

Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen

Mustafa Yaylalı

Dr. | İstanbul Şehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi | mustafayaylalı@sehir.edu.tr

Liberal Düşünce Dergisi, Yıl: 23, Sayı: 91-92, Yaz-Güz 2018, ss. 93-109.
Gönderim Tarihi: 3 Kasım 2018 | Kabul Tarihi: 7 Aralık 2018

Öz

Hukukun üstünlüğü (rule of law) ve hukuk devleti (*Rechtsstaat*) kavramları çoğu zaman eşit anlamda kullanılmaktadır. İkisinin de hukuka hâkim olan ilkelere dayanması, onların çoğu zaman birleştirilerek kullanılmasına neden olmaktadır. Hâlbuki hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ve hukuk devleti (*Rechtsstaat*) zannedildiği gibi aynı çatı altında kullanılamaz çünkü ikisi de temelleri bakımından farklı felsefî arkaplanlara sahiptir.

Bu metinde bu iki kavramın ait olduğu iki farklı hukukî-felsefî kültür karşılaştırılacaktır. Hukukun üstünlüğü Anglo-Sakson anlayışına tâbidir ve siyasidir. Oysa hukuk devleti (*Rechtsstaat*) anlayışı Alman ekolünden gelmektedir ve içerik olarak daha normatiftir (hukukidir). Bu sisteme göre hukuk kuralları tüm hayatımızı etkilemektedir ve hukuk kurallarına olan bağlılık bize özgürlük getirmektedir.

Sonuç olarak, bu iki kavram arasındaki farklılıklar ve benzerlikler, anayasa ve hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti anlayışını temsil eden A.V. Dicey ve Hans Kelsen'in görüşleri ekseninde ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti, A.V. Dicey, Hans Kelsen

The Concepts of Rule of Law and Rechtsstaat: Albert Venn Dicey and Hans Kelsen

Abstract

The concepts of rule of law and Rechtsstaat are used interchangeably, since they both address the same supremacy of law to a certain extent. However, the concepts of Rule of Law and the Rechtsstaat are not similar since they denote two different philosophies.

In this paper I want to compare the two different philosophical backgrounds of these two concepts. Rule of Law can be considered as Anglo-Saxon and political while the concept of Rechtsstaat as German and philosophical by nature. The German notion is more comprehensive in the application of the normative system

Conclusively, I will try to compare these notions and try to unravel the similarities and differences by analysing the theories of A.V. Dicey and Hans Kelsen.

Keywords: Rule of Law, Rechtsstaat, A.V. Dicey, Hans Kelsen.

Giriş

Hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ve hukuk devleti (*Rechtsstaat*) kavramları çoğu zaman eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.¹ Oysa felsefî ve tarihi açıdan bu iki terim, hem anlamları hem de temelleri bakımından çok farklıdır. Hukuka hitap eden terimler olmasına rağmen iki kavram da gündelik hayatta anladığımız hukuksallıkla doğrudan bir ilişkiye sahip değildir. Yani, hukuki hükümlerden ziyade hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ve hukuk devleti (*Rechtsstaat*) kavramları bir yaşam biçimi ve bir yaşam felsefesini anımsatmaktadır.²

Bu yüzden bu makalede değinilmek istenen konu, bu iki akımı açıklayan derin bir analiz ortaya koymaktır. Bu analiz ise hukuk filozofu Albert Venn Dicey (A.V. Dicey) ve anayasa hukukçusu Hans Kelsen üzerinden ortaya konulacaktır. Her ne kadar bu iki kişi hukukçu olsa da, değindikleri ve vurguladıkları konular bakımından doğrudan yürüttükleri tartışmalar hukukî değil; siyasî (Dicey) ve felsefî (Kelsen) boyuttadır.

Bahsi geçen her iki hukukçu da aynı zaman diliminde yaşadıkları için, görüşlerinin çoğu zaman aynı olarak kabul edildiği söylenebilir. Bu yüzden hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ve hukuk devleti (*Rechtsstaat*) anlayışı ortak kullanılır. Oysa bu iki kavramın arkasında temel bir ayrışma vardır; o da bu iki kişinin de dayandığı diğer filozofların görüşleridir. Dicey, John Locke ve Jeremy Bentham'a dayanırken; Hans Kelsen, Immanuel Kant'a dayanmaktadır. Bu noktalardan yola çıkarak, bu iki kişinin ilk bakışta aynı görünen görüşlerinin aslında nasıl kökten ayrıştığı görülecektir.

İlk olarak, hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ve hukuk devleti (*Rechtsstaat*), anlayışları aslında aynı anda iki farklı liberal anlayış ile, yani Anglo-Sakson ve Alman ekolünün anlayışı ile eşleşmektedir. Aralarındaki farklılık yalnızca bazı hukuki hükümlerden daha çok arkasında yatan felsefi görüş/dünya görüşü ile alakalıdır. Kanaatimce iki kavram egemenlik kavramı ile alakalı farklı görüşler barındırmaktadır. Anglo-Sakson ekolünde, realist bir yaklaşımla bireyin mülkiyet üzerindeki egemenliği ön plana çıkarırken; Alman ekolünde, idealist bir yaklaşımla bireyin davranışı üzerindeki egemenliği ön plana çıkmaktadır. Dolayısıyla burada iki ayrı bireyci ve liberal yaklaşım söz konusudur.

1 Nicholas W. Barber, "The Rechtsstaat and the Rule of Law", *The University of Toronto Law Journal*, Toronto 2003, Cilt: 53, Sayı: 4, s. 444.

2 Neil D. McCormick, "Der Rechtsstaat Und Die Rule of Law", *Juristenzeitung*, 1984, Cilt: 20, s. 66 vd.

Hukukun Üstünlüğü ve A.V. Dicey

Modern devlet anlayışı, hukukun üstünlüğü görüşüne dayanır ve Thomas Hobbes'la beraber bu görüşün temel amacı, özgürleşmiş bireylerin iradelelerinin kontrolünü sağlamaktır. Yani devletin kuruluş amacı birbiriyle rekabet içinde olan iradeleri denetlemektir. Günümüzde hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ve hukuk devleti (*Rechtsstaat*) kavramları modern devlet anlayışı ile başlatılmaktadır. Çünkü modern devlet özgür iradelerin kontrolünü sağlaktan ibarettir ve bunu yapan egemen güç ise, üst bir irade veya Hobbes'un deyişiyle "yeryüzündeki bir Tanrı" veya "*Leviathan*"dır.³ Ancak mutlak dünyevî gücü kullanan *Leviathan*'ın, amacına ters düşecek şekilde de davranma ihtimali bulunduğundan, kısıtlanması gerekmektedir. Bir başka deyişle, *Leviathan*'ın gelmesiyle beraber onun kontrol edilmesi gündeme gelmektedir. Mutlak ilahî gücün kontrolü gerekmezken; mutlak dünyevi gücün kontrol edilmesi gerekmektedir. Burada da öne çıkan konu hukukun üstünlüğüdür.

Anglo-Sakson temeline dayanan Hukukun üstünlüğü (*rule of law*) kavramı özgür veya otonom (davranan) bireye dayanmaktadır. Anglo-Sakson ekolüne dayalı felsefi görüşe göre birey, kendi kendine hükmetmeyi ve başka hükümdara ihtiyaç duymamayı öngörmektedir. Bu görüşün temeli modern devletin kurucularından Thomas Hobbes ve John Locke'a dayanmaktadır.⁴ Bu yaklaşım birey karşısında devletin nasıl, neye ve kime dayanarak kısıtlanması gerektiğine açıklık getirmektedir.

Genel olarak Thomas Hobbes'un devlet ve egemenlik kavramı bölünmemiş mutlak iktidara sahip egemen anlayışını içerir. Ancak bu görüş tartışmalıdır. İlk önce Thomas Hobbes'un devlet anlayışı ilk defa bir devletin meşruiyetini insanın aklına dayandırmaktadır ve insan, aklından başka hiçbir akla muhtaç değildir.⁵ Bu yüzden "*the uncommanded commander*" (hükmedilmeyen hükümdar) hitap⁶ edilirken, önceki felsefecilere de değinerek, *Leviathan* özgür ve otonom olarak tasarlamıştır. Yani devlet kendi astına göre değil de üstündekine göre bölünmemiş ve güçlüdür.⁷

3 Thomas Hobbes, *Leviathan*, Scientia-Verlag, London 1839, Ch.XVIII.

4 Hobbes, *a.g.e.*, Ch.XVIII.; John Laslett (Edit.), *Locke: Two Treatises of Government (Cambridge Texts in the History of Political Thought)*, Cambridge University Press, Cambridge 1988, s. 17 vd.

5 David Dyzenhaus, "Hobbes and the Legitimacy of Law", *Law and Philosophy*, 2001, cilt: 24, sayı: 5, s.462; David Dyzenhaus, "Austin, Hobbes, and Dicey". *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2011, Sayı: 24, s.412; David Dyzenhaus ve diğerleri (edit.), *Hobbes and the Law*, Dyzenhaus, D.:

6 David Dyzenhaus, "Hobbes and the Legitimacy of Law", *Law and Philosophy*, 2001, cilt: 24, sayı: 5, s.472.

7 Dyzenhaus, *a.g.m.*, s. 472-473.

Hukukun üstünlüğü kavramına değinirken Thomas Hobbes tabi ki akla gelen ilk kişi değildir.⁸ Ama siyaset felsefesi tarihinde ilk defa siyasi bir kurumun meşruiyeti kendisinin dışında değil (papa veya doğa); bizzat kendisinden doğmaktır. Yani Hobbes egemenliği bizzat akla vermiştir ve aklın kendi meşruiyetini kendi kendine sağladığını iddia etmektedir. Bu yüzden *Levi-tahan*'ın XIV, XV ve XVI bölümleri okunduğu zaman Thomas Hobbes'un devlet kurmak için meşruiyet sebeplerini sağladığı ve devletin ilk defa, siyasi tarihte akli meşru sebeplere dayanmasıyla beraber barışın sağlandığı ifade edilmektedir.⁹ Bu yüzdendir ki, Hobbes devleti kurmak için oluşması gereken sözleşmeye feshetme veya karşı koyma hakkı sunmuştur.

Ayrıca Hobbes bir nominalist¹⁰ olarak, varlığın sadece bir addan ibaret olduğunu ve onun dışında herhangi bir varlık ve gerçeklik olmadığına inanmaktadır. Bu Hobbes'un siyaset felsefesine yansımaktadır ve görünen o ki Hobbes, devlet felsefesini egemenlik kavramına dayandırmaktadır ve bu kavram ilk defa (Bodin'in ikili egemen anlayışından farklı olarak, bütün gücün tek bir egemen altında) toplanmasını sağlamaktadır.

Liberalizm hakkında da aynı şey söylenebilir. Thomas Hobbes ilk defa mülkiyet üzerindeki hakimiyeti koruyan ve sağlayan bir siyaset felsefesi ortaya koymuştur ve bu felsefe de ilk defa bu kadar net bir şekilde ifade edilmiştir. Öte taraftan John Locke, bu yaklaşımı Thomas Hobbes'tan daha ileri götürerek liberalizmin temeli atan ilk kişi olarak anılmaktadır. Bu görüşler elbette tartışmaya açıktır ancak, kronolojik olarak bakıldığı zaman, bireyin mülkiyet üzerindeki hakimiyeti, ilk defa Hobbes'la birlikte kurulmuştur ve John Locke tarafından pekiştirilmiştir.

John Locke'a göre bireyin başkalarına ve nesnelere karşı olan davranışlarının temeli, bireyin iradesinden kaynaklanmaktadır. Tanrı tarafından doğuştan verilen iradenin egemenliğiyle beraber bu haklar, yani doğuştan gelen haklar, kısıtlanamaz. Ancak bu hakların düzenlenmesi yani doğa ve doğa kurallarına uygun bir şekilde dağılması için devlet sadece yönlendirici bir unsur olarak yer alabilir. Fakat Locke'a göre devlet, hiçbir şekilde kısıtlayıcı veya doğal düzene aykırı olarak, bireylere dayanan düzeni etkileyemez.

8 Annekatrin Gebauer, "Rechtsstaatlichkeit Und Natürliche Gesetze Bei Thomas Hobbes", *Archiv Für Rechts-Und Sozialphilosophie*, Stuttgart 2005, Cilt: 91, Sayı: 2, s.239ff.

9 David Dyzenhaus, "Hobbes and the Legitimacy of Law", *Law and Philosophy*, 2001, cilt: 24, sayı: 5, s.462 vd.: Thomas Hobbes'un mutlak egemen anlayışı, bireye veya topluma karşı kullanımından ziyade, o egemenin üstünde herhangi bir egemen olmamasına değinmektedir. Bir siyasi nominalist olarak, Hobbes ilk defa devletin meşruiyetini akla dayandırdığı için, devletin meşruiyetini sağlayan da bizzat aklın kendisidir. Bu yüzden toplumsal sözleşmeye bu açıdan bakılması ve mutlak devletin sınırlandırılmasını sağlayan unsur olarak görülmesi gerekmektedir.

10 Kerry H. Whiteside, "Hobbes's Ultr nominalist Critique of Natural Right", Chicago 1988, *Polity*, cilt: 20, sayı: 3, s. 472.

Aslında modern devlette hukukun üstünlüğünün temelini atan kişinin John Locke olduğunu söyleyebiliriz.¹¹ Locke'a göre, modern bir devlet sisteminde, birey ve mülkiyet arasındaki ilişki herhangi bir aracı ile değil, bireyin kendisi tarafından bizzat belirlenir. Bu yüzden John Locke'a göre mülkiyet, birey egemenliğinin temelidir.¹² Çünkü her birey, Tanrıdan aldığı akılla kendi geleceğini mülkiyet üzerinde kurar ve biçimlendirir. John Locke'a göre birey, Tanrı tarafından verilen mülkiyeti, kendi davranışlarıyla alanına alan (*dominium*) bir varlıktır. Bu yüzden de Locke bireyi otonom kılar ve herhangi birinin bu otonomiyi kısıtlama hakkının olmadığını savunur.

Modern devlet sisteminin amacı sadece bu gerçeği korumaktan ibaretir. Buna dayanarak Locke, insanlığının en temel üç tane hakkı olduğunu savunur. Bunlar yaşam hakkı, mülkiyet hakkı ve özgürlüktür (*liberty*).¹³ Çalışmamız bakımından bu konulara ayrıntılı olarak değinilmesine gerek yoktur, ancak şunu da söylemek isterim ki, John Locke'un vurgulamak istediği konu; bireyin devlete karşı özgür bir varlık olması ve devletin de bireyin var olma hakkı, yani mülkiyeti üzerindeki hakimiyetini hiçbir şekilde kısıtlayamaması ve elinden alamamasıdır¹⁴. Bu yaklaşım modern hukukun ve A.V. Dicey'in hukukun üstünlüğü kavramının temelidir. John Locke'un temelini attığı hukukun üstünlüğü görüşü, Anglo-Sakson yaklaşımın temel unsurunu yani özgür ve otonom bireyi içermektedir. Hukukun üstünlüğü anlayışındaki en önemli unsur, bireyin hakimiyetidir. Bundan dolayı bireyin kendi üzerindeki hakimiyetinin kısıtlanması ve kısıtlamanın sınırlı olmasının yanı sıra, belirlenmesi de gerekmektedir. Bundan dolayı, Anglo-Sakson yaklaşımında hukukun üstünlüğü kavramının kökü siyasîdir ve mülkiyet egemenliği üzerinde kurulmuştur ve bu mülkiyet egemenliğinin bireye ait olduğu savunulmaktadır. Alman hukuk devleti ekolünde ise durum farklıdır ve hukukun üstünlüğü ile ilgili temel ayrışma noktası da bireyin mülkiyet egemenliği, yani birey otonomisinin siyasi bir karaktere sahip olmasıdır.

Birey otonomisinden devam edersek, İngiliz Liberal Ekolü'nde, bireyin mülkiyet üzerindeki hakimiyeti bizzat bireye ait olmakla beraber, bireyin davranışları da bu doğrultudadır. Yani bu liberal anlayış evrilerek, 19. Yüzyılda Jeremy Bentham'ın faydacılık görüşüyle farklı bir hal almıştır. Faydacılık anlayışı Anglo-Sakson liberal görüşüne liberal bir ahlak felsefesi ekleyerek bu görüşü normatifleştirmiştir (hukuki normativizm açısından). Başka bir

11 Laslett (Edit.), *a.g.e.*, s. 89 vd..

12 Locke, *a.g.e.*, s. 17 vd..

13 Laslett (Edit.), *a.g.e.s.* Ibid

14 Crawford B.Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford University Press, Ontario 2010.

ifadeyle, şimdiye kadar Anglo-Sakson liberal anlayışı siyasî çerçevedeyken, Bentham'ın faydacılık anlayışı ile normatifleşmiştir. Dicey'in hukukun üstünlüğü kuramı da daha çok Bentham'ın faydacılık anlayışına dayanmaktadır. Jeremy Bentham, bireylerin ahlâkını onların davranışlarına dayandırmaktadır. Bireylerin kendi özgür iradeleriyle ortaya koyduğu davranışlar tespit edilebilir.¹⁵ Bu yöntemle, yani "individuation" tekniğiyle Jeremy Bentham modern İngiliz Hukuk Sistemi'nin metodunu bulan hukukçu olarak tanınmıştır. İnsanların kendi arasında ortaya koyduğu davranışların motivasyonuna bakarak sebebini araştırmakta ve bu sebebini ahlakî kurallar değil; insanların kendilerine olan faydasından ibaret olduğunu savunmaktadır.

John Locke ve Jeremy Bentham'ı birleştiren unsur, bireylerin mülkiyet üzerindeki egemenliği yani hakimiyetidir. Ancak Bentham'ı John Locke ile ayırıştıran nokta ise, Jeremy Bentham'ın bunu otonom ahlak felsefesine, yani "faydacılık" teorisine, dayandırmasıdır. Bu iki ayrım söyle açıklanabilir. John Locke'un, yaşadığı yıllarda en önemli konu, devletin meşruiyetini sağlamaktır ve aynı anda, bireyin mülkiyet üzerindeki hakimiyetini korumaktır. Bunu sağlayabilmek için, onun zamanında yaşayan bütün siyaset felsefecilerine uygun olarak akıl ve irade arasındaki ilişkiye değinmektedir. John Locke, akıl ve irade arasındaki ilişkiye değinmektedir. Ancak Jeremy Bentham ve kısacası modern hukukçu veya hukuki pozitivist diye adlandırdığımız kesim, irade ve davranış arasındaki ilişkiye değinmektedir. Bu yüzdendir ki John Locke siyaset felsefeci, Jeremy Bentham ise hukuk felsefeci olarak tanımlanmaktadır.

İngiliz liberalizm anlayışı sosyolojik değil daha çok siyaset kavramı üzerinden inşa edilmiştir. Aslında böyle baktığımızda Jeremy Bentham'la beraber ve John Stuart Mill'in, Auguste Comte'a dayanarak oluşturduğu 'Sosyolojik Liberalizm'¹⁶ anlayışı Dicey'nin¹⁷ hukuk üstünlüğü ve hukuk anlayışını da şekillendirmiştir denilebilir.¹⁸

15 Bentham'ın kullandığı hukuk metot hakkında detaylı bilgi için bkz. Jeremy Bentham, *The Collected Works of Jeremy Bentham* paragraf VII.

16 David Lewisohn, "Mill and Comte on the Methods of Social Science", *Journal of the History of Ideas*, University of Pennsylvania Press, 1972, Cilt: 33, Sayı:2, ss.315-321; Robert C. Scharff, "Positivism, Philosophy of Science, and Self-Understanding in Comte and Mill", *American Philosophical Quarterly* Illionis 1989, cilt: 26, sayı: 4, s:254 vd.; Alan C. Kors, "The Paradox of John Stuart Mill", *Social Philosophy and Policy*, Cambridge 2011, cilt: 28, sayı: 2, s:1ff; Linda C., John Stuart Mill and the Religion of Humanity, *University of Missouri Press*, Columbia 2002, s. 40 vd.; John S. Mill, *The Positive Philosophy of Auguste Comte*. Henry Holt and Company, New York 1873, s.17; Mill, *John Stuart. A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation Third Edition. 2 Vols. 8vol.*, 1854.

17 Albert V. Dicey, *The Law of the Constitution. Vol. 1*, OUP Oxford, Oxford 2013, s. 96.

18 Auguste Comte bir liberal olmamasına rağmen, oluşturduğu yeni toplumsal bilim metodu, yani sosyoloji, John Stuart Mill'i çok etkilemiştir. John Stuart Mill, Auguste Comte'un oluşturduğu bu yeni metodu, ve sadece metodu, liberalizme katmıştır. Ne kadar Auguste Comte bir liberal değilse bile, onun sosyolojik metodu veya pozitivist metodu, toplumun 'gelişimini' tetiklemek için oluşturulmuştur. Auguste Comte ve Mill'i birleştiren yönü de bu 'gelişim felsefesidir'.

Bu konu üzerinde daha detaylı duracak olursak, John Stuart Mill'in diğer liberallerden farkı sadece onun "Zarar Prensibi"¹⁹ değildir. Liberalizme bu kadar katkı sunan ve kitaplar yazmış olan John Stuart Mill, liberalizmin pozitivistleşmesine ve "sosyolojik toplum anlayışına" katkı sağlamıştır. Bunun sebebi de Auguste Comte'un ortaya koyduğu sosyal fizik teorisi ve pozitivism felsefesidir. Auguste Comte, "*The law of the three stages*" ile medeniyetin, önce ilahiyat, sonra metafizik, ve daha sonra pozitivist çağa evrileceğini savunur.²⁰ Bu görüşü, John Stuart Mill kabul etmekte, ancak bu üç aşamanın birbirini feshederek ilerlemesinin aksine birlikte aynı şekilde var olduğuna ve kendi içinde evrildiğine de inanmaktadır.²¹ Ancak John Stuart Mill, ne kadar Comte'un toplumsallığı, yani toplum bilimini kabul etse de, onun kolektivizmi, yani "*Religion of Humanity*"'yi reddetmektedir.²²

Auguste Comte, siyasetin, toplumu yönlendirdiği reddederek toplumun, pozitivism metoduyla, kendine has bir dinamizmi olduğunu kabul eder. Bu görüşten John Stuart Mill de etkilenmiştir. Ancak bireyselliğin vurgulanması gerektiğini ve pozitivismin ortaya koyduğu gelişim felsefesinin temelini, bizzat kolektivizmin değil, bireyin oluşturduğuna inanır.

Bu yüzden Dicey hem Jeremy Bentham hem de John Stuart Mill'den etkilenmiştir. Çünkü her ikisi, daha çok metafizik alanda kalmakla yetinmeyip, normatif-ampirik alana kaymaktadırlar ve bu A.V.Dicey'nin (hukuki pozitivist) normativist teorisini ortaya koymasını sağlamıştır. Ancak burada da, Dicey, Mill'den ziyade, Bentham'ı daha çok benimsemektedir, çünkü John Stuart Mill'e nazaran, Bentham bir hukuk felsefeci ve hukuki pozitivisttir. Bu yüzden de Bentham'ın hukuki normativist (pozitivist) metot ile çalışabilmesini sağlamaktadır.

Bu sebepten dolayı, Dicey'in, kendi deyimiyle, John Stuart Mill'den çok Jeremy Bentham'dan etkilenmiştir ve bu anlaşılabilir bir durumdur.²³ Çünkü

19 John Gray ve diğerleri (edit.), *On Liberty*, Routledge, London 1991, s: 30.

20 Lewisohn, a.g.m., ss: 321-323; Robert C. Scharff, a.g.m., ss: 263-265; William H. George, "Auguste Comte: Sociology and the New Politics", *American Journal of Sociology*, 1927, sayı: 33, s: 372 vd..

21 John S. Mill, *The Positive Philosophy of Auguste Comte*. Henry Holt and Company, New York 1873, s. 265; David Lewisohn, a.g.m., s. 32 vd.; Auguste Comte 'unbireyselci olmadığı aşikardır, çünkü savunduğu tez otonom kolektivistçiliktir. Ancak o zaman yeni bilim dalı olan sosyoloji bilimi, ve pozitivist bilimsel metodunu, John Stuart Mill liberalizme ve bireyselciğe uygulamıştır. Comte'un ortaya koyduğu kolektivism, pozitivism metoduyla evrimseldir ve evrimsellikten Mill etkilenmiştir.

22 Linda C. Raeder, *John Stuart Mill and the Religion of Humanity*, University of Missouri Press, Columbia 2002, s. 40 vd.

23 Bernard J. Hibbitts, "The Politics of Principle: Albert Venn Dicey and the Rule of Law", *Anglo-Am. L. Rev.*, 1994, cilt: 23ss.5-8; Haig, "The Author of Liberty: Dicey, Mill and the Shaping of English Constitutionalism", *Public Law Review*, 1997, cilt: 8, sayı: 4, ss.257-259; Mark, "Legality as Reason: Dicey, Rand, and the Rule of Law" *McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill*, Montreal 2010, cilt: 55, sayı: 3, s.573: Dicey'den çok Bentham'ı veya Mill'ı bu konu belirtim makalelerde tartışmaya açık bırakıldı. Acak her ikisi Dicey'nin görüşlerine belirgin bir şekilde iz bırakmışlar.

Jeremy Bentham İngiliz hukuk sistemi hakkında birçok yazı yazmış ve İngiliz hukuk kuramına katkı sağlamıştır.²⁴

Dicey'e göre anayasa hukuku aslında siyasettir ve demokrasi de bu vesileyle siyasî bir kurumdur. Ondokuzuncu asırdaki Viktoryen İngiliz Parlamento-su'nun, kendisini hukuk normlarından üstün kılan bir yapısı bulunmaktadır. Dicey tam olarak bu duruma itiraz etmektedir ve bütün devlet kurumlarının, bireyin oluşturduğu normatif hukuk sistemin bir parçası haline gelmesini savunmuştur. Bu aslında John Locke'un siyasî liberalizm görüşünden çok farklı değildir, sadece 19. asırda endüstrileşmeden dolayı oluşan (yeni) toplum yapısını liberal siyasete entegre etmiştir. Dicey ise, hukuk normunu vurgulamakla, hukukî normların sadece bireyleri değil aynı zamanda kurumları da kapsadığını savunur. Bu yüzden, Dicey'e göre:

"Devlet başkanından aşağıya doğru polis memuru veya vergi toplayan memurlara kadar her resmi görevli hukukî meşruiyeti olmadan yapılan her türlü faaliyetten vatandaş gibi sorumludur."²⁵

Burada gördüğümüz sorun aynı zamanda Hans Kelsen'den ayrılan diğer bir unsurdur, çünkü Hans Kelsen'in ortaya koyduğu hukuk devleti anlayışında, bireyler zaten bütün normatif sistemin (aklı) bir parçasıdır, ayrı bir konumda değildir. Bu yüzden ki, Hans Kelsen'in anayasa ve siyaset teorisi aynı anda bir saf hukuk teorisi olarak nitelendirilebilir.²⁶ Ancak Dicey'nin hukukun üstünlüğü tanımı daha yüzeysel ve mekaniktir, toplum ve siyaset farklı unsurlardan oluşmaktadır. Bu tanım, Trambly tarafından net bir şekilde şöyle ifade etmiştir:

"Buna göre, Dicey'in anayasa hukuku anlayışının, özel durumlarda mahkemelerin belirlediği şekilde, kişilerin haklarının bir sonucu olduğu iddiası, anayasa hukukunun 'şartlar'ının hükümet eyleminin sonucu olduğu şeklinde anlaşılmalıdır ve karar, özellikle davalarda mahkemeler tarafından belirlendiği üzere, siyasi olarak meşru kabul edilmek ve yargısal uygulama yetkisine sahip olmak için ikna edici olmalıdır. Bu bağlamda, Dicey'nin modeli, anayasa hukukunun hükümetin meşru eylem ve kararlarının (neyin kabul edilmesi gerektiği) bir sonucu olarak tasarlanması gerektiğini gerektirmektedir"²⁷

24 Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century Edited and with an Introduction by Richard VandeWetering*.: bu kitapta A.V Dicey, Jeremy Bentham'ın hukuk felsefesi ve Liberalizm anlayışını ayrıntılı bir şekilde inceliyor ve tartışıyor.

25 "With us every official, from the Prime Minister down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification as any citizen." Dicey, *a.g.e.*, s.149.

26 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*. Routledge, 2017, s.187 vd.; Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*. University of California Press, Berkeley 1967, s.186 vd.: Hans Kelsen, Hukuk Devleti anlayışının, bir bütün olarak inanır. Dicey'nin yukarıda gösterdiği gibi bir (siyasi) mekanizma olarak değil. Toplumda var olan ve toplumu yönlendiren normlar, ayrıca devleti yönlendirir.

27 "Accordingly, Dicey's assertion that the law of the constitution was the consequence of the rights of private persons, as determined by the courts in particular cases, should be understood as meaning that the law of the constitution was the consequence of the 'conditions' governmental action and decision must satisfy in order to be accepted as politically legitimate and entitled to judicial enforcement, as determined by the courts in particular cases. In this sense, Dicey's model entails that the law of the constitution should be conceived as the consequence of (what should be accepted as) legitimate governmental action and decision." Luc B. Tremblay, *Rule of Law, Justice, and Interpretation*, McGill-Queen's Press-MQUP, Montreal 1997, s. 81.

Yani başka bir tabirle, hükümetin adımları toplumun dışında, normatif bir denetime tabi tutularak, hükümetin meşruiyetini denetlemektedir. Oysa Kelsen'in hukuk devleti anlayışında zaten denetim (hukuki-) normatif sistemin içinde mevcuttur. Hukuki-normatif denetimden geçmeden zaten sistemin bir parçası olması mümkün değildir.²⁸

Dicey'nin hukukun üstünlüğü tanımına ve açıklamasına kısaca değinmek gerekirse, hukuk devleti bölümünün incelenmesi gerekmektedir. Hukukun üstünlüğü tanımının ve açıklamasının bize göstereceği en önemli unsur ise, hukukun üstünlüğü kavramı, ne kadar normatif olsa bile, kurumsal bir nitelik barındırır ve bunun, hukuk devleti gibi bütünsel bir yapısı yoktur. Kısacası Dicey'ye göre:

"Demek istediğimiz, ilk olarak, hiç bir insan kurulan hukuki düzene aykırı davranmadığı müddetçe cezalandırılmaz veya vücut bütünlüğü veya elde ettiği faydadan yoksun bırakılmaz. Bu anlamda, hukukun üstünlüğü, geniş, keyfi ya da takdir yetkisi olan yetkilerin, yetkileri olan kişiler tarafından tatbik edilmesine dayanan her hükümet sistemi ile çelişmektedir...İkincisi, ülkemizin bir özelliği olarak "hukukun üstünlüğü"nden, konuştuğumuz zaman, insan hiçbir zaman sadece hukukun üstünde değil, (başka bir şey nedir), rütbe veya koşulu ne olursa olsun alemin olağan hukukuna tabidir ve sıradan mahkemelerin yargı yetkisine tabidir...Hukukun üstünlüğü'nün ya da hukuk ruhunun baskınlığının, İngiliz kurumlarının özel bir niteliği olarak tanımlanabileceği üçüncü ve farklı bir his vardır. Anayasanın, anayasanın genel ilkelerinin (örneğin, kişisel özgürlük ya da toplantı hakkı) olduğu gibi, hukuk devletine dayandırıldığı söylenebilir. Özel kişilerin haklarının özellikle mahkeme huzurunda açılan davalarda, birçok yabancı anayasaya göre bireylerin haklarına verilen güvence (olduğu gibi), anayasanın genel ilkelerinden kaynaklanmaktadır."²⁹

Aslında bu tanımlamaya bakıldığında Dicey'in İngiltere'de gerçekleşmekte olan hukuksallaşma sürecini, siyasî karakterde olan anayasaya dahil et-

28 Nicholas W. Barber, "The Rechtsstaat and the Rule of Law", The University of Toronto Law Journal, Toronto, 2003, cilt: 53, sayı: 4, s.444-445.; MacCormick, a.g.m., s.;Loammi C. Blaau, "The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights", S. African L. J., 1990, sayı: 107, s.78.

29 "We mean, in the first place, that no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary Courts of the land. In this sense the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint. We mean in the second place, ll when we speak of the "rule of law" as a characteristic of our country, not only that with us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals. There remains yet a third and a different sense in which the "rule of law" or the predominance of the legal spirit may be described as a special attribute of English institutions. We may say that the constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the Courts; whereas under many foreign constitutions the security (such as it is) given to the rights of individuals results, or appears to result, from the general principles of the constitution" Dicey, a.g.e., s.147.

"We mean in the second place, ll when we speak of the "rule of law" as a characteristic of our country, not only that with us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals". Dicey, a.g.e., ss: 147-150.

meye çalıştığı gözlemlenmektedir.³⁰ Bu süreçte ne kadar başarılı olduğu ise başka bir araştırma konusudur. Ama yapmaya çalıştığı şey ile kendisini ön plana çıkararak nokta ise modern hukuk dünyasında hukukun üstünlüğüne dair ilk kez böylesine kapsamlı çalışmış hukukçulardan biri olmasıdır.

Hukuk ve Hukuk Devleti

Immanuel Kant, Alman Ekolünü yani hukuk devleti (*Rechtsstaat*) anlayışının temelini oluşturan bir felsefecidir. Kant'a göre akıl, bireyin kendisinin oluşturduğu ahlak ve normlarla hükmeder.³¹ Yani aklın keşfettiği ahlak normları bireyin sadece iradesini değil aynı zamanda davranışlarını da etkiler. Bireyin iradesi, aklın keşfettiği ahlak normlarıyla şekillenir ve böylece hem hükmedilmiş olur hem de davranışlar evrensel bir niteliğe bürünmüş olur. Yani Kant'a göre aklın dünyadaki işlevi eşit olduğu için, tespit edilen ahlak normları da eşit olacaktır. Örneğin, öldürmek ve hırsızlık yapmak kötüdür ve şayet bütün evrende kabul görürse, geçerli olacaktır. Bireyin akli hem devletin hem de hukukun temelidir ve kısacası hukuk devleti anlayışının temelini Immanuel Kant oluşturmaktadır. Kant'ın deyimiyle:

“Zorunluluk taşıyan her kuralın biricik kaynağı olan akıl, bu buyurtusuna gerçi bir zorunluluk kazandırır (çünkü zorunluluğu olmasa buyruk olmazdı); ama bu zorunluluk yalnızca öznel koşullara bağlıdır ve bütün öznelerde aynı derecede varsayılmaz. Akıl yasa koyucu olması için ise, yalnızca k e n d i k e n - d i n i varsaymakla yetinmesi istenir, çünkü kural, ancak bir akıl sahibinin varlığı öbüründen ayrıran rastlantısal, öznel koşullara bağlı olmaksızın geçerli olduğunda, nesnel ve genel geçerdir.”³²

Yani Kant'ın yaşadığı dönemde siyaset felsefecilerinin odaklandığı nokta, bireylerin kendi davranışlarını akılla yönetmeye başlaması ve iradesiyle davranışlarına hakim olan bu bireylerin nasıl kontrol edileceği sorunudur. Erdem sistemi ise, doğruluğu ve geçerliliği transandantalizm tarafından objektif ve doğrulayıcı yöntemle oluşturulmaktadır.

Chroust, Kant'ın Hukuk tanımını Şöyle yorumlamıştır:

“Hukukun en yüksek ve nihai amacı insanın sosyal kişiliğinin ve beraberliğinin kusursuzluğu”dur. Sözde tarih okulu hukuk içtihadı hukukun tarihsel-organik gelişimini vurgular. O halde hukuk ve hak belirli insanların yasal dehasının ve fakat organik evriminin ürünüdür.”³³

30 Hibbits, a.g.m., s.5. ;Mark Walters, “Legality as Reason: Dicey, Rand, and the Rule of Law” *McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill*, Montreal 2010, cilt: 55, sayı: 3,ss: 577-578

31 Edward J. Eberle, “The German Idea of Freedom”, *Roger Williams University School of Law, Faculty Papers Paper 13*, 2007, http://lsr.nellco.org/rwu_fp/13, s. 4;Anton-Hermann Chroust “Some German Definitions of Law and Legal Philosophy from Kant to Kelsen”, *Notre Dame Law Review*, Indiana 1946, cilt: 22, sayı: 4, s: 367’.

32 Immanuel Kant, *Pratik Akılın Eleştirisi*, Ioanna Kuçuradi ve diğerleri, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1994, s.23.

33 Chroust, a.g.m.,s. 372.: “The ultimate and highest purpose of the law is “the perfection of human personality and human solidarity.” —“The so-called historical school of jurisprudence emphasized the

Kant'ın *Rechtsstaat* anlayışı, açık bir şekilde onun tarafından geliştirilmiş olmasa da, akılla yönlendirilen ve yönetilen doğal hukuk kavramı üzerine kurulmuştur. Aklın böylelikle herkesin kendi iradesini yöneten bir enstrüman olduğu ve her insanın bir ölçüde kendi siyasal iradesinin mimarı haline geldiği farz edilmesidir. Sonuç olarak (seküler) doğal hukuk, her şeyi ve siyasal sistem içinde bulunan herkesi kapsamıyla her şeye kadirdir. Yani Kant'ın *Rechtsstaat* kavramı *Rechtsstaat* takipçilerinin kavradığından daha da kapsamlıdır.

Bu kavramın temelinde yatan düşünce ise *self-legislation*, yani bir bireyin kendi yasa yapma kapasitesine dayalıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bireylerin var oluşu özgür akıl ve hür fikriyle gerçekleşir. Eberle'ye göre Kant'ın özgür akılcı yöntemiyle, özgür ahlak, yani içselini yöneten unsurlar, davranışlarımızı yönlendirmeye başlar:

"Ahlaka ilişkin köklü kanunlar da Almanya'da Grundgesetz (GG-anayasa) hazırlayanlar tarafından çalışılmaya başlanan Kant tasarımının bir parçasıydı. Kant'ın derslerini dikkatli olarak takip ettiler: Ahlakî öncüllere dayanan muhtemel soyut nedenleri tesis ettiler."³⁴

Bu vesileyle, ilk defa bir birey, yani insan, kendi özgür aklına dayanarak bir davranış standardı oluşturabilmektedir. Şimdiye kadar davranışların standartlarını belirleyen unsurların çoğu zaman ya bireyin dışında (skolastik doğal hukuk çağında olduğu gibi) ya da Tanrısal unsurlardan oluşan veya, kral gibi, diğer unsurlar tarafından yönlendirildiğini veya yönetildiğini görüyoruz. İlk defa, insanın içinde otonom bir unsur, değer standartlarını koyabilme kapasitesine sahip olmuştur ve bununla beraber, normatif yani davranış standartını da beraberinde getirmiştir. Bu yüzdendir ki, Eberle'nin de ifade ettiği gibi:

"Temel olarak *Rechtsstaat*, aynı zamanda, kökleri hukukun, ahlakın ve doğanın sentezi olarak gören Kant'a dayanan, akıl temelli bir devlet anlamına gelir; *Rechtsstaat*, bu soyut fikirlerin pratik seçim ve ahlaki özgürlüğün gerçekleştirilmesi için pratik bir dışa vurumu idi."³⁵

Buradaki amaç bir bireyin sadece kendi akıl ve mantığına dayanarak herkesin kabul edebileceği normatif davranışları sergileyebileceğini savunmaktır ve hukuk devletinin temeli de zaten budur. Kant'a göre:

"Pratik kural her zaman pratik aklın ürünüdür, çünkü pratik kural etkinin aracı olarak eylemi amaç olarak öngörür. Ama istemesi yalnızca akıl tarafından belirlenmeyen bir irade için, bu kural bir buyruktur, yani eylemde bulunmaya nesnel zorlayıcılık dile getiren bir "gerek" ile belirlenen bir kuraldır ve akıl istemeyi tam olarak belirleseydi, eylem kaçınılmazcasına bu kurala

historico-organic growth of law. Law and right, then, are but the organic evolution and product of the legal genius of a particular people."

34 Eberle, a.g.m., s:20: "Rooting law in moral freedom was also part of Kant's design, which the drafters of the GG took up. They followed the lessons of Kant carefully: erecting a system of a priori abstract reason based on moral premises."

35 "Fundamentally, the *Rechtsstaat* means a state based on reason, the roots of which also lie in Kant, who saw law as the synthesis of morality and nature; the *Rechtsstaat* was a practical manifestation of these abstract ideas into practical choice and realization of moral freedom.", Eberle, a.g.m., s. 47.

göre olurdu anlamına gelir. Demek ki buyruklar nesnel olarak geçerlidirler ve öznel ilkeler olan maksimlerden büsbütün farklıdırar.”³⁶

Ve bu yüzden:

“Demek ki maksimler gerçekten de ilkedirler ama buyruk değildirler. Buyrukların kendileri de, koşul taşıdıklarında, yani istemeyi yalnızca isteme olarak değil arzu edilen bir etkiye göre belirlediklerinde, yasa değil, pratik öğretiler olan koşullu buyruklardır.”

Başka bir deyişle hukuk:

“...arzu edilen etkiyi elde edebilir miyim, ya da bu etkiyi ortaya çıkarmak için ne yapılmalıdır?” diye bile sorulmaksızın, istemeyi isteme olarak yeterince belirlemelidirler, dolayısıyla kesin olmalıdırlar; yoksa yasa olamazlar, çünkü pratik olabilmek için, tutkuların gelen, dolayısıyla istemeyle rastlantısal bir ilgisi olan koşullardan bağımsız olması gereken zorunluluktan yoksun olurlar, örneğin bir kimseye, yaşlılığında sıkıntı çekmesin diye çalışkan ve tutumlu olmasını söylemek, istemenin doğru ve önemli bir pratik öğretisidir.”³⁷

Kısacası, Kant’a göre hukuk bireyin akli ile oluşur ve bu yüzden bütün bireyler hukukun hem kurucusu hem de uygulayıcısıdır. Yani egemen akıl olduğu için ve akla bireyin kendisi ile birlikte diğer bireyler sahip oldukları için hukuka uyulmaktadır. Hukuka uyulma nedeninin kaynağı; o hukukî normu ortaya koyan birey ve bireyin akli, ve onu uygulayan da aynı zamanda yine bireyin kendisidir. Çünkü bireyin davranışları, yukarıda Kant’ın da belirttiği gibi, bireyin iradesi ile oluşmaktadır.:

“Ancak bu öylesine bir irade değil, akıl tarafından hükmedilen iradedir. Demek ki pratik üstünlük koşulsuzdur, bundan dolayı da kesin bir pratik önerme olarak a priori tasarlanmıştır. Böylece irade (burada yasa olan pratik kuralın kendisi tarafından) mutlak ve doğrudan doğruya nesnel olarak belirlenir. Çünkü burada kendi başına pratik olan saf akıl doğrudan doğruya yasa koyucudur.”³⁸

Kısacası burada ortaya çıkarttığımız temel unsur ve hukuk devleti (*Rechtsstaat*) kuramının özü Immanuel Kant’ın Kategorik İmperatifidir. Ancak elbette bu hukuk devleti (*Rechtsstaat*) kuramını tamamen açıklamamaktadır. Hukukun temelini oluşturan unsurlardan biri, bireyde var olan akıldır ve bununla beraber akıl bireyin iradesini ve akabinde davranışını etkilemektedir. Kant’ın ahlak felsefesi ve onunla beraber hukuk devleti kavramını anlamak için, bu cevabın egemen kavramına bağlanması gerekmektedir.

Kant, Kelsen ve Hukuk Devleti (Rechtsstaat) Kuramı

Kant, aklın temel (*basic*) evrensel geçerliliği olan ahlaki değerlere sahip olduğunu düşünürken; aklın bu ahlaki değerlerinde norm olarak insanların davranışlarını yönettiğini ve yönlendirdiğini de ifade eder. Hobbes’tan itiba-

36 Kant, *a.g.e.*, s. 22.

37 Kant, *a.g.e.*, s.22.

38 Kant, *a.g.e.*, s. 35.

ren, bireylerin kendi davranışlarını özgür iradeleriyle (*free will*) yönettiğine inanılır. Kant ise, özgür iradeyi, bireyin dışında değil, akılla kendi özünün içinde olduğuna inanır.

Yani başka bir deyimle, Kant'a göre devlet insanın aklının içindedir ve bu yüzden, aklın üstünlüğüne inanır. Akıl evrensel geçerliliği olan ahlaki değerler ve normlara ulaşabildiği için, Kant, bu normlara dayanarak insanları yönetebileceği görüşündedir. Elbette, siyasal kurumsallaşma sadece bunun dış tarafına olan yansımasıdır, yoksa içerik olarak egemenlik, yani siyasî yönetim aklın eriştiği normlarla olur ve bu vesileyle Kant aklın egemenliğine inanır. Bu yüzden, Kant'ın hukuk devleti anlayışı her bireyin devletin bir parçası olduğu görüşü ve her bireyin, aklın keşfettiği ve kabullendiği evrensel geçerliliği olan normlara uyarak, devleti oluşturduğudur. Hukuk devleti, devletin kontrol mekanizması olarak bireylerin dışında değil bizzat (akılla) içerisindedir ve bu yüzden de Kant'ın hukuk devleti görüşü siyasî değil, normatiftir.

Hans Kelsen'e göre ise hukuk normları kendine göre saf bir bilim dalıdır ve meşruiyeti kendisinden alır. Yani, Kant'a göre meşruiyet akıl ise, Kelsen'e göre meşruiyet hukuk sisteminin ta kendisidir. Bu yüzden çoğu zaman Kant'ın hukuk devleti anlayışı Hans Kelsen'le eşleşir ve hukuk devletin mantığı norm ve hukuk sisteminin üstünlüğü olarak görünür. Oysa bunun temeli Kant'ın, bireylerde var olan aklın ortaya çıkarttığı ahlakın ve normun üstünlüğüdür. Yani Kant'a göre halkın da (hukuk) normlarını uygulaması gerekir.

Kant'ta önemsememiz gereken unsur saf akıldır. Kant'ın Saf Aklın Eleştirisi (*Kritik der reinen Vernunft*) kitabının önsözünde belirttiği gibi saf aklın içeriği ve önemi böyle dile getirmiştir:

“Çünkü akıl, saf akıl olarak gerçekten pratik olduğunda, gerek kendi gerçekliğini, gerek kavramlarının gerçekliğini yapıp etmeyle kanıtlar; onun bu gerçek olma olanağına karşı çıkan bütün uydurma akıl yürütmeler de boşunadır.”³⁹

Kant karakteristik olarak saf pratik akli irade olarak uygular. Böylece akıl ve irade kavramlarını kökten değiştirir. Akıl (veya rasyonalite), ilgi, motive edici bir güç, hatta kendi kendine yeten amaç olarak tasavvur edilir. Dahası, irade rasyonel bir güç olarak yani başlangıçta hukuk biçimi ile yapılandırılmış; hem içsel çalışması hem de dış dünyayı şekillendirmesi biçiminde evrensellik için çaba sarf ederek anlaşılır.⁴⁰ Böylece Kant'taki içkin insan

39 Kant, a.g.e., s. 3.

40 “At is characteristic of Kant that he interprets pure practical reason as will. He thereby revolutionizes the notions of both reason and the will. Reason (or rationality) is conceived as interest, a motivating power, even a self-sufficient telos. Moreover, the will is understood as a rational power, that is, as initially structured by the form of law, and striving for universality in both its inner operation and

iradesi, ahlaki, siyasî veya dini olsun ya da olmasın, normların ve değerlerin tek geçerli kaynağıdır. İradedeki pratik-rasyonel etkinlik, kendi evrensel yapısını varsayan ve onu nesnelere, değerler, niyetler üzerine yansıtan ve dış dünyanın sosyal geleneklerini de içeren, kültürel nesnelere, ahlaki bilinci ve dini kurumlarını da içerir.⁴¹

Böylelikle, Kant'ın modelinde, rasyonel akıl (1) iyiyi/menfaati meydana getirir ("kanun koyar") (2) Meydana getirdiği şeyi ortaya koyar ("hukuktan hareket eder") (3) Hayata geçirir, yani saf pratik rasyonelitenin kendi amacı olarak farkına varır. Bunun temel anlamı ise Kantçı "otonomi"dir.⁴²

Hukukun üstünlüğü ise farklıdır ve hukuk devleti mantığına nazaran daha siyasîdir. Çünkü kısacası hukukun üstünlüğü, devletin egemenliğini hukukla kısıtlamaktır. Oysa egemen anlayışı, içinde sadece siyaseti değil, kanun koyucu unsuru da barındırdığı ve daha üstün olduğu için bunun kontrol edilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak, Antik Yunan Felsefesi'nde, hukuk kavramı insanın varlığından üstün olduğu için (yani Tanrıdan, doğal hukuk) devleti bağlayan kuralların zaten Tanrısal bir niteliği var idi. Bu yüzden Antik Yunan'daki hukukun üstünlüğü modern hukukun üstünlüğüne benzememektedir. Günümüzde her birey kendi mantığına, yani özgür iradesine dayanarak adım attığı için, kontrol etmesi gereken de yine aynı bireylerdir. Buradaki problem bu meşruiyetin nasıl sağlanabileceğidir; diğer bir deyişle en büyük derecedeki kanun koyucunun kendi yükümlülüğünü nasıl sınırlandıracağıdır.

İşte egemenlik kavramı da bu yüzden ortaya çıkmıştır. Yasa yapımının işlevi egemenlik kavramında mündemiçtir (*the function of lawmaking is inherent in the concept of sovereignty*) ama bununla beraber egemen kavramının problemi kendisinin kontrol edilemez bir güç olmasıdır. Hukukun üstünlüğü, egemeni kontrol etmekle yükümlüdür ve bu vesileyle anayasayla eş olarak görünür. Anayasa, egemenin gücünün meşruiyetini oluşturur. Bununla beraber hukukun üstünlüğünü anayasayla sinonim olarak görmeye başladığımız zaman bazı karışıklıklar ortaya çıkar. Klasik anayasa kavramı bu yüzden siyasîdir, liberal ve de minimalisttir. Yani devletin kurumlarını belirler çok maddeden oluşmaz, kazuistik değildir.

the way it ought to shape the outside world. Yovel Yirmiyahu, "Kant's Practical Reason as Will: Interest, Recognition, Judgment, and Choice", *The Review of Metaphysics*, Richmond 1998, cilt: 52, sayı: 2, s. 268.

41 "The practical-rational activity consists in the will assuming its own universal structure and projecting it upon objects, values, intentions, and the very shape of the external world including social custom, cultural objects, moral awareness, political, and religious institutions.", Yirmiyahu, a.g.m., s: 268.

42 "Thus, in Kant's model, the rational will (1) constitutes the good ("legislates the law"), (2) adopts what it has constituted ("acts from the law"), and thereby (3) becomes actualized that is, realizes pure practical rationality as end-in-itself. This is the fundamental meaning of Kantian "autonomy" Yirmiyahu, a.g.m., s. 269.

Ancak 1921'den sonra Hans Kelsen tarafından oluşturulan anayasa kavramı ise, normatiftir ve bu yüzden hukukîdir. Hukuk devleti kavramı ve hukukun üstünlüğünün karışmasının sebebi Hans Kelsen'in hukuk felsefesidir. Hans Kelsen, normatif bir sistemi öne sürerek yeni bir devlet felsefesi icat etmiştir. Kant'a göre egemen akıl ise, Kelsen'e göre egemen hukuktur. Yani Hans Kelsen'in devlet felsefesi aynı anda hukuk felsefesidir, ve hukuk devletini yönetir. İşte biz bu yüzden hukukun üstünlüğü kavramını hem *Rechtstaat* kavramıyla karıştırıyoruz hem de, normatif ve siyasî olan iki kavramı birleştiriyoruz.

İlk olarak siyasî olan hukukun üstünlüğünün, nasıl kurulduğunun incelenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla önce hukukî ve normatif olan hukukun üstünlüğünün ve bununla beraber hukukî anayasaya değinilmesi gerekmektedir. Joseph Raz (pozitif hukukçu ve Hans Kelsen'den etkilenen felsefeci) ve sosyalist Ferdinand Lasalle değişen toplumlarda hukukun üstünlüğü ve bununla beraber hukukî bir anayasa yapılabilmesi için, onu kuran normların ilk önce toplumda oluşması gerektiğini savunur.⁴³ La Salle'in görüşü daha sosyolojiktir ve toplumun evrilmesi gerektiğine inanır. Joseph Raz'ın görüşü ise daha çok hukuk bilimci yani teoriktir. Ancak ikisi de normların bir şekilde halktan oluşması gerektiğine inanır yoksa öbür türlü ne hukukî anayasa ne de hukukun üstünlüğü kurulabilir. Evrilen veya gelişen hukukun üstünlüğü kuramı normatiftir yani Kelsen ve Kant'a dayalıdır.

Sonuç

Bu makalede iki ekolün yani Anglo-Sakson ve Alman felsefi ekolünün hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünün temelini oluşturduğunu gösterilmeye çalışılmıştır. İki ekol de aynı zamanda, John Locke'un ve Kant'ın önderlik ettiği liberalizm anlamının da temelini oluşturuyor. Çalışmada ortaya konulmak istenen konu aslında hukuk devleti ve hukuk devleti kavramının iki farklı egemen kavramı üzerine kurulduğu birisi mülkiyet üzerine olan diğeri de davranış üzerinde olan egemenliktir. John Locke'un önderliğiyle mülkiyet üzerinde olan egemenlik bireye verilirken; Kant'ta davranış üzerinde olan egemenlik bireysel akla verilmiştir. Yani her bireyde var olan akıl, aynı anda davranışı yönlendirmektedir. Bu iki görüşün, yani hukukun üstünlüğü ve hukuk devletinin etkilenmesinde hukukun üstünlüğü daha mekanik (işlevsel), hukuk devleti ise daha çok içsel; yani (bütün insanlarda zaten var olan) *Normberufsein* (Norm farkındalığı)'dır. Bu yüzden Hobbes, John Locke ve Bentham'ın geleneğinden gelen Dicey de hukukun üstünlüğünü siyaseti kontrol

43 Ferdinand Lassalle, *Qu'est-Ce Qu'une Constitution?* Editions Sulliver, Arles 1999.

eden bir mekanizma olarak görmektedir. Dicey, hukuki normativizmin yapısal olarak siyasi olan Anglo-Sakson yapısına entegre etmeye çalışmıştır. Bu yüzden hukukun üstünlüğü siyasal-hukuki normativist bütünlüğünün bir parçası değildir. Ayrı bir mekanizma olarak denetleyici bir fonksiyona sahiptir. Oysa Hans Kelsen'in ortaya koyduğu hukuk devleti, zaten her bireyin içinde aklı sayesinde var olan normatif yapısının çatısıdır. Başka bir deyimle Kelsen'e göre hukuk devleti bir dış kontrol sistemi değildir, hukuki (siyasi) unsurların son halidir. Çünkü Kelsen'e göre siyaset zaten normatiftir. Hukuk devleti sadece devletin denetleme mekanizması değildir.

Kaynakça

- BARBER, Nicholas W., "The Rechtsstaat and the Rule of Law", *The University of Toronto Law Journal*, Toronto, 2003, cilt: 53, Sayı: 4, ss: 443-454.
- BLAAU, Loammi C., "The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights", *S. African LJ*, 1990, Sayı: 107, ss: 76-96.
- CHROUST, Anton-Hermann. "Some German Definitions of Law and Legal Philosophy from Kant to Kelsen", *Notre Dame Law Review*, Indiana 1946, cilt: 22, Sayı: 4, ss: 365- 399.
- COSGROVE, Richard A., *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, UNC Press Books, North Carolina 2017.
- DICEY, Albert V., *The Law of the Constitution. Vol. 1*, OUP Oxford, Oxford 2013.
- DICEY, Albert V., *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, Liberty Fund, Indianapolis 2008.
- DYZENHAUS, David. "Austin, Hobbes, and Dicey". *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2011, Sayı: 24, ss: 409-430.
- DYZENHAUS, David, "Hobbes and the Legitimacy of Law", *Law and Philosophy*, 2001, cilt: 24, Sayı: 5, ss: 461-498.
- DYZENHAUS, David ve diğerleri (edit.), *Hobbes and the Law*, Dyzenhaus, D.: "Hobbes on the Authority of Law", pp. 186-209, Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- EBERLE, Edward J. "The German Idea of Freedom", *Roger Williams University School of Law,- Faculty Papers Paper 13*, 2007, http://lsr.nellco.org/rwu_fp/13
- GEBAUER, Annekatrin, "Der, Unzählbare "Leviathan Rechtsstaatlichkeit Und Natürliche Gesetze Bei Thomas Hobbes", *Archiv Für Rechts-Und Sozialphilosophie*, Stuttgart 2005, Cilt: 91, Sayı: 2, ss: 239-255.
- GEORGE, William H., "Auguste Comte: Sociology and the New Politics", *American Journal of Sociology*, 1927, Sayı: 33, ss: 371-381.
- GRAY, John ve diğerleri (edit.), *On Liberty*, Routledge, London 1991.
- HIBBITTS, Bernard J., "The Politics of Principle: Albert Venn Dicey and the Rule of Law", *Anglo-Am. L. Rev.*, 1994, Cilt: 23, ss: 1- 31.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Scientia-Verlag, London 1839.
- HOBBS, Thomas: *Leviathan (Longman Library of Primary Sources in Philosophy)*. Routledge, 2016.

- KANT, Immanuel, *Pratik Aklın Eleştirisi*, İoanna Kuçuradi ve diğerleri, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1994.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*. Routledge, 2017.
- KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law*. University of California Press, Berkeley 1967.
- KORS, Alan C., "The Paradox of John Stuart Mill", *Social Philosophy and Policy*, Cambridge 2011, Cilt: 28, Sayı: 2, ss: 1- 18.
- LASLETT, John (Ed.), "Locke: Two Treatises of Government (Cambridge Texts in the History of Political Thought)", Cambridge University Press, Cambridge 1988.
- LASSALLE, Ferdinand, *Qu'est-Ce Qu'une Constitution?* Editions Sulliver, Arles 1999.
- LEWISOHN, David, "Mill and Comte on the Methods of Social Science", *Journal of the History of Ideas*, Pennsylvania 1972, Cilt: 33, Sayı: 2, ss: 315-324.
- MACCORMICK, Neil D., "Der Rechtsstaat Und Die Rule of Law", *Juristenzeitung*, 1984, Cilt: 20, ss: 65-70.
- MACPHERSON, Crawford B., *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford University Press, Ontario 2010.
- MMILL, John S., *The Positive Philosophy of Auguste Comte*. Henry Holt and Company, New York 1873.
- MISSNER, Marshall, *Thomas Hobbes: Leviathan (Longman Library of Primary Sources in Philosophy)*, Routledge, New York 2016.
- PATAPAN, Haig, "The Author of Liberty: Dicey, Mill and the Shaping of English Constitutionalism", *Public Law Review*, 1997, Cilt: 8, Sayı: 4, ss: 256-269.
- RAEDER, Linda C., *John Stuart Mill and the Religion of Humanity*, University of Missouri Press, Colombia 2002.
- SCHARFF, Robert C., "Positivism, Philosophy of Science, and Self-Understanding in Comte and Mill", *American Philosophical Quarterly* 1989, Cilt: 26, Sayı: 4, ss: 253- 268.
- TREMBLAY, Luc B., *Rule of Law, Justice, and Interpretation*, McGill-Queen's Press-MQUP, Montreal 1997.
- WALTERS, Mark, "Legality as Reason: Dicey, Rand, and the Rule of Law" *McGill Law Journal/ Revue de Droit de McGill*, Montreal 2010, Cilt: 55, Sayı: 3, ss: 563-586.
- WHITESIDE, Kerry H., "Hobbes's Ultraminimalist Critique of Natural Right", Chicago 1988, *Polity*, Cilt: 20, Sayı: 3 ss: 457-478.
- WRIGHT, Terence R., "The Religion of Humanity: The Impact of Comtean Positivism on Victorian Britain", Paperback, New York 1986.
- YOVEL, Yirmiyahu, "Kant's Practical Reason as Will: Interest, Recognition, Judgment, and Choice", *The Review of Metaphysics*, Richmond 1998, Cilt: 52, Sayı: 2, ss: 267-294.