olabilir<sup>60</sup>.

Her üç ihtimalde de, devletin yargı yetkisine tabi olmakla birlikte, bir şekilde devlet hukuku dışında bir normatif sistemin muhatapı haline gelme söz konusudur. Bu durum, hukuk devleti ilkesinin kanun önünde eşitlik alt başlığı bakımından bir ihlal sayılabilir mi? Diğer bir ifadeye, böyle bir istisna yaratılmasının, hukuk normlarının genelliği ilkesini zedelediğini söylemek mümkün müdür? Kanun önünde eşitlik ilkesinden ayrılmanın her olayda ihlal oluşturmayacağını, bu ilkeye, maddi adaleti sağlamak bakımından birtakım istisnalar getirilebileceğini de göz önünde bulundurursak, hukuki çoğulluğun bir ihlal olarak değil, bir istisna olarak kabul edilebilmesi mümkün müdür?

<sup>53</sup> TAMANAHA, Brian Z.: "The Rule of Law and Legal Pluralism in Development (2011)", Hague Journal on the Rule of Law, 3, 2011, s.5.

<sup>54</sup> TAMANAHA, 2011, s.7.

<sup>55</sup> TAMANAHA, 2011, s.7.

<sup>56</sup> BARZILAI, Gad: "Beyond Relativism: Where Is Political Power in Legal Pluralism (2008)", Theoretical Inquiries in Law, 9(2), 2008, s.407.

<sup>57</sup> Akt. MERRY, s.873.

<sup>58</sup> BARZILAI, Gad: Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities, Michigan: The University of Michigan Press, 2003, s.17.

<sup>59</sup> TAMANAHA, 2011, s.7-8.

<sup>60</sup> FORSYTH, Miranda: "A Typology of Relationships Between State and Non-State Justice System", Journal of Legal Pluralism&Unofficial Law 56, 2007, s.73-79.

Bu soruyu çoğul hukuk düzeninin devlet hukukunca resmen tanındığı ve resmen tanınmadığı ihtimaller için ayrı ayrı değerlendirmek yerinde olacaktır. Çoğul hukuk düzenlerinin resmen tanındığı hallerde, hukuk devleti ilkesi bakımından konuyu değerlendirmenin iki boyutu olacaktır. İlk soru, bu tanımın, diğer bir ifadeyle devlet hukukunun uygulandığı hallere istisna yaratmanın, hukuk devleti ilkesinin genellik alt unsurunu ihlal edip etmeyeceğidir. Bu soruyu cevaplamak için, kişilerin hangi hallerde ve ne şekilde muhataplık durumundan istisna tutularak, başka bir normatif düzene tabi hale getirildiğini, her somut olay için değerlendirmek gerekecektir. Bu istisnanın yaratılması, kişilerin kendi özgür iradelerine bırakılmış ise ve yanı sıra bu durum herkes için bir seçenek haline getirilmiş ise, artık genellik ilkesinin ihlalinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Zira böyle bir durumda, her birey, kimliğine bakılmaksızın, geçerliliği ve uygulanabilirliği olan herhangi bir normatif düzene tabi olma hakkına sahiptir ve bu hakkı kullanmak onun özgür iradesine bırakılmıştır. Ancak aynı şeyi, çoğul hukuk düzenine tabiiyetin sadece belirli kimseler için bir seçenek haline getirildiği durumlar için söylemek mümkün değildir. Bu halde, sadece bir kesim alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoluna sahip olacak ve bu yolla hukukun genelliği ilkesi ihlal edilecektir.

Resmen tanıma halinde gündeme gelecek olan bir diğer husus, tanınan çoğul hukuk düzeninin hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği birtakım niteliklere sahip olup olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, çoğul hukuk düzenlerinin de, kanun önünde eşitlik ilkesinin bir gereği olarak genel ve soyut kurallar içermesi ve bu kuralların açık ve anlaşılabilir olması gerekecektir. Yanı sıra, karar verici makamların bağımsızlığı ve tarafsızlığı, yargılama yoluna kolay erişilebilmesi, adil bir yargılama süreci gibi birtakım gereklerin yerine getirilmesi beklenecektir. Öte yandan, bu normatif sistemlerin maddi anlamda hukuk devletinin gereklerine uygun olması da aranmalıdır. Diğer bir ifadeye, insan hakkı ihlallerini bünyesinde barındıran bir çoğul hukuk düzeninin varlık göstermesi, hukuk devleti ilkesinin maddi içeriği dikkate alındığında, bu ilke bakımından bir ihlal oluşturacaktır. Bu sebeple, çoğul hukuk düzenlerinin tıpkı devlet hukuku gibi, insan haklarına ve özgürlüklerine saygılı olması hukuk devleti ilkesinin maddi boyutunun bir gereğidir.

Alternatif bir sistem niteliğindeki normatif düzene tabiiyetin, kişi iradesine bırakılmadığı, başka bir ifadeyle devletin, çoğul hukuk düzenine resmi olarak alan açmadığı durumda ise, mesele hukuk devleti ilkesinin kapsamı ve devletin meşru şiddet tekeli haline gelecektir. Diğer bir ifadeyle bu halde cevap aranacak soru, hukuk devleti ilkesinin, modern devletin yargılama ve norm yaratma yetkisinin başka grup, kurum veya kişilerce kullanılmasının engellenmesi gerekliliğini içerip içermediği olacaktır.

Bizim de katıldığımız bir görüşe göre<sup>61</sup>, hukuk devleti ilkesi, devlet hukukunun, hukukun tek kaynağı ve uygulayıcısı olması gerekliliğini beraberinde getirmez. Benzer şekilde, hukuk devleti ilkesi, her alanın devlet hukukuna ait normlarla düzenlenmesi zorunluluğunu da içermez. Burada tartışılması gereken, devletin resmi tanınması olmaksızın fiili olarak işleyen çoğul hukuk düzeni normlarının içeriğidir. Bu normlar, devletin kamu düzenine ilişkin normları ile düzenlenen alanlara ilişkin düzenlemeler içermiyorsa, kişilerin bu alanlarda devlet hukuku yerine çoğul hukuk düzenine başvurmasının herhangi bir hukuki ihlal yaratmayacağı kanaatindeyiz. Öte yandan, çoğul hukuk düzenlerinin, devletin kamu düzenine ilişkin normları ile çatışması halinde, bu normların, devletin bütün engelleme çabalarına karşın işlerliği de söz konusu olabilir. Bu hallerde, çoğul hukuk düzeni normlarına dayanarak yargılama yapılması ve hükmün uygulanması sebebiyle bir takım insan hakları ihlalleri gerçekleşebilir. Bu hallerde ihlal, hukuk devleti ilkesine ilişkin değil, devletin insan haklarına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi ile ilgili olacaktır ve devletin, hakları ihlal edilen vatandaşlarını koruma girişimi, kimlik grupları üzerindeki iktidarlarından tamamen vazgeçmemesi anlamına gelecektir<sup>62</sup>. Sonuç olarak bu halde, hukuki çoğulluk tartışmalarının ortak noktası olan devlet hukukunun merkeziyetçiliğini eleştirmenin zemini ortadan kalkacak; çoğulluk durumu devletin iktidarını güçlendiren bir araca dönüşecektir<sup>63</sup>.

Devlet dışı hukuk düzeni resmi olarak tanınsın ya da tanınmasın, hukuki çoğullukta, bireylerin veya grupların kendi çıkarlarına uygun olan normatif düzenleri seçebilmesi imkanının gerçekliğini de sorgulamak gerekir. İlk olarak, bu meseleye dair Marksistlerin kapitalist toplumlarda ‘seçme özgürlüğünün’ bir yanılsamadan ibaret olacağına yönelik temel itirazını hatırlamak yerinde olacaktır. Zira bu görüşe göre, kapitalizmin ayırt edici özelliği, eşitsizliğin içkin olduğu olguların ve süreçlerin dış görünümünden hareketle, bunları “eşit” güçlerin karşılıklı etkileştiği olgular ve süreçler olarak gösterebilmesidir<sup>64</sup>. Öte yandan, çoğul hukuk düzenleri özelinde bireylerin seçme özgürlüğünden söz etmek de iki sebeple zordur; ilk olarak hukuki çoğulluk durumunda bireyin farklı normatif düzenlerle ilişkisini en başta kimliği belirler ve kimlikler kurgusal ve bir anlamda tesadüfidir. Bu bakımdan, bireylerin kimliklerini ve kimlikleri ile örtüşen hukuku seçme özgürlüklerinden bahsetmek zordur. Yanı sıra, kimlikler ya da içinde bulunulan grupla kurulan aidiyet ilişkisi, genellikle yoğun ve değişime uzak olduğundan, bireyin ait olduğu gruptan kopması genellikle zordur ve bireylerin ait oldukları grupların da baskıcı iktidar odağı haline gelme ihtimali vardır. Öte yandan, çoğul

<sup>61</sup> TAMANAHA, 2011, s.5.

<sup>62</sup> CALAGUAS, Mark J./FLUET, Edward R./DROST, Cristina M.: “Legal Pluralism & Women’s Rights: A Study in Post-Colonial Tanzania”, 2006, s.68.

<sup>63</sup> AYDIN HATIPOĞLU, Duygu: “Hukuki Çoğullukta İktidar Problemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 72(1), 2014, s.503.

<sup>64</sup> ÇULHAOĞLU, Metin: “Çoğulluk ve Çoğulculuk”, 15 Ekim 2010, BirGün, [http://www.birgun.net/writer\\_index.php?category\\_code=1262359858&news\\_code=1287144396&year=2010&month=10&day=15](http://www.birgun.net/writer_index.php?category_code=1262359858&news_code=1287144396&year=2010&month=10&day=15) #.UOSjmv15MxA, 2 Ocak 2013.

hukuk düzenleri de devlet hukukundan, iktidardan, toplumsal yapıdan tamamen bağımsız değildir<sup>65</sup>. Hukuki çoğulluk içerisindeki farklı normatif düzenler, aynı toplumsal süreçlerin ürünüdür. Bu anlamda, devlet hukuku dışındaki normatif düzenler de devlet hukukuyla aynı ideolojik zeminde yeşerip, aynı toplumsal alt yapının ürünü olduğundan benzer iktidar yapılarını taşıma olasılıkları yüksektir<sup>66</sup>. Bu bakımdan, bireyin kendi çıkarlarına uygun bir normatif düzenden söz etmek mümkün olmayacağından, yapacağı seçim iki benzerden birine yönelmek olacaktır. Özetle; “bireylerin ya da grupların, farklı hukuk düzenleri arasından, çıkarları doğrultusunda seçim yapmalarına yönelik bir potansiyelin hayata geçme olasılığı, ‘piyasanın eli’ kadar ‘gerçek’ tir<sup>67</sup>.”

Buraya kadar anlatılanları özetlemek gerekirse; hukuki çoğulluk olgusu, hukukun yatay ilişkilerdeki (birey-birey) işlevi bakımından, hukuk devleti ilkesini her zaman ihlal etmeyebilir. Her somut durum için, söz konusu alternatifin kendine özgü niteliklerinin ve potansiyelinin, hukuk devleti ilkesinin alt ilkeleri bağlamında değerlendirilmesi gerekir.

Hukuk devleti ilkesinin düzen işlevinin ikinci boyutu, hukuk devleti fikrinin bileşenlerinden biri olarak, siyasi iktidarın hukuk ile sınırlanmasını ifade eder. İnsan davranışlarını düzenlemek ve yönlendirmek bakımından, somut durumun özel koşullarına göre işlevsel olabileceğini belirttiğimiz çoğul hukuk düzenleri, siyasi iktidarın hukuk ile sınırlandırılması söz konusu olduğunda da işlevsel olabilecek midir?

Öncelikle bu bakımdan devlet hukukunun da her zaman işlevsel olduğunu söylemenin mümkün olmadığını belirtmek yerinde olacaktır. Zira devlet gücünün sınırlandırılması, ancak bir takım evrensel ilke ve değerlere uygun bir hukuk sistemi ve bu hukuk sisteminin etkinliğinin sağlanmasıyla mümkündür. Diğer bir ifadeyle, yukarıda ele aldığımız biçimsel hukuk devleti-maddi hukuk devleti ayrımında, biçimsel hukuk devletine karşılık gelen ilkelerle iktidarın sınırlandırılması, bir seviyeye kadar mümkün olacaktır. Raz’ın ifadesiyle biçimsel hukuk devleti tanımı, insan hakları ihlallerini önlemeyi garanti etmez. Bu doğaldır, çünkü bu hakların korunmasına yönelik herhangi bir gereklilik öngörmez<sup>68</sup>. Bu anlamda, iktidarı insan hakları ve özgürlükler lehine sınırlandırabilen, ‘kanun devleti’nden daha fazlasını ifade eden bir hukuka işaret eden hukuk devleti ilkesine ihtiyaç vardır. Yukarıda maddi anlamda hukuk devleti olarak adlandırdığımız bu anlayış, ‘bireysel haklara uygun olan kurallar çerçevesinde yönetimi<sup>69</sup>’ ifade eder.

Çoğul hukuk düzenlerinin modern öncesi dönemlerde oluştuğu ve bu dönemlerin ihtiyaçları doğrultusunda şekillendiği gerçeği göz önünde bulundurulursa; modern hukuk gibi, şiddet tekeli elinde bulunduran devlet iktidarı karşısında, birey temel hak ve özgürlüklerini korumak gibi bir amaç gütmemeleri doğaldır. Bu tarz hukuk normları genellikle bireyler arasındaki ilişkileri düzenler. Zira birey-devlet arasındaki ilişkilerin, birey hak ve özgürlüklerini açıkça belirlemek ve korumak amacıyla hukuk sistemlerine dahil edilmesi çok yeni bir olgudur. Dini hukuk, gelenek hukuku gibi modern öncesi dönemlerden kalan çoğul hukuk düzenleri, içerik olarak da bu amaca yönelik normlardan yoksundur. Buradan hareketle, bu tip normatif sistemlerin, hukuk devleti ilkesinin iki temel işlevinden biri olan, siyasi iktidarın hukukla sınırlandırılması hususunda bir varlık gösteremeyeceklerini söylemek yanlış olmayacaktır.

Hukukun dikey ilişkilerdeki rolü çerçevesinde hukuki çoğulluk olgusunu değerlendirirken göz önünde bulundurmanız gereken bir diğer husus, iktidar ilişkileridir. Zira devlet dışı hukuk sistemlerini tanımak, Griffiths’in hukuki merkezîyetçilik ideolojisi olarak kavramsallaştırdığı; hukuku, diğer tüm hukuklardan ayrıcalıklı bir yerde konumlandığı devlet hukukuyla sınırlandırılan düşüncenin reddini beraberinde getirir<sup>70</sup>. Bu anlamda hukuki çoğulluk, modern ulus devletin mutlak kontrol sağlama iddiasının reddidir<sup>71</sup> ve devlet hukuku dışında normatif düzenlerin mevcudiyetine dair varsayım, devlet iktidarına karşı bir sorgulamayı da ihtiva eder<sup>72</sup>.

Twining’in interlegalite olarak kavramsallaştırdığı üzere; bir arada varolan hukuk düzenleri arasındaki ilişkiler, çatışma ve rekabetten ibaret değildir. Bu ilişkiler; kapsama, taklit etme, kümelenme, uyarılma, kısmi bütünleşme, üstünlük kurma, baskılama, yok etme gibi çok çeşitli olabilir<sup>73</sup>. Bu çeşitliliğin doğal bir sonucu olarak iktidar olmayan grupların devlet iktidarıyla olan ilişkileri de çeşitlilik gösterir. İktidar olmayan gruplar, devlet hukukuyla ilişkilenişlerinde bir yandan devlet iktidarını meşrulaştırabilirler. Bu halde, hukuki çoğulluk, devlet tarafından topluluk üzerinde siyasi denetim kurmak amacıyla kullanılabilir<sup>74</sup>, devletin siyasi ve hukuki stratejisinin bir ürünü olabilir<sup>75</sup>. Müslümanlara aile hukuku meseleleriyle sınırlı olmak üzere tanınan Şeri mahkemelere başvurma hakkı, buna örnektir. Tanınan bu hak, Müslüman azınlıkları, İsrail’in meşruiyetine tamamen meydan okumaktan alıkoymayı hedefler<sup>76</sup>. Bu örnekte hukuki çoğulluk, bir yandan azınlık gruplarına bazı hukuki haklar sunmayı amaçlarken, öte yandan mevcut

<sup>65</sup> AYDIN HATİPOĞLU, s.502-503.

<sup>66</sup> AYDIN HATİPOĞLU, s.500-501.

<sup>67</sup> AYDIN HATİPOĞLU, s.503.

<sup>68</sup> RAZ, Joseph: The Authority of Law, Oxford University Press, Oxford, 2002, s.211.

<sup>69</sup> DWORKIN, Ronald: A Matter of Principle, Harvard University Press, Cambridge, 1985, s.11.

<sup>70</sup> GRIFFITHS, 1986, s.3.

<sup>71</sup> ÖRÜCÜ, Esin: “Hukuk Sosyo-Kültürle Karşılaşınca: Kültürel Çoğulculuk, Hukusal Çoğulculuk ve Pragmatizm”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 69(1-2), 2011, s.82.

<sup>72</sup> AYDIN HATİPOĞLU, s.495.

<sup>73</sup> TWINING, 2009/10, s.488-489.

<sup>74</sup> BARZILAI, s.409.

<sup>75</sup> BARZILAI, s.415-416.

<sup>76</sup> BARZILAI, s.409.

siyasi rejime yönelik daha geniş kapsamlı değişiklik taleplerinin önüne geçebilmektedir<sup>77</sup>. Bu durumda, toplumsal yapının değişimini hedeflemeyen her türlü talep, mevcut iktidar ilişkilerini meşrulaştıracaktır<sup>78</sup>.

Öte yandan, azınlık grubu üyeleri, iki şekilde devlet iktidarına meydan okuyabilir. İlk olarak devlet hukukunun bir toplumsal alanı işgal etmesinin önüne geçebilirler. Barzilai buna Kimberle W. Crenshaw'ın çalışmasına<sup>79</sup> atıfla örnek verir: Ev içi şiddete maruz kalan Afro-Amerikan kadınlar, kadın kimliklerini seçerek hakim beyaz sosyal sınıfın temsilcisi olan polise erkekleri ihbar edebilirler ya da kendi etnik kimliklerini tercih ederek, şiddet uygulayan Afro-Amerikan kocalarının yakalanmasını önleyebilirler. Azınlık gruplarının devlet iktidarına meydan okuma biçimlerinden bir diğeri, “yazılı veya sözlü azınlık hukukunun, topluluk üyelerince devlet hukukuna kıyasla tercih edilebilir görülmesidir. Barzilai buna, farklı azınlık gruplarının namus cinayetleri karşısındaki tutumlarını örnek verir. Müslüman topluluğunun namus cinayeti “sosyal pratiği” karşısında, bu topluluğun önde gelen üyeleri; örneğin geniş ailelerde yaşlılar, Hammula ve komünal dini yargıçlar; bu tip olayların İsrail polisine bildirilmesi girişimlerine engel olmaktadır. Bu kimseler, kendi iktidar yapılarını baltalayabilecek geniş polis müdahalesinden çekindikleri için devletin yasal otoritesiyle işbirliği yapmakta gönülsüzdür. Barzilai için bu örnekler, topluluksal ya da bireysel seviyede kimliklerin çokluğunun devletin siyasi iktidarına meydan okuyabileceğini ve onun toplumsal alana yayılımını engelleyebileceğini gösterir<sup>80</sup>. Ancak bu hallerde hukuk devleti ilkesi bağlamında önemli olan, devletin siyasi iktidarına meydan okuyan ve bu iktidarı kendi iktidar alanlarıyla sınırlayan grupların, kendi iktidar alanlarında ürettikleri ve işlerlik kazandırdıkları hukukun niteliği olacaktır. Nitekim defalarca yinelediğimiz üzere, hukuk devleti ilkesi, herhangi bir hukukun değil, insan haklarına saygılı, adil bir hukuk düzeninin üstünlüğünü öngörmektedir.

Azınlık gruplarının hukuk düzenleri dışında, yukarıda değindiğimiz hukuki çoğulluk tasniflerinde, uluslararası nitelikteki çoğul hukuk düzenleri olarak ele aldığımız sistemlerden özellikle uluslararası insan hakları hukuku da, sahip olduğu yaptırım mekanizmalarıyla, maddi anlamda hukuk devleti ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi bakımından kullanışlı olabilecektir.

## V. SONUÇ

Özetlemek gerekirse, çoğul hukuk düzenlerinin hukuk devleti ilkesiyle ilişkisi, iki farklı açıdan ele alınabilir. Bunlardan ilki, hukuk devleti ilkesinin işlevleriyle ilgilidir. Hukuk devletinin temelde hukukla sınırlandırma işlevi, yatay ve dikey ilişkileri hukukla sınırlandırma olarak ikiye ayrılabilir. Yatay ilişkiler, bireyler arasındaki ilişkilere karşılık gelirken; dikey ilişkiler, bireyler ile devlet arasındaki ilişkileri ifade eder. Hukuk devletinin her iki ilişki türünü de hukukla düzenleme ve sınırlandırma ideali çerçevesinde hukuki çoğulluk meselesi değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, çoğul hukuk düzenlerinin insan davranışlarını yönlendirmek, dolayısıyla bireyler arasındaki ilişkileri düzenlemek bakımından, devlet hukukuna kıyasla birtakım avantajları olduğu söylenebilir. Ancak bu, hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmediğini söylemek için yeterli değildir. Bu noktada, çoğul hukuk düzenlerinin hukuk devletiyle ilişkisinin ikinci boyutu devreye girecektir. Hukuk devleti ilkesinin öngördüğü hukukun işlevini yerine getiren normatif düzenin, ilkenin gerektirdiği maddi ve şekli şartları da sağlaması beklenmektedir. Hukuk devletinin öngördüğü şekli ve maddi şartları sağlayan çoğul hukuk sistemlerinin, hukuk devleti ilkesine herhangi bir aykırılık teşkil etmeyeceği, aksine insan davranışlarını yönlendirmek bakımından sahip olduğu avantajlar sayesinde, bu ilkenin gerçekleşmesine katkı sağlayacağı söylenebilir. Öte yandan, ilkenin maddi veya şekli şartlarını sağlamayan normatif sistemlerinin hâkimiyeti halinde, öngörülen niteliklere sahip bir hukukun üstünlüğünden söz etmek mümkün olamayacağından, bu hukuki çoğulluk durumu, hukuk devleti ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.

Hukuki çoğulluk halleri hukuk devleti ilkesi bakımından değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gereken bir diğer kistas, çoğul hukuk düzenlerinin işlerliğinin rızaya dayanması gerekliliğidir. Bu bağlamda ilk olarak, devlet tarafından resmen tanınan bir normatif düzende, bu normatif düzene tabi olmak kişi iradesine bırakılmalıdır. Yanı sıra, hukuk devleti ilkesinin genellik alt ilkesi gereği, bu seçim hakkı her bir bireye tanınmalı ve olası insan hakları ihlallerini önleyebilmek için, kişilerin iradeleri hilafında devlet hukuku dışındaki normatif düzenlere tabi kılınmasının önüne geçilmelidir. Bu değerlendirmede akla gelebilecek bir diğer soru, bireylerin normatif düzenler arasında yapacakları tercihlerinin özgür iradelerine dayanmasının mümkün olup olmadığıdır. Bu soru, özgür irade kavramına ilişkin genel bir sorudur ve hukuki çoğulluk hallerinde de akla gelmelidir. Marksist bir çerçeveden ele alındığında aynı alt yapının ürünü olan ve bu sebeple benzer iktidar ilişkilerini sürdürmeyi amaçlayan ve önemsiz nüanslar dışında benzer içeriklere sahip olan devlet hukuku ile çoğul hukuk düzenleri arasında, gerçek bir seçimden söz edilemez. Bunlar arasında yapılacak bir tercih, iki benzerden birini seçmek olacaktır. İkinci bir olası durum olarak çoğul hukuk düzeninin resmen tanınmadığı hallerde, kişilerin iradeleri hilafında bir takım yargılama süreçlerine dahil edilip yaptırımlara tabi kılınması sonucunda doğacak insan hakları ihlalleri, devletlerin insan haklarının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirememekten doğan sorumluluklarını gündeme gelecektir.

Öte yandan, hukuk devleti ilkesinin bir diğer işlevi olan devlet iktidarının hukukla sınırlandırılması açısından, yerel hukuk düzenlerinin bir varlık göstermesi ihtimali düşüktür. Bu sistemlerin ortaya çıktıkları

<sup>77</sup> BARZILAI, s.415-416.

<sup>78</sup> AYDIN HATİPOĞLU, s.504.

<sup>79</sup> CRENSHAW, Kimberle: Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, in Critical Race Theory 357.

<sup>80</sup> BARZILAI, s.412-413.



dönem ve koşullar gereği, bireyi devlet karşısında korumak veya devlet iktidarını hukukla sınırlandırmak gibi amaçları ve bu amaca hizmet edecek araçları olmadığından, bu bakımdan kullanışlı değillerdir. Bununla birlikte, bu düzenlerin varlığı, devlet iktidarının alanının daralması anlamına geleceğinden, devlet dışı hukuk sisteminin insan haklarını korumak bakımından devlet hukukundan ilerde olduğu hallerde, devlet iktidarının birey hakları yararına sınırlandırılması söz konusu olacaktır. Ancak çoğul hukuk düzenlerinin hukuk devleti ilkesinin gereklerini sağlayamadığı hallerde, bu düzenlerin devlet iktidarını sınırlandırıp kendi iktidar alanlarını oluşturması, her ne kadar devlet iktidarı sınırlandırılıyor olsa da hukuk devleti ilkesiyle çelişecektir. Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere, hukuk devleti ilkesi herhangi bir hukukun değil, insan haklarına saygılı ve adil bir hukukun üstünlüğünü gerektirir. Öte yandan uluslararası nitelikteki hukuk düzenlerinin etkili varlığı da, devlet iktidarının insan haklarına dayalı bir normatif sistem eliyle sınırlanması için uygun bir zemin yaratacağından, hukuk devleti ilkesi bakımından ihlal oluşturmaz.

Özetle, hukuki çoğulluk olgusunun hukuk devleti ilkesini her durumda ihlal eder nitelikte olmadığını belirtebiliriz. Her somut durumda ilgili hukuk düzeni, hukuk devleti ilkesinin işlevi ve alt ilkeleri dikkate alınarak değerlendirilmeli ve her somut durumun öznel koşulları çerçevesinde ihlal olup olmadığına karar verilmelidir.

**Yazar Beyanı | Author's Declaration**

**Mali Destek | Atrf Şekli:** Yazar Ezgi ARSLAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Ezgi ARSLAN who is the author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

**Yazarların Katkıları | Authors's Contributions:** Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

**Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest:** Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

**Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval:** Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

**Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics:** Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

**KAYNAKÇA**

- AYDIN HATİPOĞLU, Duygu: “Hukuki Çoğullukta İktidar Problemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXXII(1), 2014, s.487-505.
- BARZILAI, Gad: “Beyond Relativism: Where Is Political Power in Legal Pluralism”, *Theoretical Inquiries in Law*, 9(2), 2008, s.395-416. (2008).
- BARZILAI, Gad: *Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities*, The University of Michigan Press, Michigan 2003. (2003).
- BENDA-BECKMANN, Franz v.: “Citizens, Strangers and Indigenous Peoples: Conceptual Politics and Legal Pluralism”, Ed. F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, A. Hoekema, *Natural Resources, Environment And Legal Pluralism*, Yearbook Law and Anthropology 9, 1997, s.1-42. (1997).
- BENDA-BECKMANN, Franz v.: “Who’s Afraid of Legal Pluralism”, *Journal of Legal Pluralism*, 2002 – nr. 47. (2002), s.37-83.
- ÇULHAOĞLU, Metin: “Çoğulluk ve Çoğulculuk”, 15 Ekim 2010, BirGün, [http://www.birgun.net/writer\\_index.php?category\\_code=1262359858&news\\_code=1287144396&year=2010&month=10&day=15#UOSjmv15MxA](http://www.birgun.net/writer_index.php?category_code=1262359858&news_code=1287144396&year=2010&month=10&day=15#UOSjmv15MxA), 2 Ocak 2013.
- DESMET, Ellen: “Legal Pluralism and International Human Rights Law: A Multifaceted Relationship”, *Human Rights Encounter Legal Pluralism: Normative And Empirical Approaches*, Edt. Giselle Corradi, Eva Brems, Mark Goodale, Hart Publishing, 2017.
- DICEY, Albert V.: “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.25-40.
- DWORKIN, Ronald: *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.
- FORSYTH, Miranda: “A Typology of Relationships Between State and Non-State Justice System”, *Journal of Legal Pluralism&Unofficial Law*, 56, 2007, s.67-112.
- GRIFFITHS, John: “What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism*, nr. 24, 1986, s.1-55. (1986)
- HAYEK, Friedrich A. von: “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke-Siyasi Bir İdeal*, Ed. Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Adres Yayınları, Ankara 2008, s.41-118.
- MARMOR, Andrei: “Hukuk Devleti ve Sınırları”, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.169-210.
- MARX, Karl: *Kapital: Ekonomi Politikin Eleştirisi*, I. Cilt, Yordam Kitap, 9. Basım, Kasım 2016.
- MERRY, Sally Engle: “Legal Pluralism”, *Law and Society Review*, 22(5), 1988, s.869-896.
- RAZ, Joseph: “Hukuk Devleti ve Erdemi”, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.149-168.
- RAZ, Joseph: *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- SANCAR, Mithat: *Devlet Akli Kısılcında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları*, İstanbul 2010.
- SANTOS de Sousa Boaventura: *Toward a New Legal Common Sense, Law, Globalization and Emancipation*, Elsevier, UK, 2002.
- SCHMITT, Carl: “Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı”, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, ed. Ali Rıza Çoban vd., Liberte Yayınları, Ankara 2008, s.119-148.
- SEZGİN, Yüksel: “Theorizing Formal Pluralism: Quantification of Legal Pluralism for Spatio-Temporal Analysis”, *Journal of Legal Pluralism&Unofficial Law*, 50, 2004, s.101-118.
- STAYER, Joseph R.: *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton University Press, 1970.
- TAMANAHA, Brian: “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, 27(2), June 2000, s.296-321.
- TAMANAHA, Brian: “The Rule of Law and Legal Pluralism in Development”, *Hague Journal on the Rule of Law*, 3, 2011, s.1-17. (2011).
- TAMANAHA, Brian: “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, 30, 2008, s.375-411. (2008)
- TWINING, William: *General Jurisprudence, Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, 2009. (2009)
- TWINING, William: “Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 20(10), 2009, s.473-518. (2009/10)
- ÖZCAN, Mehmet Tefrik: *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017.
- ÖRÜCÜ, Esin: “Hukuk Sosyo-Kültürle Karşılaşınca: Kültürel Çoğulculuk, Hukusal Çoğulculuk ve Pragmatizm”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXIX(1-2), 2011, s.79-80.
- ÖZENÇ, Berke: *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2016.
- ÜYE, Saim: *Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.