

¶ HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ

(PRINCIPLE OF RULE OF LAW)

Prof. Dr. Oktay Uygun * **

ÖZ

Avrupa siyasal düşüncesi 15. ve 16. yüzyıllarda mutlak, sürekli ve bölünmez nitelikte egemen bir iktidarın nasıl kurulabileceği arayışına yönelmişti. Sonraki yüzyıllarda ise bu egemen iktidarın nasıl sınırlanabileceği tartışılmaya başlandı. “Doğal haklar teorisi” ve “kuvvetler ayrılığı ilkesi” 17. ve 18. yüzyıllarda egemen iktidarın sınırlanması için önerilen en etkili iki çözüm olarak sunuldu. 19. yüzyıldan itibaren iktidarın sınırlanması tartışmalarında hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti olarak adlandırılan ilkenin öne çıktığını görüyoruz. Gerçi bu ilkenin İngiltere’deki serüveni daha eskidir: Fikir olarak 17. yüzyılda etkili olmuş, 18. yüzyılda ise İngiliz devlet sistemine tamamen yerleşmiştir. Kıta Avrupası ülkelerinde hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsenmesi 19. ve 20. yüzyıla kalacaktır. Günümüzde pek çok devletin anayasasında yer bulsa ve bir siyasal ideal olarak onaylansa da, hukukun üstünlüğü ilkesinin içeriği konusunda görüşler önemli ölçüde farklılaşmaktadır. Bu makalede hukukun üstünlüğü ilkesinin doğuşu, modern devletteki önemi, eleştirisi, anayasal bir ilke olarak Türkiye’deki gelişimi ve son yıllarda geçirmekte olduğu değişim incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *Common Law, Hukukun Üstünlüğü İlkesi, Takdir Yetkisi, Temel Hukuk İlkeleri*

ABSTRACT

European political thought in the 15th and 16th centuries sought to establish an absolute, permanent and indivisible sovereign power. In the following centuries, discussions began on how this sovereign power could be limited. Natural rights theory and the principle of separation of powers were presented as the two most effective solutions proposed for the limitation of sovereign power in the 17th and 18th centuries. Since the 19th

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 14.01.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 27.06.2022. Onaylanma Tarihi: 27.06.2022.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9027-7297.

Eserin Atf Şekli: Oktay Uygun, “Hukukun Üstünlüğü İlkesi”, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.521-558.

century, we see that the principle called the rule of law has come to the fore in the debates on the limitation of power. Though, the adventure of this principle in England is older: As an idea, it was effective in the 17th century, and in the 18th century it was completely settled in the British state system. Adoption of the rule of law principle in continental European countries will remain in the 19th and 20th centuries. Although it is included in the constitutions of many states and is approved as a political ideal, opinions differ significantly on the content of the rule of law principle. In this article, the birth of the rule of law, its importance in the modern state, its criticism, and its development in Turkey as a constitutional principle will be examined.

Keywords: *Basic Principles of Law, Common Law, Judicial Discretion, Rule of Law*

Hukukun üstünlüğü veya *hukuk devleti* ilkesinin en özlü tanımı, devletin hukukla bağlı olmasıdır: Devlet bütün eylem ve işlemlerini hukuki usullerle ve hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleştirir. Bu özeliğiyle hukukun üstünlüğü ilkesi, birbiriyle bağlantılı iki önemli sonuç doğurur. Birincisi, devletin faaliyetlerinde *keyfilik* yerine *kurallılık* hâkim olur. İkincisi, hukuk önceden belirlenen, ilan edilen ve bilinen kurallardan oluştuğu için kişiler davranışlarını bu kurallara göre ayarlayabilir; ceza ve yaptırımlardan kaçınabilir, imkân ve fırsatlardan yararlanabilir. Bu sonuçların ortaya çıktığı bir devlet düzeninde kişilerin *hukuk güvenliği* sağlanmış olur. Bu ilkenin karşılığı olarak İngilizcede *rule of law*, Fransızcada *État de droit*, Almancada *Rechtsstaat* kavramları kullanılıyor. Yakın anlamlı bu kavramları Türkçede *hukukun hükümranlığı/üstünlüğü* veya *hukuk devleti* gibi terimlerle karşılıyoruz.¹

Günümüzde hukukun üstünlüğü ilkesi üzerinde adeta *küresel bir konsensüs* oluşmuştur. Farklı siyasal rejimlere sahip devletlerin ve farklı dünya görüşlerine sahip yazarların hukuk devleti ilkesini “iyi”, “yararlı”

¹ Hukuk devleti ilkesinin kökenleri, tarihsel gelişimi ve işlevi için bkz: Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, New York, 2004; Christopher May, Adam Winchester (Ed.) *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018; Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük (Ed.) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasal Bir İdeal*, Adres Yayınları, Ankara, 2008; M. Tevfik Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2008; Mithat Sancar, *Devlet Akli Kışkacında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012; Selda Çağlar, *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, Beta, İstanbul, 2013, s.7-45; Berke Özenç, *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

hatta “vazgeçilmez” gördüklerini gözlemliyoruz. Aynı anda Fransa, İngiltere, Mısır, Çin ve Suudi Arabistan gibi birbirinden oldukça farklı rejimlere sahip devletler bu ilkeyi savunabilmektedir. Siyasal yelpazenin sağında veya solunda yer alan, liberal, muhafazakâr, sosyal demokrat, çevreci veya feminist olan kanaat önderleri bu ilkeyi ortak aklın ürünü veya sağduyunun sesi gibi karşılamaktadır. Oysa *eşitlik* ve *özgürlük* gibi çağımızda önem kazanmış diğer ilkeler bakımından aynı küresel konsensüsü görmek mümkün değildir.² Kuşkusuz, bu küresel konsensüs gerçeği tam olarak yansıtmıyor. Çünkü bir siyasal ideal olarak hukukun üstünlüğü ilkesi onaylansa da, bu ilkenin ne anlama geldiği sorulduğunda görüşler önemli ölçüde farklılaşmaktadır. Şimdi bu görüş farklılıklarını ilkenin tarihsel gelişimini dikkate alarak inceleyelim.

A- Hukukun Üstünlüğü İlkesinin Tarihsel Gelişimi

Kişisel, sınırsız ve mutlak bir iktidarın keyfiliğe yol açarak toplum düzeni için yıkıcı sonuçlar doğuracağı düşüncesinin izleri antik uygarlıklara kadar takip edilebilir. Antik Çağ’da ve Orta Çağ’da çok sayıda düşünür *keyfi* yönetimin karşısına *hukuka uygun* yönetimi koymuştur. Hukuk, keyfiliğin aksine, bir tür “ortak akıl”, “sağduyu”, “doğal düzen”, “nesnellik” veya “rasyonalite” ile özdeşleştirilmiştir.³ Örneğin, *Aristoteles*, “yasa her şeye egemen olmalı”⁴ diyerek bu esasın gözetilmediği bir demokrasinin despotizme dönüşeceğini vurgular: “Devletler, yasa uyarınca demokrasiyle yönetildikleri zaman demagoglar yoktur, en iyi yurttaşlar sağlamca baştadır; oysa yasaların egemen olmadığı yerde demagoglar baş gösterir... Demos, yasaların denetimi altında bulunmadığı için mutlak erke erişmeyi amaçlar ve bir despot gibi olur.”⁵

Bu tür görüşler hukuk devletinin bazı özelliklerini ortaya koymuş olmakla birlikte, bu ilkenin günümüzdeki anlamına yakın köklerini daha yakın bir dönemde, Modern Çağ’da Avrupa’da aramalıyız. Modern Çağ’da çeşitli düşünürlerin ve hukukçuların katkılarıyla şekillenen hukukun üstünlüğü ilkesi ilk kez 18. yüzyılda İngiltere’de hayata geçirilmiş; devletin temel bir özelliği haline gelmiştir. Kıta Avrupa’sı ülkelerinin bu ilkeyi

² Tom Ginsburg, “Difficulties with Measuring the Rule of Law”, *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s.48

³ Friedrich A. Hayek, “Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti” (Çev. S. G. Göktolga, A. R. Çoban) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, 2008, s.48-52

⁴ Aristoteles, *Politika* (Çev. M. Tunçay) Remzi Kitabevi, İstanbul, 1983, s.118

⁵ Aristoteles 1983, s.117-118

benimsemeleri çok daha geç bir tarihte gerçekleşeceği gibi, ilkenin işlevi konusunda da İngiliz anlayışı ile önemli farklılıkları vardır.

Hukukun üstünlüğü ilkesi ile Modern Çağ'da ortaya çıkan *egemenlik teorisi* arasında muazzam bir çelişki vardır: Bu ilke hukuk-devlet ilişkisinde hukukun üstün olduğunu belirtir. Devlet tüm eylem ve işlemleriyle hukuka tabidir. Oysa egemenlik teorisinde üstün olan devlettir ve hukuk devlet iktidarını sınırlayıcı bir işleve sahip değildir. Jean Bodin ve Thomas Hobbes'a göre, devleti diğer iktidar yapılarından ayıran temel unsur *egemen* bir iktidar olmasıydı. Bu düşünürler egemenliği yurttaşlar üzerindeki en yüksek, en mutlak ve en sürekli iktidar olarak tanımlarken, aynı zamanda hukukla sınırlı olmadığını da söylerler. Gelenekler, insan yapımı yasalar, kişiler veya kurumlar egemeni sınırlayamaz. Zaten Hobbes'a göre hukuku yaratan devletin iradesidir. Egemen iktidar kendi koyduğu yasalarla bağlı değildir, çünkü o, istese de kendi elini kolunu bağlayamaz.⁶ Bu görüşlerin doğal bir sonucu, hukuk-devlet ilişkisinde devlet iktidarının hukukun üzerinde konumlandırılmış olmasıdır. Bu çelişki, hukukun üstünlüğü ilkesinin kabul edildiği siyasal sistemlerde egemenliğin anlamının *mutlak* iktidardan *sınırlı* iktidara dönüşmesiyle aşılabilmektedir.

Anglo-Amerikan Hukuku

İngiliz ve sonradan Amerikan hukukunda *rule of law* kavramı daha çok yurttaşların insanlara tabi olmaması, insanlar tarafından yönetilmemesi olarak düşünülmüştür. Bu bağlamda, *hukukun hükümranlığı (rule of law) insanların hükümranlığı (rule of men)* kavramının karşıtı olarak anlaşılmıştır.⁷ İngiliz hukukçu A. V. Dicey, 19. yüzyılda bu yaklaşımın en güçlü savunucusu olarak ünlenmiştir. Dicey'e göre, hukuk iktidar üzerinde mutlak bir üstünlüğe sahiptir: "Bu anlayışta, hukuk toplumun 'yöneticisi' olarak tecessüm eder. Yönetim, vatandaştan hiç de aşağı kalmayan bir biçimde, hukuka tabi olarak görülür. Devlet ihtiyaç duyduğunda, bilinen süreçler aracılığıyla hukuku serbestçe değiştirebilir ama devletin tüm görevlilerinin ve organlarının faaliyetleri hukuka tabi olmak zorundadır..."

⁶ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s.207-225

⁷ Michel Rosenfeld, "Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti" (Çev. A. R. Çoban) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, 2008, s.217-218; Pietro Costa, "The Rule of Law: An Outline of Its Historical Foundations", *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s.147; Tamanaha 2004, s.122-126

Hukukun üstünlüğü doktrini hukukun bilinir ve öngörülebilir kurallardan oluşmasını gerektirir.”⁸

Peki, bir devlet düzeni insanların yönetimi olmadan nasıl gerçekleşecek? Bir şekilde tüm yurttaşlar milletvekili, cumhurbaşkanı, bakan gibi kamusal görevler üstlenen insanlar tarafından yönetilmiyor mu? Hukuk insanların yönetimini nasıl ortadan kaldıracaktır? Bu soruya şöyle cevap verilebilir: Eğer yöneticiler yalnızca hukuk kurallarını uyguluyor, bütün faaliyetlerinde hukukun sınırları içinde kalıyorsa, gerçekte kişilerin yöneticilere değil hukuk kurallarına tabi olduğu söylenebilir. Yöneticilerin yaptığı işin hukuk kurallarının hayata geçmesine aracılık etmek gibi *teknik* bir boyutta kaldığı ileri sürülebilir.

Bu noktada şu soru sorulmalıdır: Yöneticiler hukuk kuralları içinde hareket etse bile, hukuk kurallarını da eskiden krallar, şimdilerde parlamento çatısı altında toplanan milletvekilleri çıkartmaktadır. Bir kral veya parlamento kendi takdirine bağlı olarak istediği kanunları koyabiliyorsa, bu kanunlara uymakla yükümlü kişiler için hala *insanların yönetimi* değil, *hukukun yönetimi* ifadesini kullanabilir miyiz? Bu soruya “evet” cevabı vermek mümkün değil. Hatta bir adım daha ileri gidip şunu da söyleyebiliriz: Hukuk kurallarının devlet iradesi dışında bir kökeni olsa da, bu kurallar tek taraflı ve keyfi olarak kolayca değiştirilebiliyor, göz ardı edilebiliyor veya yöneticiler kendilerini hukukun üzerinde bir yerde konumlandırıyor, söz konusu olan hukukun hükümranlığı değil yöneticilerin hükümranlığıdır.

İşte, Anglo-Amerikan sisteminin farklılığı bu noktada ortaya çıkıyor. İngiliz hukuku, *Common Law* egemen bir iradenin (kralın veya parlamentonun iradesinin) ürünü değildir. İngiliz baş yargıç *Sir Edward Coke*'un (1552-1634) belirttiği üzere *Common Law* bir normlar, gelenekler ve içtihatlar sistemidir. Geleneğin izlenmesi ve avukat ve yargıçların güçlü hukuki muhakemeleriyle zaman içinde oluşmuştur. Kral ve parlamento dahil, devletin bütün organları bu kurallara uymakla yükümlüdür.⁹ *Common Law* daha çok yargıç yapımı hukuk gibi görülse de, aslında yargıçlar hukukun yaratıcısı değil, Blackstone'un deyişiyle, emanetçisidirler. “Yargıçlar, hukuka dair, henüz onlar karar vermezden evvel var olduğu

⁸ Roger Cotterrell, *Hukuk Sosyolojisi* (Çev. S. Üye) Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.217

⁹ Costa 2018, s.140-142; Tamanaha 2014, s.57. *Common Law*'un niteliği üzerine farklılaşan görüşlerin değerlendirmesi için bkz: Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, New York, 2006, s.11-40; Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası* (Çev. S. Üye) Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.45-86
YUHF Vol. XIX Special Issue (2022)

kabul edilen bütünsel ve içkin bilgeliğin bir kısmını ortaya çıkarırlar... Bunu yeni hukuk fikriyatının özgün yaratıcısı olarak değil, kendi bilgeliğinden daha büyük bir kolektif bilgeliğin bir temsilcisi olarak yapar. Hukuku yorumlar ve uygular ama onu yaratmaz; çünkü hukukun bireysel yaratıcıları olmaz. O, kendi tarihi olan bir topluluğun ürünüdür.”¹⁰

Anglo-Amerikan sisteminde, hukukun devlet karşısındaki özerkliği nedeniyle, hukuka tabi olmanın insanlara tabi olmamak olarak anlaşılmasının gerçeklikle örtüşen bir yanı vardır. Tarihsel süreçte hukukun devlet karşısındaki özerkliği güçlü biçimde vurgulanmıştır: Önceleri *Common Law*'un aklının Tanrı'nın aklından türediği, bu nedenle bireylerin aklını aşan bir yönü bulunduğu vurgulanırdı. O nedenle, parlamentonun çıkardığı yasaların müşterek haklara ve akla aykırı tarafı varsa, bu tür yasaların geçersiz ilan edilebileceği kabul edilirdi. Laikleşme sürecine paralel olarak, zamanla, *Common Law* akıl yoluyla ulaşılan *bir doğal hukuk* gibi görülmeye başlandı. *Common Law*'un devletten ve tüm siyasal gelişmelerden bağımsız ve değişmeden kaldığına dair fikirler o denli ileri götürüldü ki, İngiltere'nin Norman askeri istilasıyla 1066'da ele geçirildiğinde bile hukuki bir kesinti yaşanmadığı savunuldu. Çünkü askeri istilanın bir kesintiye yol açtığı kabulü, siyasal kurumlardan ve gelişmelerden etkilenmeyen efsanevi *Common Law* doktrininin üzerinde silinemez bir *egemenlik lekesi* bırakabilirdi.¹¹

İnsanların değil hukukun yönetimi formülü İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde erken tarihli mahkeme kararlarına yansımıştır. İşte iyi bilinen iki örnek. İlk örnek İngiltere'den: *Kral I. James* ile baş yargıç *Sir Edward Coke*'un karşı karşıya geldiği 1607 tarihli *Yasaklar Davası*'nda, baş yargıç, kralın verdiği bir kararı iptal ederken 13. yüzyılda yaşamış İngiliz hukukçu ve din adamı Henry Bracton'un şu sözünü kullanmıştır: *Kral hiçbir insana tabi değildir ama Tanrı'nın ve hukukun yönetimi altındadır.*¹² Burada sözü edilen hukuk, kuşkusuz ki kralın buyrukları değildir; kralın da tabi olduğu, geleneklerden hareketle üretilen mahkeme içtihatlarından oluşan *Common Law*'dır. Coke'a göre *Common Law* krallığın temel yasası ve aklın simgesidir; yalnızca yönetime ilişkin esasları değil yurttaşların hak ve özgürlüklerini de içerir. Kralın iktidarının, parlamentonun yetkilerinin ve

¹⁰ Cotterrell 2019, s.50-51

¹¹ Cotterrell 2019, s.66-67

¹² J. W. F. Allison, “Turning the Rule of Law into an English Constitutional Idea”, *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s.167; Tamanaha 2004, s.29; Selda Çağlar, *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, Beta, İstanbul, 2013, s.7-8
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

kişilerin haklarının kaynağı odur. Kral ya da parlamento onun ilkelerini değiştiremez.¹³

İkinci örnek Amerika Birleşik Devletleri'nden: ABD'de, Yüksek Mahkeme'nin anayasaya uygunluk denetiminin yolunu açan 1803 tarihli ünlü *Marbury v. Madison* kararında şöyle denilmiştir: “Birleşik Devletler yönetimi insanların değil, hukukun yönetimi olarak tanımlanmıştır. Eğer hukuk kazanılmış bir hakkın ihlaline çare bulamazsa, bu yüksek sıfatı kesinlikle hak etmeyecektir.”¹⁴ *Marbury v. Madison* kararı hukukun üstünlüğü ilkesinin yanı sıra, bu ilkeyi bir devlet sistemi içinde koruyacak prestijli bir yargısal organın varlığını da haber verir. Bu kararla Mahkeme, kendisine, anayasada yazılı olmayan yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yetkisini tanımış ve bunu yaparak yasama ve yürütme gibi bağımsız ve etkili bir devlet organı olduğunu topluma kabul ettirmiştir.¹⁵

Alman ve Fransız Hukuku

Hukuk devleti ilkesinin içeriği ve tarihsel gelişimi bakımından Almanya ile Anglo-Amerikan düşüncesi arasında önemli bir farklılık vardır. İlk belirtilmesi gereken farklılık, hukuk ve devlet arasındaki ilişkidir. Az önce değindiğimiz gibi, İngiltere’de hukuk devletten bağımsızdır; devleti sınırlayıcı ve kişilerin haklarını koruyucu bir işlev görür. Alman düşüncesi, eskiden bu anlayışa tamamen yabancıydı. Almanlar devlet ve hukuku bir madalyonun iki yüzü gibi düşünme eğilimindedir. Hukuk devletten özerk olmadığı gibi asıl işlevi de devlet iktidarını sınırlamak değildir. Hukuk, devlet iradesinin hayata geçirilmesinin aracıdır. Devlet, yetkilerini yalnızca

¹³ Jean Touchard, *Siyasal Düşünceler Tarihi* (Çev. İ. Yerguz) İslık Yayınları, İstanbul, 2015, s.341. “Sir Edward Coke’un XVII. yüzyılda Kral ve Parlamentonun mutlakiyetçiliğine karşı verdiği ikili mücadelede formüleştirdiği anlayışta, yargıçların beyan ettiği *Common Law*, ikinci derecede bir hukuk kaynağı olan kanunla (*Stautory Law*) sınırlanamaz.” Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi*, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s.37

¹⁴ “The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right.” ABD Yüksek Mahkemesi, *Marbury v. Madison*, K.T: 24.02.1803, 5 U.S. (1 Cranch) 137

¹⁵ Amerikan anayasal sisteminin temel esaslarını belirleyen bu kararın mimarı mahkeme başkanı John Marshall’dır. Marshall bu yönüyle ABD tarihinde haklı bir üne sahiptir: “Birleşik Devletler’de Federal Yüksek Mahkeme (Supreme Court), New York Broad Street’te, 1790 yılı Şubat’ı ikinci günü ilk defa toplandığında, halk yargıçların kırmızı-siyah kadife giysilerinden çok etkilenmiş ama Mahkeme’nin anayasal sistem içindeki rolü on yıl boyunca silik kalmıştı. Her şey John Marshhall’ın 1801’de Chief Justice olması ile değişecek ve Henri Steele Commager, ‘The American Mind’ adlı kitabında şunları yazacaktır: İngilizler için Kraliyet Ailesi, Almanlar için ordu, İspanyollar için Kilise ne ise, zamanla Yüksek Mahkeme de Amerikalılar için o oldu.” Çağlar 1989, s.28

hukuk kurallarıyla ve hukuki usullerle kullanabilir. Bu anlamda devlet hukuka ama hukuk da devlete bağımlıdır.

Alman siyasal kültüründe hukuk ile devlet arasındaki bu sembiyotik ilişki, hukuka devlet karşısında bir “üstünlük” vermez. Almanların 19. yüzyılda hukuk devleti olarak kullanmaya başladıkları *Rechtsstaat* kavramı da hukukun üstünlüğü veya hukukun yönetimi anlamına gelmez. “*Rechtsstaat*” *devletin hukuk yoluyla yönetimi (state rule through law)* olarak çevrilebilir. Buradaki hukuk devletten bağımsız olmadığı gibi, içeriğine ilişkin bir belirleme de söz konusu değildir. Diğer bir deyişle, devletin sert, baskıcı, ayrımcı ve özgürlük karşıtı faaliyetleri tamamıyla hukuk kuralları aracılığıyla ve hukuki usullerle yürütülüyorsa *Rechtsstaat* ilkesi gerçekleşmiştir. Buna *hukuk devleti* yerine *kanun devleti* demek daha doğrudur. Almanya’da iki dünya savaşı arasında kurulan totaliter diktatörlüğün (*Nazizm*) neden olduğu vahim olaylar bu anlayışı köklü biçimde değiştirecektir: Almanların İkinci Dünya Savaşı ertesinde yaptıkları anayasada *Rechtsstaat* ilkesi, temel hakları koruyucu ve devlet iktidarını sınırlandırıcı güçlü bir anlam kazanmıştır.¹⁶

Rosenfeld’e göre, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Almanya’da hukuk devleti ilkesinin iktidarı sınırlandırıcı bir içeriğe kavuşması hiç de şaşırtıcı değildir. Çünkü *Rechtsstaat* düşüncesinin kökü Immanuel Kant’a dayanır ve 19. yüzyılın ortalarına kadar yalnızca şekli bir ilke olarak anlaşılmıyordu; tersine, *Rechtsstaat* eskiden kanun devletini aşan ve bazı temel hakları koruyan bir anlama sahipti. Ama bu anlayış ne uzun ömürlü olabildi ne de yaygınlaşabildi. Yaklaşık yüz yıl boyunca Alman kamu hukukuna katı bir *pozitivizm* hâkim oldu. Katı pozitivizmin sorgulanması ancak Nazi vahşetinin son bulmasıyla mümkün olabildi. Bu nedenle, 1949 tarihli anayasanın ruhuna sinen doğal hukukçu bakış açısıyla, aslında, Alman Anayasası’nın *Rechtsstaat* ilkesini entelektüel köklerine geri döndürdüğü ileri sürülebilir.¹⁷

Günümüzde Almanlar *hukuk devleti* kavramını *polis devletinin* karşıtı olarak kavramsallaştırır. Polis devleti anlayışında, kamu düzenini korumak için devlet her türlü yola başvurabilir, her türlü tedbiri alabilir. Böyle bir anlayış keyfi yönetimi, sınırları belirsiz veya sınırsız bir iktidarı akla getiriyor. Oysa hukuk devleti dediğimiz zaman, devletin kamu düzenini

¹⁶ Rosenfeld 2008, s.222-234.

¹⁷ Rosenfeld 2008, s.224. *Rechtsstaat* ve *Rule of Law* kavramları arasındaki farklılığın daha derinlikli bir analizi için bkz: Tolga Şirin, “Hukukun Üstünlüğü ve Hukuk Devleti: Aralarında Fark Var mı?”, *Tuncer Karamustafaoğlu’na Armağan* (Haz. N. Çağan, İ. Tarakçıoğlu, S. Süzek vd.) Adalet Yayınevi, 2010, Ankara, s.679-696
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

sağlama görevini ancak hukukun sınırları içinde ve hukuki usullerle gerçekleştirebileceğini söylemiş oluyoruz. Hukuk kuralları genel, açık, çelişkisiz, etkili ve istikrarlı biçimde yapılıyor ve uygulanıyorsa, her yurttaş davranışını bu kurallara göre ayarlayabilir. Yurttaşlar, bu sayede, ceza almaktan, haklarını yitirmekten veya herhangi bir şekilde dezavantajlı duruma düşmekten kendini kurtarabilir. Ortaya rasyonel ve öngörülebilir bir hukuk düzeni çıkar. Üstelik, bu hukuk kuralları Anayasanın içerdiği *insan onuru* ve *eşitlik* gibi temel ilkelerin yanı sıra anayasanın değiştirilemez maddeleri arasında sayılan *temel haklara* da uygun olmak zorundadır.

Fransızların kullandığı *État de droit* kavramı Almanların *Rechtsstaat* kavramının çevirisidir. Bu kavram Almanya'ya göre çok daha geç bir tarihte Alman düşüncesinden etkilenecek ortaya çıktı. Fransızlar hukuk devleti kavramını, günümüzde, *temel hakların garantörü olarak devlet* anlamında kullanmaktadırlar.¹⁸ Fransız siyasal düşüncesinde Rousseau'nun görüşleriyle şekillenen *milli egemenlik* ve *milli irade* kavramlarının taşıdığı ağırlık nedeniyle, yakın tarihlere kadar parlamentonun temel hakları ihlal eden yasalarına karşı etkili hukuki önlemler alma imkânı yoktu. Rousseau yasayı *genel iradenin ifadesi* olarak düşünmüştür. Ona göre, yasaların müzakere ve oylama sürecinde kişilerin veya grupların çıkarlarını ifade eden özel iradeler birbirini eleyecek, geriye üzerinde uzlaşılan ve kamu yararına yönelik olan genel irade kalacaktır. İşte bu genel iradenin ürünü olan bir yasa her zaman doğru, haklı ve yanılmazdır. Böyle bir yasanın mahkemeler tarafından iptal edilmesi veya hukuk ile sınırlanması düşünülemez. Rousseau düşüncesinin etkisi altında, *État de droit* ilkesi Anayasa Konseyi'nin parlamentonun çıkardığı bir yasayı ilk kez iptal ettiği 1971 yılına kadar gerçek anlamda uygulanamamıştır. Fransa'da Rousseaucu yasa anlayışı, 2008 anayasa değişikliğiyle somut norm denetimi yolunun açılması ve Konsey'in tipik bir anayasa mahkemesine dönüştürülmesiyle aşılmıştır.¹⁹ Bir önemli farklılık da şudur: *État de droit*, Anglo-Amerikan ve Alman hukukundaki karşılıklarından farklı olarak hukuk sisteminin bir bütün olarak üstünlüğüne değil, yalnızca uygulama gücüne sahip temel haklara ilişkin kuralların üstünlüğüne dayanır.²⁰

¹⁸ Rosenfeld 2008, s.234

¹⁹ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 2016, s.215

²⁰ Rosenfeld 2008, s.235

B - Hukukun Üstünlüğü İlkesinin Şekli ve Maddi Kriterleri

Hukuk devleti ilkesine ilişkin bu farklı anlayışların günümüzde vardığı nokta ortaktır: Devletin hukukla bağlı olması. Liberal siyaset teorisi devletin hukuka tabi olmasını birey özgürlüğünün temel güvencelerinden biri olarak görür. Peki, devletin hukukla bağlı olması her koşulda keyfi ve haksız işlemleri önleyip kişilerin özgürlüğünü güvence altına almaya yeter mi? Hukuk kurallarının içeriğinden bağımsız olarak devletin yalnızca bu kurallara uygun davranması hukuk güvenliği sağlar mı? Bu soru, bizi, hukukun üstünlüğü ilkesinin *şekli* kriterlerle mi, yoksa *maddi* kriterlerle mi tanımlanacağı konusuna götürüyor.

Günümüzde hukuk devleti ilkesini hukukun içeriğinden bağımsız, tamamen şekli kriterlerle tanımlama yönünde büyük bir entelektüel çaba vardır. *Joseph Raz*'a göre, hukuk devleti ilkesinin hukukun içeriği ile bir ilgisi yoktur. İnsan hakları ihlallerine, ırkçı bir ayrımcılığa, cinsel eşitsizliğe, dini baskıya veya ekonomik adaletsizliğe yol açan bir hukuk düzeni de hukuk devleti ilkesinin gereklerini yerine getirmiş kabul edilebilir. Yeter ki devlet önceden belirlenmiş ve ilan edilmiş kanunlara göre hareket ediyor olsun. Bu ilke hukukun içeriğinin iyi olmasını garanti etmez. Öyle olsaydı “hukuk devleti” veya “hukukun üstünlüğü” değil “iyi hukuk devleti” veya “iyi hukukun üstünlüğü” kavramları kullanılırdı. Böyle bir durumda, neyin iyi olduğu konusunda bir uzlaşma sağlanamayacağı için ilke uygulanabilir olmaktan çıkardı.²¹

Raz, hukukun üstünlüğü ilkesine yüklediği anlamın tepki çekeceğinin farkındadır: “Günümüzde ‘hukuk devleti’ kavramına gösterilen teveccüh dikkate alındığında, burada savunulan görüşlerin tepki çekmesi beni şaşırtmayacaktır. Ancak gelmiş olduğumuz seviyede, hiç kimse hakikatin tekeline sahip olduğunu iddia edemez ve başkalarını hukuk devleti kavramını çarpıtmakla suçlayamaz.”²² “Kuşkusuz, hukuk devletine uyumluluk hukukun kötü amaçlara hizmet etmesine de neden olabilir...Nasıl keskin bir bıçağın kötü amaçlar için kullanılması, keskinliğin bıçak için kötü olduğu anlamına gelmiyorsa hukuk devletine uygunluk bazen kötü sonuçlar doğurdu diye kötü olduğu anlamına gelmez...Hukuk, diğer pek çok araçtan farklı olarak, insanların elinde çok

²¹ Joseph Raz, “Hukuk Devleti ve Erdemi” (Çev. B. Canatan) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, 2008, s.150

²² Raz 2008, s.150

farklı amaçlar için kullanılabilir bir araçtır...Hukuk, bütün araçlar gibi, ahlaki açıdan nötr bir araçtır; iyi ya da kötü amaçla kullanılabilir.”²³

Hukuk devleti ilkesini gerçekleştiren şekli kriterlerin ne olduğu konusunda yazarların görüşleri birbirine yakındır.²⁴ Örneğin, Lon L. Fuller yasaların şu sekiz özelliği taşıması durumunda hukuk devleti ilkesinin gerçekleşeceğini savunur:²⁵

1) *Genellik*: Yasalar olaya göre değişen gelip geçici kurallar değil, benzer tüm olaylara uygulanacak genel standartları içermelidir.²⁶

2) *İlan*: Yasalar herkesin öğrenebilmesi ve davranışlarını ona göre ayarlayabilmesi için önceden ilan edilmelidir.²⁷

3) *Geriye Yürümezlik*: Yasalar gelecekteki insan davranışlarını yönlendirmeyi amaçlamalıdır. Yasaların geçmiş olaylara uygulanması hem kişilerin onlara uygun davranmasını olanaksız kılar hem de kazanılmış hakları zedeler.

4) *Açıklık*: Yasaların dili herkes tarafından anlaşılacak derecede açık ve belirli olmalıdır. Aksi halde kişiler davranışlarını yasalara göre ayarlayamazlar.

5) *Çelişmezlik*: Yasalar birbiriyle uyumlu olmalıdır. Birbiriyle çelişen hükümler içeren yasalara uygun davranmak mümkün olmaz.

6) *İmkansızın İstenmemesi*: Yasalar yerine getirilmesi imkânsız hükümler içermemelidir.

7) *Süreklilik*: Yasalar ancak uzun süreli bir uygulama söz konusu olursa amaçlarına ulaşabilir. Bu nedenle sık sık değiştirilmemeli, istikrarlı bir şekilde uygulanmalıdır.

²³ Raz 2008, s.163

²⁴ Raz, Fuller ve Finnis'in şekli kriterlerinin karşılaştırması için bkz: Jorgen Moller, "The Advantages of a Thin View", *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s.27-32. Ayrıca bkz: Raz 2018, s.153-156

²⁵ Lon L. Fuller, *Hukukun Ahlakı* (Çev. E. Arıkan) Tekin Yayınevi, İstanbul, 2016, s.62-112. Ayrıca bkz: Andrei Marmor, "Hukuk Devleti ve Sınırları", (Çev. S. G. Göktolga) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, 2008, s.173-175; Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.16-32

²⁶ "Genellik hukukun tarafsız hareket etmesi, kuralların herkese uygulanması ve özel durumlara yönelik olmaması manasında anlaşılmalıdır." Fuller 2016, s.62

²⁷ Kanunların ilan edilmesi bir başka açıdan da önemlidir: "Eğer kanunlar rahatça erişilebilir değilse, bunların onları uygulamakla ve icra etmekle görevli olanlar tarafından yok sayılmasına dair hiçbir kontrol mekanizması olamayacağı da açıktır." Fuller 2016, s.67

8) *Tutarlı Uygulama*: Yasaların yanlış yorum, ihmal, kasıt veya önyargı gibi nedenlerle olaydan olaya farklı uygulanması veya hiç uygulanmamasının önüne geçilmesi gerekir.

Bu tür şekli kriterler hukuk devleti ilkesinin yöneldiği amacı yani kişilerin hukuk güvenliğinin sağlanmasını gerçekleştirebilir mi? Burada, Fuller'ın bakış açısının hukuk devletini şekli kriterler üzerinden tanımlayan diğer yazarlardan farklılaştığına dikkat etmek gerekir: Fuller'e göre, hukukun bizzat varoluşu belli ahlaki unsurları içermesine bağlıdır. Ancak bu ahlaki unsurlar kuralların maddi içerikleriyle değil; hukukun yaratılma, ifade edilme, yorumlanma ve uygulanma biçimleriyle yani *prosedürel* yönleriyle ilgilidir. Bu bağlamda, geçerli bir vasiyet için iki tanığın katılımının zorunlu olması veya motorlu taşıtları yolun solundan sürme kuralı gibi tamamen teknik olduğu düşünülen kurallar bile ahlaki bir boyuta sahiptir. Bir hukuk kuralının yurttaşlardan sadakat talep etme kapasitesi, böyle bir ahlaki boyuta sahip olmasıyla mümkündür.²⁸

Yasalar, burada sözü edilen şekli kriterlere uygun olarak çıkartıldığında, içerikleri ne yönde olursa olsun, gerçekten kişileri keyfi işlemler karşı koruyabilir, haksızlığa uğramasını önleyebilir ve özgürlüklerini güvence altına alabilir mi? Hukuk devleti ilkesini tümüyle şekli kriterler ile tanımlayan yazarların bir kısmı bu soruya olumlu yanıt vermekte, bir kısmı ise bu şekli kriterlerin *kuvvetler ayrılığı* ve *yargı bağımsızlığı* gibi kurumsal güvencelerle desteklenmesi gerektiğini belirtmektedir. Diğer bir kısım yazarlar ise şekli kriterler ve kurumsal güvencelerin yanı sıra, hukuk devleti ilkesinin hukukun içeriğine ilişkin bazı kriterlere de sahip olması gerektiği görüşündedirler. İçeriğe ilişkin belirlemenin kapsamı tartışmalı olsa da, şekli ve maddi kriterlerin bir arada olması gerektiğini düşünen çoğu yazar hukuk devleti ilkesinin yargısız infazlar, işkence, zorla din değiştirme ve benzeri eylemleri yasaklayacak bazı *çekirdek hakları* barındırması gerektiğini savunur.

Hukuk devleti ilkesini hukukun içeriğinden bağımsız, tamamen şekli kriterlerle tanımlama yönündeki çabalar, bu ilkenin tarihsel süreci dikkate alındığında baskın veya süreklilik arz eden görüşler olarak nitelendirilemez. Raz'ın iddiasının aksine,²⁹ bu ilkenin geçen yüzyıllardaki ünlü savunucuları tümüyle şekli kriteri savunmamışlardır. Hukukun üstünlüğü kavramını modern çağda ilk kez kullanan İngiliz A. V. Dicey (1835-1922) ve sonrasında Avusturyalı ünlü siyaset bilimci ve ekonomist Friedrich A.

²⁸ Cotterrell 2019, s.197-199

²⁹ Raz 2008, s.150-151

Hayek'te (1899-1992) bile bu ilke kişisel ve siyasal haklarla iç içe geçmiştir. İlkenin amaçlarından biri bu hak ve özgürlükleri güvence altına almak olarak düşünülmüştür. Oysa bu iki düşünürün söz konusu ilkeyi yalnızca şekli kriterler üzerinden tanımladığı konusunda yanlış bir inanç vardır. *Duguít, Hauriou* ve *Carre de Malberg* gibi ünlü Fransız siyaset bilimci ve hukukçular da ilkeyi haklarla birlikte ele almışlardır.³⁰ Anayasa hukukçusu Bakır Çağlar'ın deyişiyle, “hukuk devleti başından beri fert hakları ekseninde kurulmuş ve çok daha yakınlarda bir anayasa hukuku kavramı haline gelmiştir.³¹ İkinci Dünya Savaşı'nın ardından *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*'nin ilan edilmesiyle, hukuk devleti ilkesinin şekli kriterlerin yanı sıra bazı temel hak ve özgürlükler ile temel hukuk ilkelerini de içerdiği yönündeki görüş güçlenmiştir.

Maddi Hukuk Devleti Anlayışının Güçlenmesi

20. yüzyılda kurulan otoriter ve totaliter rejimlerin uygulamaları, hukuk devleti ilkesinin yalnızca şekli kriterler ile tanımlanmasının devleti hukukla bağlı kılmak ve yurttaşlara hukuk güvenliği sağlamak bakımından yetersiz kaldığını açıkça göstermiştir. Çünkü genellik, açıklık, geriye yürümezlik, çelişmezlik gibi şekli şartları yerine getiren yasaların içeriği keyfi, ayrımcı ve baskıcı olabilmektedir. Dolayısıyla, devletin bütün faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasını güvence olarak görebilmek için hukukun içeriğinin de iyi olması; yurttaşların hak ve özgürlüklerini ihlal etmeyecek niteliğe sahip olması gerekir. Böylece, hukuk devleti ilkesi sadece *şekli* olarak değil içeriği yönünden yani *maddi* açıdan da temellendirilmiş olacaktır.³²

Günümüzde, çoğulcu-özgürlükçü demokrasilerde, yüksek mahkemelerin hukuk devleti ilkesinin şekli kriterler yanında bazı maddi kriterlere de sahip olduğu görüşünü kararlarına yansıtıklarına sıklıkla tanık oluruz. Hukukun üstünlüğü ilkesini benimseyen bir devletin yurttaşlarına işkence yapamayacağını, vücut bütünlüğüne dokunamayacağını veya kimseyi inancını değiştirmeye zorlayamayacağını kabul ederiz. Hukuk devletini tamamen şekli kriterler üzerinden tanımladığımızda bu tür içeriğe sahip kanunlar çıkabilir ve böyle bir devlet hala hukukun üstünlüğü ilkesini benimsediğini ileri sürebilir. Nazi Almanya'sı (1933-1945) tipik örnektir. Nazilerin gerçekleştirdiği katliamlar ve vahşet *keyfi* işlemler değildi. “Keyfi

³⁰ Adriaan Bedner, “The promise of a Thick View”, *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s.43-45.

³¹ Çağlar 1989, s.166

³² Şekli ve maddi hukuk devleti anlayışının karşılaştırması için bkz: Bedner 2018, s.34-47; Tamanaha 2004, s.91-113; Çağlar 2013, s.12-45

işlem” kavramını kamu görevlilerinin hukuk kurallarına aykırı biçimde gerçekleştirdiği işlemler ile özdeşleştiririz. Oysa Nazi Almanya’sındaki vahşet tamamen mevzuata uygun olarak gerçekleşti. Çünkü Naziler hukuk kurallarını kendi amaçlarına uygun olacak biçimde değiştirdiler. Milyonlarca Yahudi’nin, Çingene’nin, Slav kökenli insanın, bedensel veya zihinsel engellinin gaz odalarında katledilmesini, işkence ve kötü muameleye maruz bırakılmasını, yurttaşlıktan çıkartılmasını ve mallarına el konulmasını emreden yasalar çıkardılar.³³

Nazi diktatörlüğü yıkıldıktan sonra, Almanya 1949 Anayasasıyla demokrasiyi yeniden tesis ettiğinde, temel hak ve özgürlükler anayasanın değiştirilemez hükümleri arasında sayıldı. Anayasa metninde “insan onuru”, “eşitlik” ve “özgürlük” gibi genel ilkelere yer verilerek Anayasa Mahkemesi’ne parlamentodan çıkan kanunların içeriğini denetleme yetkisi tanındı. Artık hukuk devleti ilkesi, şekli kriterlerin ötesinde kişilerin onurunu, hak ve özgürlüklerini koruyan bir içeriğe kavuştu. Bütün şekli kriterler yerine getirilse bile, devletin “masumiyet karinesi” veya “işkence yasağı” gibi temel ilkelere aykırı yasama faaliyetinde bulunamayacağı güvence altına alındı. Hukukun yalnızca parlamentodan çıkan kanunlar olmadığı, az önce belirtilen türden evrensel ilke ve kuralları da içerdiği kabul edildi.

“Alman Anayasası’nın öngördüğü hukuk devleti açıkça maddi anlamda bir hukuk devletidir. Anayasanın değiştirilemez temel hükümlerinden birisi olan 20. maddenin 3. fıkrası yasama organını anayasal düzen ile bağlarken, yürütme ve yargı organlarını hem hukuk hem de adalet ile bağlamaktadır. İnsan haklarına derinden bağlılığı sadece Anayasa içermez, aynı zamanda insan haklarına bağlılığın hukuk devleti kavramında mündemiç olduğu kabul edilir. Wilhelm ve Weimar dönemlerinde hâkim olan pozitivist hukuk devletinin yerine maddi hukuk devleti anlayışının benimsenmesi Alman hukuk geleneğinde bir dönüşüme işaret eder.”³⁴

C - Temel Hukuk İlkeleri

Günümüzde, hukukun yalnızca devletin yetkili organının çıkardığı kurallardan ibaret olmadığı, bunların yanı sıra yasakoyucu tarafından belirlenmeyen üstün ve evrensel hukuk ilkelerinin de hukukun temel bileşeni olduğu görüşü yaygınlık kazanmıştır. Uluslararası sözleşmeler ve

³³ Bkz: Oktay Uygun, *Hukuk Teorileri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s.87-93

³⁴ Gerald L. Neuman, “Amerika’da Anayasal Bir Kavram Olarak *Rule of Law* ve Alman Anayasası’nın *Rechtsstaat* İlkesi”, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, 2008, s.560
YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)

anayasalar bu tür ilkelere giderek daha fazla yer vermeye başlamıştır. Temel hukuk ilkelerinin kaynağı eskiden dini hukuk, doğal hukuk veya gelenek olarak gösterilirdi. Günümüzde ise bu ilkelerin hukuki akıl yürütmeyle ortaya çıkarıldığı görüşü yaygınlık kazanmıştır. Söz konusu temel ilkeler hem şekli hem de maddi hukuk devleti anlayışını destekler niteliktedir. Çünkü bu ilkeler bir yandan hukuk sistemine içsel bütünlük ve tutarlılık kazandırırken, diğer yandan hukukun ortak yarara yönelik, iyiden, doğrudan ve haklıdan yana bir özü olduğunu ifade eder. Bu yönüyle, hukukun temel ilkeleri, hukuk sistemine eklenecek her yeni kural için ölçü norm işlevi görür: Hukukun içsel bütünlüğüne, tutarlılığına ve amacına (ortak yarar) aykırı düşen kural hukuk siteminin bir parçası olamaz.³⁵

Hukukun yasakoyucunun iradesinden kaynaklanmayan bazı temel ilkeler içerdiği görüşü, ilk bakışta, egemenlik teorisiyle bağdaşmaz görünebilir: Devlet iktidarı egemen ise hukuku da tümüyle belirleme gücü olmalıdır diye düşünülebilir. Ancak böylesine mutlak ve sınırsız bir iktidarı egemenlik teorisinin kurucuları bile savunmamıştır. Çünkü mutlak ve sınırsız egemenlik anlayışını, demokratik olsun veya olmasın “hukuk düzeni” ile bağdaştırmak kolay değildir. İnsanlar üzerinde hukuki bir otorite sahibi olduğunu iddia eden herhangi bir yönetici, aynı zamanda, yönetimini meşrulaştıracak ve iktidarının kaynağına esas oluşturacak bazı hukuki dayanakları olduğunu kabul ediyor demektir. Yöneticinin bu hukuki dayanaklara aykırı davranmaması işin doğası gereğidir. İktidarının varlık nedenini oluşturan bu hukuki esaslar, otoriteye sahip olmanın önkoşuludur. Bu nedenle, hukuki bir otoritenin sınırsız ve mutlak nitelikte olması kendi içinde çelişen bir önermedir. Ancak keyfi bir otorite sınırsız ve mutlak olduğunu ileri sürebilir.³⁶

Hukuk devleti ilkesini tümüyle şekli kriterler üzerinden tanımlayan veya hukuku yalnızca yasakoyucunun iradesinin ürünü olarak gören yazarlar, görüşlerini temellendirmek için sıklıkla egemenlik teorisinin kurucu isimlerine atıf yaparlar. *Jean Bodin* ve *Thomas Hobbes* gibi egemenlik teorisinin önemli isimlerine yapılan referanslar gerçeği tam olarak yansıtmaktan uzaktır. Mutlak iktidar anlayışının savunucuları olan bu iki düşünürde egemenlik bazı sınırlara sahiptir. Hobbes’a göre, egemen iktidar yurttaşların güvenliğini sağlamak zorundadır. Bu görevi yerine getirmediğinde, yurttaşların itaat borcu sona erer. Bodin’e göre, tanrısal ve

³⁵ Tamanaha 2006, s.215-226

³⁶ Kenneth William Bruce Middleton, “Sovereignty in Theory and Practice”, *In Defense of Sovereignty* (Ed. W. J. Stankiewicz) Oxford University Press, New York, 1969, s.146

doğal yasalara karşı çıkmak egemen iktidarın yetkisi içinde değildir. Keyfi vergi toplanması, özel mülkiyetin kaldırılması doğal yasalara aykırıdır. Ayrıca, egemenin iktidarı elde ediş biçimi (tahta geçişte ardıllık ilkesi) ve kamusal toprakların başkalarına devredilememesi gibi kurallar da egemen iktidarı sınırlar. J. J. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*'nde mutlak, bölünmez, devredilmez, temsil edilmez ve yanılmaz niteliklere sahip genel iradenin ortaya çıkabilmesi için pek çok ön koşul sıralar. Geçmişte kralların kutsallığını ilân eden, onları dokunulmaz varlıklar olarak nitelendiren düşünürler, Hobbes'tan daha ileri giderek, yurttaşların her koşulda istisnasız itaatlerini öngörmüş olsalar bile, kralların tanrısız yasalarla bağlı olduğunu söylemekten geri kalmamışlardır. Bütün bu görüşler dikkate alındığında, en mutlak haliyle anlaşıldığı dönemlerde bile egemenlik teorisinin devlet iktidarına bazı sınırlar çizdiği görülüyor.

Günümüzde, bazı anayasalarda devlet iktidarı hala “egemenlik” kavramıyla dile getirilmektedir. Ancak bundan mutlak ve sınırsız bir iktidar anlamı çıkartılmamalıdır. Kuşkusuz, devlet iktidarı diğer tüm iktidar odaklarından üstündür ama mutlak ve sınırsız bir güç değildir; tersine, içte yurttaşlarla ve dışta diğer devletlerle olan ilişkisinde bazı sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamaların bir kısmı hukukun temel ilkeleri olarak formüle edilmektedir.

İlk bakışta, hukukun üstünlüğü ilkesini *maddi* açıdan temellendiren bu gelişmelerden İngiltere'nin uzak kaldığı düşünülebilir. İngiltere'de söz konusu ilkenin fikri temellerinin atıldığı 17. yüzyılda ve uygulamaya geçirildiği 18. yüzyılda, temel, evrensel veya üstün hukuk ilkeleri üzerinden yapılan teorik tartışmalara rastlamak zordur. Zaten İngilizlerin bu tür soyut ilkeleri yazabilecekleri yazılı bir anayasası da olmamıştır. Ama bu düşünce yanlıştır: Hukukun üstünlüğü ilkesi, bu ülkede hem maddi hem de şekli anlamda yerleşmiştir. Çünkü yukarıda değindiğimiz gibi, *Common Law* kralların buyrukları veya parlamentonun çıkardığı kanunlardan değil, mahkeme içtihatlarından oluşur ve bu içtihatların temel hedefi yurttaşların özgürlüklerini güvence altına almaktır. Dicey'nin belirttiği gibi, İngiliz hukukunda temel kurallar, bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak için mahkemelerde yaptıkları mücadelelerin bir sonucu olarak tedricen ortaya çıkmıştır.³⁷ Kıta Avrupa'sından farklı olarak evrensel ilkeler şeklinde formüle edilmese de, İngiliz hukuku yasama organı karşısında güçlü bir

³⁷ Albert V. Dicey, “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Ed. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, 2008, s.32-33

özerklik kazanmış, keyfi yönetimi engellemiş ve kişilerin yararlanabileceği gerçek özgürlükleri güvence altına almıştır.³⁸

Batı kültür çevresinde hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkesinin kabulünü kolaylaştıran önemli bir etken *liberal siyaset teorisidir*. Bodin ve Hobbes'un mutlak iktidar anlayışının hemen ardından Avrupa'da liberal devlet anlayışı baskın görüş haline gelmiştir. Liberalizmin en güçlü savunucularından John Locke'a göre, devletin başlıca yetkisi adaleti ve güvenliği sağlamaktır. Bunun ötesine geçip, ekonomiye karışamaz, özgürlükleri kısıtlayamaz, sosyal ilişkileri, kültürel, dinsel alanı düzenleyemez. Devlet, içeriği doğal haklarla belirlenen kişiye ait özel alana giremez. Bu özel alan içinde her birey özgürce hareket edebilir. Modern demokrasiler, liberalizmin siyasal iktidarı sınırlamak için ortaya koyduğu bu temel felsefeyi ve bu felsefeyi hayata geçirecek birçok ilke ve kurumu benimsemiştir. Hukuk devleti ilkesi bunlardan biridir. Anayasanın üstünlüğü, kuvvetler ayrılığı, dokunulmaz haklar, yargının bağımsızlığı, idarenin yasallığı gibi ilke ve esaslar da aynı amaca hizmet eder; devlet iktidarının sınırlı olduğu ve bazı üstün hukuk ilkelerine bağlı olduğu anlayışını pekiştirir.

Hukuk Kuralları – Hukuk İlkeleri Ayrımı

Üstün ve evrensel bazı temel hukuk ilkelerinin bulunduğu fikri, çağımızda Ronald Dworkin'in görüşleriyle yeniden hukuk teorisinde etkili hale gelmiştir. Dworkin, hukuk sisteminin kurallar ve ilkelere dayanarak oluştuğunu açıklamak için New York İstinaf Mahkemesi'nin 1889 tarihli *Riggs v. Palmer* kararını örnek gösterir. Bu davada, mirasına konabilmek için büyükbabasını öldüren gencin onun mirasçısı olup olamayacağı tartışılır: Yaşlı bir adam, geçerli bir vasiyetname düzenleyerek, malvarlığını torununa bırakır. Yaşlı adam, bir süre sonra bir kadınla tanışır ve evlenir. Kendisine miras bırakılan torun, büyükbabasının vasiyeti değiştirmesinden ve bütün malvarlığını karısına bırakmasından korkmaktadır. Bu olasılığı ortadan kaldırmak üzere, vasiyeti değiştirmeden dedesini öldürmeyi planlar ve planını gerçekleştirir. Acemice işlenen cinayet polis tarafından aydınlatılır ve torun uzun süreli hapis cezası alır. Hapishanede cezasını çekmekte olan

³⁸ Keyfi iktidarın aksine, hukuk devleti “hukukun mutlak hakimiyeti veya üstünlüğü anlamına gelmekte ve devlet organlarının yetkilerinde keyfiliği, ayrıcalığı ve hatta geniş takdir yetkisini bile dışlamaktadır. İngilizler yalnızca ve yalnızca hukuka göre yönetilir.” Dicey 2008, s.36

genç, avukatı aracılığıyla vasiyetin yerine getirilmesini ve mirasın kendisine verilmesini talep eder.³⁹

O tarihte New York'ta yürürlükte olan medeni kanuna göre, vasiyet hala geçerlidir; torunun mirasçı olmasını engelleyen herhangi bir yasal düzenleme yoktur. İlk derece mahkemesi mirasın toruna verilmesi talebini kabul eder. İtiraz üzerine davaya bakan istinaf mahkemesi yargıçları karar aşamasında iki gruba bölünür: İki üye torunun mirası alması gerektiğini, beş üye ise mirasçı olamayacağını düşünmektedir. Yargıçların görüşlerindeki farklılığın nedeni vasiyetnameye ilişkin hükümlerin belirsiz veya muğlak olması değildi. En azından ilk bakışta, hükümlerin son derece açık olduğu görülebiliyordu; torunun mirasçılığını engelleyen hiçbir hüküm yoktu. Görüş farklılığının nedeni, bazı yargıçların sonuçları ne olursa olsun yürürlükteki hukuk kurallarına uymak istemeleri fakat diğer bazılarının ilgili hükümleri adalet adına düzeltmek istemeleri de değildi. Tartışma, kararın gerekçesinde belirtildiği üzere, hukukun ne olduğu; vasiyetnameye ilişkin hükümlerin gerçekte ne söylediği hakkındaydı.⁴⁰

Palmer davasında çoğunluk görüşüne göre, yasakoyucu ilgili hükmü koyarken katillerin mirasçı olup olmadığı konusunu düşünmemiştir. Yasakoyucunun, çıkardığı yasanın olası bütün sonuçlarını düşünmesi de beklenemez. Ama bu durum, yasanın başlangıçta akla gelmeyen olasılıkları kapsam dışı bıraktığı anlamına gelmez. Yasa, meclis üyeleri üzerinde düşünüp taşınmış olsalardı reddedecekleri bir anlama sahip olamaz. Bir başka deyişle, meclis üyeleri, mirasa sahip olmak için miras bırakanı öldüren kişinin mirasçı olma ihtimalini düşünebilseydi, bunu yasaklayan bir hüküm koyardı. Bu nedenle, yasa metninde aksi açıkça belirtilmedikçe, yasakoyucunun niyetinin adalet anlayışımızı biçimlendiren hukukun genel ilkelerine uygun olduğunu varsaymak gerekir. *Kimsenin yaptığı kötülükten yarar sağlamaması* bir genel hukuk ilkesidir. Farklı alanlara ilişkin pek çok hukuk kuralı bu ilke gözetilerek oluşturulmuştur. Hukuk sistemine eklenen her yeni kuralın, aksi açıkça belirtilmedikçe, hukukun geri kalanı ile uyumlu ve tutarlı olması beklenir. Nitekim, vasiyete veya genel olarak medeni haklara ilişkin bütün düzenlemelerde kimsenin yaptığı kötülükten veya kendi kusurundan yarar sağlayamayacağı ilkesine riayet edilmiştir. O nedenle, New York mevzuatında vasiyetnamelerin geçerliliğine ilişkin

³⁹ Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümlerliliği* (Çev. E. Uzun) Nora Kitap, İstanbul, 2018, s.37-42; Raymond Wacks, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş* (Çev. E. Arıkan) Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, s.41-48; Michel Troper, *Hukuk Felsefesi* (Çev. I. Ergüden) Dost Kitabevi, Ankara, 2011, s.76-79

⁴⁰ Dworkin 2018, s.38

hükümleri de miras bırakanı öldüren kişinin bu kötülüğünden yararlanamayacağı şeklinde yorumlamak gerekir. Bu gerekçelerle torunun mirasçılık talebi reddedilir.⁴¹

Dworkin'e göre, bu davada torunun mirasçılık talebinin reddedilmesine yol açan genel hukuk ilkesi, yargıcın takdir yetkisi (*judicial discretion*) kullanarak yoktan var ettiği bir ilke değildir. "Terekeye ilişkin olağan kuralı bertaraf eden bu uygulama yargısal takdir yetkisi kullanımı değil, kuralın yönlendirici ilke ışığında yorumlanmasıdır. Buradaki ilke hukukidir, çünkü mahkemenin sırf takdire bağlı icadı olarak yoktan var edilmemiştir; o önceki davalarda farklı hukuk kurallarıyla ve farklı koşullarla ilgili olarak geliştirilmiş, uygulanmış ve yorumlanmış olan yani kendi hukuki tarihine sahip olan bir ilkedir."⁴²

Dworkin'in hukukun bir parçası olarak gördüğü *hukuk ilkeleri* ile *hukuk kuralları* arasındaki farklar şöyle özetlenebilir:⁴³ 1) Kurallar yasakoyucunun iradesinin ürünü iken, ilkeleri yasakoyucu koymamıştır; onlar akıl yürütmeye keşfedilirler. 2) Kurallar *ya hep ya hiç* tarzında uygulanır ve bir hukuki sonuç doğurur. İlkeler her zaman bir hukuki sonuç doğurmayabilir; sadece, davanın şu ya da bu şekilde çözümüne katkı sağlar. 3) Yürürlükteki hukuk kurallarını yorumlamak, çoğu kez, hukuk ilkelerine başvurmayı gerektirir. Hukuk ilkeleri de, çoğu durumda, ahlaki bir muhakeme ile bulunur. Böylece, hukuk ile ahlak arasında güçlü bir bağ oluşur.⁴⁴

Dworkin'in, hukukun hem kurallardan hem de ilkelerden oluştuğu görüşü doğal hukuk teorisi ile pozitivist teori arasındaki uçurumu büyük ölçüde kapatır. Düşünürün ahlaki nitelikteki akıl yürütmeye keşfedileceğini söylediği hukuk ilkeleri, yüzyıllardır dile getirilen doğal hukuk ilkeleriyle örtüşür. Gerçi, Dworkin bu ilkelerin hukukun temeli olduğunu ve bunlara aykırılığın ilgili kuralı geçersiz hale getireceğini söylemez. Ancak, bu ilkeler hukukun yorumlanmasında tartışmasız bir öneme sahiptir. Yirminci yüzyılın bir özelliği de, bu tür hukuk ilkelerinin yoğun biçimde uluslararası sözleşmelere, anayasalara ve yasalara girmiş olmasıdır.⁴⁵

⁴¹ Dworkin 2018, s.41-42

⁴² Cotterrell 2019, s.255

⁴³ Marmor 2011, 84-88

⁴⁴ Jules L. Coleman – Brian Leiter, "Legal Positivism", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Ed. D. Patterson) Blackwell Publishing, 2010, s.229

⁴⁵ Dworkin'in "kural-ilke" ayrımı üzerinden Hart'a yönelttiği eleştirilere karşı, Hart'ı savunan Joseph Raz, David Lyons ve Philip Soper'in görüşleri için bkz: Anthony J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press, 1998, s.274-277

D – Hukukun Üstünlüğü İlkesinin Eleştirisi

Çağımızda hukukun üstünlüğü ilkesi üzerinde adeta küresel bir konsensüs oluşmuş olsa da, bu ilkeye yönelik ciddi eleştirilerin bulunduğu gerçektir. En radikal eleştiri Marksistler tarafından yapılmış ve bu ilke *hukuk fetişizmi* olarak nitelendirilmiştir. Aşağıda öncelikle Marksist eleştiri ele alınacak, ardından Max Weber’in hukukun üstünlüğü ilkesinin kökenine ilişkin açıklamaları ile Leon Duguit’in hukuku yasakoyucunun iradesinden bağımsızlaştıran “nesnel hukuk” anlayışı üzerinde durulacaktır.

1 – Marksist Eleştiri

Marksist siyasal ideoloji bakımından hukukun üstün olması bizatihi anlamlı veya değerli bir durum değildir. Bu ilke, ilk bakışta, siyasal iktidarın önceden konulmuş kurallarla sınırlanmasına hizmet ettiğinden önemli görülebilir. Ancak durum bu kadar basit değildir: Hukuk kuralları eşitlikçi ve özgürlükçü bir içeriğe sahip olduğunda, bu ilkenin çok yararlı sonuçlar doğuracağı kuşkusuzdur. Oysa sınıflı toplumlarda yasalar herkesin eşitliği ve özgürlüğünü değil, egemen sınıfların çıkarlarını güvence altına alır. Böyle olunca, hukukun üstünlüğü ilkesi, esasında, sömürüyü güvence altına alan hukuk sisteminin meşrulaştırılmasına hizmet eder. Marksist teori ise, mevcut hukuk sistemini ve iktidar ilişkilerini meşrulaştırmayı değil, ona meydan okumayı amaçlar.⁴⁶

Marksistler hukukun egemen sınıfın çıkarlarını koruyan karakterini *altyapı-üstyapı* kavramlarıyla ortaya koyarlar. Bir toplumdaki ekonomik ilişkiler altyapıyı oluşturur. Toplumun diğer bütün veçheleri (siyasi, kültürel, dini, sanatsal, hukuki vb. yapılar) üstyapıdır. Bütün üstyapı kurumları altyapıya göre şekillenir. Hukuk bir üstyapı kurumudur ve altyapı tarafından belirlenir. Kapitalist bir toplumun hukuku, kapitalist üretim ilişkilerini ve egemen sınıfın ezilenler üzerindeki tahakkümünü pekiştirmekten öte bir işleve sahip değildir. Oysa mevcut hukuk teorileri, büyük ölçüde, hukuku toplumsal düzenin, hatta uygarlığın temel bir bileşeni olarak kabul etmekte, onu dayandığı maddi ilişkilerden soyutlayarak özerk kılmayı amaçlamaktadır. Böyle bir çaba, kapitalist bir sistemde gerekli olsa da, esasında bir hukuk fetişizmidir.⁴⁷

Marksist bakış açısından, hukuku belirleyen ekonomik ilişkilerdir; hukuk, altyapıyı oluşturan ekonomik ilişkilerin bir yansımasıdır. Hukuk ve siyaset birbirinden ayrılamaz; hukuk siyasetin bir şeklidir ve devletten

⁴⁶ Bkz: Hugh Collins, *Marksizm ve Hukuk* (Çev. U. D. Tuna) Dipnot Yayınları, Ankara, 2016, s.24-25, 123-127, 142-151; Uygun 2021a, s.177

⁴⁷ Collins 2016, s.21-23

bağımsız bir kurum değildir. Hukuk, iddia edildiği gibi, “evrensel”, “objektif”, “tarafsız” veya “adil” bir yapı değildir: Tam tersine, hukuk ideolojiktir; içeriği ve biçimiyle, doğrudan veya dolaylı olarak egemen sınıfın çıkarlarını dile getirir, onları meşrulaştırır ve devletin zor kullanma tekeliyle gerçekleştirir. Üstelik, bunu devletten bağımsız, nesnel ve evrensel bir olgu görünümüne bürünerek yapar; her zaman sağduyunun sesini, doğal olanı, normal kabul edileni, haklı görüneni dile getirdiğini ileri sürer.⁴⁸

Marksistlere göre, hukukun üstünlüğü ilkesi gibi hukuk sisteminin kendisi de altyapıdaki ekonomik ilişkilerin bir gereği olarak ortaya çıkmış olup, altyapı değiştiğinde değişecek veya ortadan kalkacaktır. Hukuk olmadığında herkesin birbirinin boğazına sarılacağı, başkasının malını ve canını almak için fiziksel güç kullanacağı görüşü inandırıcı değildir. Zaten, toplumsal ilişkilerin hukuksal nitelik kazanması, uzun insanlık tarihinin oldukça yeni dönemlerinde gerçekleşmiştir. İleride, sosyal sınıfların ve devletin ortadan kalkmasıyla bu nitelik kaybolacak ama toplumsal düzen varlığını devam ettirecektir.⁴⁹

2 – Weber’e Göre Hukukun Üstünlüğü İlkesinin Kaynağı ve İşlevi

Alman sosyolog, iktisatçı ve hukukçu Max Weber (1864-1920), değişik hukuk teorilerinin hukukun kaynağı ve işlevi konusundaki görüşlerini gerçeklerle bağdaşmayan, eksik veya yanıltıcı açıklamalar olarak görür. Ona göre, hukuk kuralları tek bir kaynaktan türememekte, tersine en az beş farklı kaynaktan doğmaktadır.⁵⁰ Weber, farklı teorilerin hukukun önemine yaptığı vurguyu ise kabul eder: Modern toplumda hukukun ve hukukun üstünlüğü ilkesinin önemli olduğuna kuşku yoktur. Ancak bu önem doğal hukukçuların veya pozitivistlerin ileri sürdüğü gerekçelerden farklı bir nedene dayanır: “Weber’e göre, hem kapitalizmin ekonomik temelleri...hem de kapitalist toplumda hayatın rasyonelleşmesine dair daha genel sürecin teşviki ve ifadesi için, hukuk merkezi bir öneme sahiptir. Hukuk modern Batı toplumlarında ne samimiyetle kabul gören değerleri ifade ettiği için, ne devletin öncelikli yaptırım uygulama yetkisi için, ne gelenek ne de politik liderlerin karizmaları sayesinde kabul edilmiştir. Tamamen, bireyler için amaç-rasyonel sosyal eylemde bulunmayı yani

⁴⁸ Maureen Cain, Alan Hunt, *Marx and Engels on Law*, Academic Press, 1979, s.62-67; Alan Hunt, “Marxist Theory of Law”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Ed. D. Patterson) Blackwell Publishing, 2010, s.350-351; Mathieu Deflem, *Sociology of Law*, Cambridge University Press, 2008, s.27; Ian Ward, *An Introduction to Legal Theory*, Cavendish Publishing, 1998, s.120Uygun 2021a, s.178-179

⁴⁹ Collins 2016, s.25-26, 142, 146-147

⁵⁰ Uygun 2021a, s.120-122

kendi menfaatlerine diye algıladıkları her ne ise, onu rasyonel bir tarzda yerine getirmelerini mümkün kılan, sağduyuya dayalı ve kapsayıcı bir öngörülebilir kurallar çerçevesi temin ettiği için benimsenir.”⁵¹

Weber, hukukun toplumsal yaşamın pek çok alanına nüfuz etmesini ve hukuk kurallarına bağlılığın yüceltilmesini kapitalizmin etkisine bağlar. Sermaye birikimi ve sermayenin yatırımlara yönlendirilmesi süreci, hukuk güvenliğinin sağlandığı bir düzeni gerekli kılar. Hukuk güvenliği de ancak biçim ve içerik bakımından rasyonelleşmiş bir hukukla sağlanabilir.⁵² Weber’den önce ve Weber’in çağdaşı çoğu sosyolog, hukuku toplumda yerleşik inanç ve değerlerin bir yansıması veya ifadesi olarak görme eğilimindeydi. Bu nedenle, sosyolojik analizde, ahlaktan veya toplumsal değerlerden kesin çizgilerle farklılaşmış bir hukuk kavramına ihtiyaç duyulmazdı. Weber’de ise hukuk toplumsal değerlerden tümüyle farklılaşan ve bağımsızlaşan bir kavram ve yapı olarak ortaya çıkar. Hukuk kuralları, kapitalist sistemin temel ihtiyacı olan rasyonel planlama ve hesaplama biçimlerini kolaylaştırmak, teşvik etmek ve güvence altına almak için formüle edilmişlerdir. Bu bağlamda, hukuk kendi kendini meşrulaştırır. “Meşruiyeti için ahlaki veya politik değerlere müracaat etmeye ihtiyaç duymaz. Hukukun kendi sistematik mantıksal yapısı, kendi meşruiyetini temin eder. Hukuk sadece rasyonel bir kurallar sistemi olmakla kabul görür. Daha evvelki dönemlerde ona temel oluşturmuş bulunan dini, geleneksel veya etik tabii hukuk ilkeleri kaybolur ve hukukun çetrefilliği giderek artan teknik kurallardan ibaret olan gerçek yüzü açığa çıkar...Teknik mecburiyetler ahlaki yargıların yerini alır.”⁵³

3 – Leon Duguit ve Nesnel Hukuk

Fransız düşünür Leon Duguit (1859-1928) doğal hukuk teorisi taraftarlarının savunduğu şekliyle hukukun üstünlüğü ilkesi eleştirmektedir. Doğal hukukçular “üstün”, “temel” veya “evrensel” olarak nitelendirdikleri hukuk ilkelerini mistik ve metafizik bir kaynağa dayandırmaktadır. Bu yaklaşımın, söz konusu ilkeleri devletten bağımsızlaştırdığı için hukukun üstünlüğü ilkesine katkı sağladığı kuşkusuzdur. Ancak Duguit pozitivisttir. Hukuku yalnızca gözlemlenebilir olan olgulardan hareketle açıklamaya çalışmaktadır. Hukukun kaynağını doğal hukuk ilkeleri gibi deney ve gözlem alanımız dışında bir kaynağa dayandırmakla, aslında hukuku bilimsel alanın dışına çıkartmış oluruz. Bu durumda, hukuk pozitivist

⁵¹ Cotterrell 2020, s.209-210

⁵² Max Weber, *Economy and Society* (Tarns. E. Fiscoff, H. Gerth, A. Henderson et al.) (Ed. G. Roth, C. Wittich) University of California Press 1978, s.215

⁵³ Cotterrell 2020, s.215

yöntemlerle incelenemez hale gelir. Duguit, doğal hukuk teorisine göre şekillenen hukukun üstünlüğü ilkesi yerine, tümüyle pozitivist yönetime sadık kalarak ortaya koyduğu yeni bir hukuk devleti anlayışı önermektedir. Düşünürün bu konudaki yaklaşımını kavrayabilmemiz için hukukun kaynağı konusundaki görüşlerini kısaca gözden geçirmemiz yararlı olacaktır.

Duguit'ye göre hukuku yaratan, insanların ancak toplum içinde yaşayabilmesi ve toplumun da ancak *dayanışma* üzerine kurulabilmesidir. Bireylerin toplum içinde birbirine bağımlılığı, herkesin uyması beklenen bazı davranış kurallarını ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu davranış kurallarını hukuk kurallarına dönüştüren, bu kurallarının ihlali durumunda bireylerin çoğunluğunun gösterdiği tepkidir. İlgili davranış kuralı, tepki şiddetli olmadığında ahlaki bir kural düzeyinde kalmakta, tepki fiziksel bir yaptırımla desteklendiğinde ise hukuk kuralına dönüşmektedir.⁵⁴ Burada dikkat edilmesi gereken nokta, sosyal bir kuralın hukuk kuralına dönüşmesinde yasakoyucunun iradesine “kurucu” bir rol tanınmamasıdır. Bu yaklaşımıyla, Duguit hukuku devletten bağımsız kılar. Hukukun devletten bağımsızlığı veya özerkliği hukukun üstünlüğü ilkesinin gerçekleşmesi bakımından kritik önemdedir. Hukuku tümüyle devletin belirlediği bir sistemde bu ilkeyi hayata geçirmek çok zordur.

Duguit, dayanışmadan kaynaklanan *ilkeler buyuran normatif hukuk kurallarıyla*, bu kuralları gerçekleştirmek amacıyla devletin çıkardığı ikincil nitelikteki hukuk kurallarını birbirinden ayırır. Birinciler, doğrudan sosyal dayanışmanın ürünü olarak ortaya çıkar. İkinciler, devlet tarafından çıkartılır. Ancak devletin çıkardığı kurallar, sanıldığı gibi aksine, zorlayıcı niteliklerini devletten değil, ilkeler buyuran kurallardan alır. Devletin yaptığı, sadece, zaten hukukilik kazanmış kuralları ayrıntılı olarak düzenleyerek gerçekleştirmektir. Devletin yaptığı düzenlemenin meşruluğu, sosyal dayanışmadan çıkan bu hukuk ilkelerine uygunlukla belirlenir.⁵⁵

Görüldüğü gibi, Duguit, devletin hukuk yaratma işlevi olduğu fikrini kabul etmez. Ona göre, hukukun asıl kaynağı toplumdur: Sosyal dayanışmanın yarattığı hukuk *nesnel hukuktur*. Devlete düşen, bunu gerçekleştirmek yani uygulamaya koymaktır. Devlet, sadece, var olan hukuku saptar ve teknik anlamda gerçekleştirir. Duguit'nin deyişiyle, “bir kurala hukuk kuralı niteliğini veren devlet desteği değildir; eğer kural bu niteliğe kendiliğinden sahip değilse, devlet gücü bunu ortaya çıkarmakta

⁵⁴ Lucien Sfez, “Duguit ve Devlet Kuramı: Temsil ve İletişim”, (Çev. A. Ciniç), *Devlet Kuramı* (Der: C. B. Akal), Dost, Ankara, 2000, s.405; Tarık Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İÜHF Yayını, İstanbul, 1976, s.125

⁵⁵ Sfez 2000, s.405-407

yetersizdir... Bir grubu oluşturan bireylerin herhangi bir kuralın çiğnenmesine toplumsal olarak düzenlenmiş bir tepki gösterilmesini makul gördükleri ve anlayış gösterdikleri her zaman, bir hukuk kuralı vardır.”⁵⁶

Duguit, sosyal dayanışmanın belirlediği nesnel hukuku devletten önce ve onun üzerinde kabul eder. Kendisinden önce ortaya çıkan bu hukukla kayıtsız şartsız bağlı olan devlet, onu iki yolla gerçekleştirir. ⁵⁷ Birincisi, devletin sosyal dayanışmayı pekiştiren kuralları koyması, ikincisi, sosyal dayanışmayı zayıflatan kurallar koymaktan kaçınmasıdır. Devletin bu pozitif ve negatif sorumluluğunu yerine getirmediği her iki durumda da, bireylerin direnme hakkı vardır.⁵⁸ Bu yaklaşımıyla Duguit, bir tür *hukukun üstünlüğü* veya *hukuk devleti* ilkesine ulaşır. Kuşkusuz, buradaki hukukun üstünlüğü ilkesi doğal hukuk teorisindeki ilkeden farklıdır. Her iki teori de devleti hukuka bağlı kılmakla birlikte, doğal hukuk teorisinde temel hukuk ilkeleri metafizik etik değerlerden türemekte, Duguit de ise gözlemlenebilir bir sosyal olgudan yani sosyal dayanışmadan çıkmaktadır.

E - Türkiye’de Hukukun Üstünlüğü / Hukuk Devleti İlkesinin Gelişimi

Türk anayasacılık geleneğinde en zayıf kalan noktalardan biri, Batı’da liberal düşünce ile ortaya çıkan devlet iktidarının doğal haklarla veya hukukla sınırlı olduğu düşüncesinin yeterince kökleşmemiş olmasıdır. Farklı ideolojik kesimlerden gelen siyasal elitlerimizin önemli bir kısmı devlet yetkilerinin sınırlanabileceği düşüncesine aşına değildir. Geçmişte hükümdarın iradesi, Cumhuriyet sonrasında ise *milli irade* sınırsız ve mutlak bir güç olarak görülmüştür. Bu zihniyetin yerleşmesinde ülkemizde önce beylik, ardından hükümdarlık ve nihayet bir imparatorluk olarak 600 yılı aşan güçlü Osmanlı iktidarının etkisi büyüktür. “Devlet karşısında boynumuz kıldan ince” deyişiyle özetleyebileceğimiz bu bakış açısı uzun ömürlü olan diğer mutlak monarşilerde de siyasal kültürün önemli bir özelliği haline gelmiştir.

Teorik olarak Osmanlı İmparatorluğu’nda *dinsel hukuk (şeriat)* devlet iktidarından bağımsızdı ve onu sınırlayan bir işlevi vardı. Fakat sağlam, güçlü ve istikrarlı bir hanedanlığın kurulması şeriatın dışında geniş bir *örfi hukuk* alanı yarattı. Her hükümdarın kendi iradesiyle şekillenen örfi hukuk

⁵⁶ W. Friedmann, *Legal Theory*, Stevens and Sons Ltd, London, 1953, s.175’ten aktaran Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s.351

⁵⁷ Georges Gurvitch, *Sociology of Law*, Butler and Manner Ltd., London, 1947, s.99

⁵⁸ Özbilgen 1976, s.126

kamu hukukunu şekillendirirken, şeriat, daha çok özel hukukla sınırlı bir uygulama alanı bulabildi. Geniş kapsamlı bir örfi hukukun varlığı Osmanlılardan önceki Türk-İslam devletlerinde de yaygındı.⁵⁹ Örfi hukuk tümüyle hükümdarın iradesine bağlı olduğundan devlet iktidarını sınırlandıran değil pekiştiren bir işlev gördü. Devlet iktidarına sınır çizebilecek olan hukuk “dini hukuk” yani şeriattı. Ama şeriatin özel hukuk alanıyla kısıtlanması ve hükümdarın şeriata aykırı davranışlarını engelleyecek herhangi bir mekanizmanın bulunmaması Osmanlı’da hukuk devleti fikrinin gelişmesi için elverişli bir ortam yaratmadı.

Ülkemizde, devletin temel niteliklerinden biri olarak *hukuk devleti* kavramının kullanılması ilk kez 1961 Anayasası ile söz konusu olmuştur. Bu anayasanın 2. maddesine göre, “*Türkiye Cumhuriyeti...bir hukuk devletidir.*” Bu tarihten önce yüksek mahkemeler hukuk devleti kavramını zaman zaman kullanmışlarsa da, günümüzdeki anlamına yakın bir içeriğe kavuşturamamışlardır.⁶⁰ Yine de, hukuk devleti anlayışının oluşumuna katkıda bulunan gelişmeleri biraz daha eski bir tarihe, Tanzimat Dönemi’ne (1839–1876) kadar uzatmak mümkündür. Siyasal, sosyal ve ekonomik yapıyı Batı örneğine göre düzenlemeyi amaçlayan Tanzimat Dönemi reformlarının hedeflerinden biri, Osmanlı İmparatorluğu’nu insan haklarına saygılı, yurttaşların eşitliğini güvence altına alan ve kanunlara uygun hareket eden bir siyasal yapıya dönüştürmekti.

Tanzimat Dönemi

Tanzimat’tan önce devlet otoritesi bizzat padişah veya onun görevlendirdiği memurlar tarafından kişisel, takdire bağlı ve etkili bir denetimi olmadan kullanılırdı.⁶¹ Tanzimat Dönemi’nde hazırlanan fermanlarla, önce bu sorun çözülmeye çalışılmış; kamu gücünü kullananların uymakla zorunlu olduğu temel kurallar ortaya konmuştu. Bu kuralların hukuk devleti anlayışına öncülük etmesi bakımından belirtilmesi gereken en önemli özelliği, devlet işlerinin görülmesini tek kişinin iradesinden heyetlerin ve kurulların iradesine tabi kılmak; kişisel ve keyfi kararların yerine genel, soyut ve sürekli kuralları geçirmekti.⁶² 1839 *Gülhane Hattı Hümayunu* ile Padişah, uyruklarına can ve mal güvenliğinin korunacağı ve kamusal yükümlülüklerin objektif yasalarla belirleneceği

⁵⁹ Halil İnalçık, *Osmanlı Tarihinde İslamiyet ve Devlet*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, s.57-83

⁶⁰ Örnekler için bkz: Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku I*, Ankara, 1970, s.105, dn.14

⁶¹ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Ankara, 2006, s.29-30

⁶² İlber Ortaylı, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Ankara, 2007, s.18; Recai Galip Okandan, *Amme Hukukumuzun Anahatları*, İstanbul, 1977, s.112-113

vaadinde bulunmuştur. 1856 *Islahat Fermanı* ile idari işlemlerin yargısal denetimi kabul edilmiş ve 1868'de *Şura-yı Devlet (Danıştay)* kurulmuştur. 1875 *Adalet Fermanı* ile mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esasları benimsenmiştir. Tanzimat reformları uygulamada beklenen başarıyı sağlayamasa da, kişisel yönetim anlayışından *kanun devleti* anlayışına geçişin altyapısını hazırlamış, ileride meşrutiyet ve anayasalı devlet fikrini savunacak bir kuşağın yetişmesine katkı sağlamıştır.⁶³

Meşrutiyet Dönemi

Tanzimat reformlarının beklenen sonucu vermemesi üzerine, 1876 tarihinde çok daha radikal bir adım atıldı. İmparatorluğu mutlak monarşiden meşrutî monarşiye dönüştürecek bir anayasa (*Kanun-ı Esasi*) yürürlüğe girdi, Osmanlı halkını temsil eden bir Meclis (*Meclisi Mebusan*) kuruldu. Ancak ne anayasa kurallarının uygulanmasını sağlayacak etkili mekanizmalar getirilmiş, ne de parlamentoya gerçek anlamda yasama ve hükümeti denetleme yetkisi tanınmıştı. İki yıl sonra Anayasa askıya alındı ve Meclis süresiz tatil edildi. Yaklaşık 30 yıl süren anayasasız ve meclissiz dönem, baskıcı uygulamalarıyla, ileride devlete hakim olacak gizli bir muhalefet hareketi doğurdu. Önce *Jön Türkler*, ardından *İttihat ve Terakki Cemiyeti* adını alan bu hareket meşrutiyetin bütün kurum ve kurallarıyla uygulanmasını savundu. Muhalefet hareketi 1908'de parlamentonun yeniden açılması ve Anayasa'nın yürürlüğe konulmasını sağladı. Anayasa'da gerekli değişiklikler yapılarak, parlamento gerçek anlamda yasama yetkisine kavuşturuldu. Hükümet, parlamentoya karşı sorumlu kılındı. 10 yıl süren İkinci Meşrutiyet Dönemi'nde, hukuk devleti anlayışının gelişmesi bakımından önem taşıyan bazı adımlar atılabildi. Bu dönemde kuvvetler ayrılığı ilkesi benimsendi, kişi hakları genişletildi ve güvenceleri arttırıldı, modern bürokrasinin temelleri atıldı. Anayasal ve yasal düzeyde görülen bu gelişmelerin uygulamaya yansımaları ise sınırlı olmuştur: *İttihat ve Terakki* iktidarı, kanunilik ve hukukun üstünlüğüne saygı açısından, yıktığı Abdülhamit despotizmine oranla daha olumlu bir tavır sergilememiştir.⁶⁴

Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyet Dönemi, hukuk devleti anlayışının gelişmesi bakımından iki farklı döneme ayrılabilir. Birinci dönem, 1920'de Ankara'da TBMM'nin açılmasıyla başlayan ve tek partili rejimin sona ermesine (1945) kadar uzanan, devrimlerin gerçekleştirildiği zaman dilimidir. Bu dönemde

⁶³ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY, İstanbul, 2007, s.75-120

⁶⁴ Tanör 2007, s.121-220

yürürlükte olan 1921 ve 1924 Anayasaları, esas olarak hukuk devletinin kurulmasını değil, bağımsız, ulusal ve laik bir devletin kurulmasını hedeflemiştir. O nedenle, Türk Devrimi'nin gerçekleştirildiği bu dönem, hukuk devleti ilkesi açısından Tanzimat ve Meşrutiyet Dönemlerinin *kanun devleti* ve *anayasalı devlet* modellerini aşan yeni bir anlayış getirmemiştir. Bununla birlikte, 1961 Anayasası ile başlayan ve günümüze dek uzanan dönemde, en azından anayasa metni düzeyinde, hukuk devleti anlayışını güçlü biçimde vurgulayan ilke ve kurumlara yer verilmiştir.

Cumhuriyetin kuruluş sürecinin hukuk devletinin gelişimi bakımından üzerinde durulması gereken yönlerinden biri, bu dönemde ortaya çıkan *üstün kamu hukuku ilkeleridir*. Osmanlı İmparatorluğu'nda hukuk devleti anlayışının gelişmesi bakımından görülen gelişmeler, mutlak yetkili Padişah'ın iktidarının sınırlandırılması hedefine yönelikti. Bu amaçla, önce devlet yönetiminde süreklilik arz eden bazı uzman kurullar oluşturulmuş, ardından yasama yetkisini haiz bir parlamento kurulmuştur. Buna karşılık, Cumhuriyet Dönemi'nde hedef Padişah'ın iktidarının sınırlanması veya paylaşılması değil, iktidarın tümüyle halka verilmesiydi. Yeni devletin ilk anayasası olan 1921 Anayasası, "*egemenlik kayıtsız şartsız milletindir*" ilkesini getirmiştir. 1924 Anayasası, hukuk devleti anlayışının yerleşmesi bakımından önem taşıyan başka bir ilkeye de yer vermişti: *Doğal haklar* ilkesi. Anayasa, yurttaşların haklarının devlet tarafından verilmediğini, her yurttaşın bu haklara doğuştan sahip olduğunu belirtiyordu. Doğal haklar ilkesi, Batı'da devlet iktidarının sınırlanması ve yurttaşların haklarının güvenceye bağlanması bakımından çok önemli bir işlev görmüştü.

Bu iki ilkenin hayata geçirilmesinde ciddi sorunlar yaşanmıştır. Egemenlik, uzun süre, milletin bu iktidarı kullanacak olgunluğa ulaşmadığı gerekçesiyle, devlet örgütüne hakim olan dar bir kadro tarafından kullanılmıştır. Bunun yanı sıra, parlamentoda ortaya çıkan millet iradesinin hiçbir şekilde sınırlanamayacağı anlayışı yerleşmiştir. Nitekim 1. TBMM döneminde, Meclis yasama, yürütme ve yargı yetkilerini bünyesinde barındıran olağanüstü yetkili bir iktidar merkezi konumundaydı. Kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı şekilde, hükümet Meclis'in çıkardığı yasaları uygulamakla görevli bir heyet, yargıçlar da çıkan uyuşmazlıkları çözmekle görevli memurlardı. TBMM, kendi üyeleri arasından seçtiği üç kişi ile temyizi kabil olmayan kararlar verebilen mahkemeler (İstiklal Mahkemeleri) kurduğu gibi, hakimleri azletme, mahkemeleri değiştirme,

yargısal kararları kaldırma veya değiştirme yetkisini de kullanmaktaydı.⁶⁵ Tarık Zafer Tunaya'nın deyişiyle, yasama meclisi kendini yürütme ve yargının üstünde görmüş, onlara hakim olmuş, onları bir tür idari organlara dönüştürmüştü.⁶⁶ Hukuk devleti, hatta kanun devleti anlayişıyla bağdaşmayan bu uygulamalar, *Türk Devrimi* dediğimiz büyük dönüşümün gerçekleştirilmesi sırasında benimsenen olağanüstü nitelikteki uygulamalardır. O dönemin koşulları içinde doğal, giderek kaçınılmaz görülebirlirler. Ancak Meclis'teki çoğunluk iradesinin her şeyin üstünde, sınırsız bir iktidar olduğu düşüncesinin çok partili düzene geçtikten sonra da canlılığını koruması ciddi bir sorundur.

1945'te başlayan çok partili dönem, 1950 yılında iktidarın el değiştirmesine sahne olur. Hükümeti kuran Demokrat Parti, ilk yıllarında hukuk devleti ilkesini benimsediğini ve hayata geçirmek için çalışacağını vurgulamasına rağmen, sonraki yıllarda, tek parti rejiminin olumsuz yönlerini aratmayacak uygulamalara girişir. Demokrat Parti iktidarına son veren 27 Mayıs askeri darbesi sonrasında hazırlanan 1961 Anayasası, hukuk devleti ilkesine büyük önem verir. Bu ilkeyi anayasanın değiştirilemeyecek hükümleri arasında sayar. 1982 Anayasası ise, Cumhuriyetin hukuk devleti olduğu yönündeki hükmü korumakla birlikte, devletin bazı faaliyetlerini hukuki denetim dışına çıkartarak bu ilkeyi zayıflatır. 1982 Anayasası'nın ilk biçimindeki bu düzenlemeler, 1987'den itibaren gerçekleştirilen pek çok anayasa değişikliğiyle büyük ölçüde kaldırılmıştır. Her iki anayasada hukuk devleti ilkesini doğrudan ilgilendiren ve güvence altına alan başlıca düzenlemeler şu şekilde örneklendirilebilir:

1) Türkiye Cumhuriyeti'nin temel niteliklerinden biri, hukuk devleti olmasıdır (1961-1982 AY md.2). Bu madde değiştirilemez.

2) Hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak engelleri kaldırmak devletin görevleri arasında sayılmıştır (1961 AY. md.10; 1982 AY. md.5).

3) Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi güçlü biçimde vurgulanmış, kanunların anayasaya aykırı olamayacağı belirtilmiştir (1961 AY. md.8; 1982 AY. md.11).

4) İdari yargı ve anayasa yargısı aracılığıyla idarenin kanunlara, parlamentonun anayasaya aykırı işlem ve eylemlerinin iptali olanağı

⁶⁵ Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Gelişmeler: 1876-1938*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s.97-99

⁶⁶ Tunaya 2003, s.95

sağlanmıştır (1961 AY md.114, 140, 147-151; 1982 AY md.125, 148, 150-152).

5) Yargı bağımsızlığı güçlendirilmiştir (1961 AY. md.132; 1982 AY. md.138).

6) Milletvekilleri ve cumhurbaşkanı göreve başlarken hukukun üstünlüğüne bağlı kalacaklarına yemin eder (1982 AY. md.81, 103).

F - Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Devleti Anlayışı

1961 ve 1982 Anayasalarının hukuk devleti ilkesini cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayan düzenlemesi, Anayasa Mahkemesi'nin en sık başvurduğu hükümlerden biridir.⁶⁷ Mahkeme, kuruluşunun hemen ertesini yıl verdiği bir kararında (1963), hukuk devleti ilkesini oldukça geniş bir tanıma kavuşturmuş ve bu tanımları sonraki kararlarında biraz daha geliştirerek yinelemiştir. Kararda hukuk devleti ilkesinin hem şekli hem de maddi kriterler ile tanımlanarak zengin bir içerikle ortaya konmuş olması dikkat çekicidir. CHP'nin haksız iktisaplarının iadesini düzenleyen 1953 tarihli kanunun anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü söz konusu davada, Mahkeme hukuk devletini şu şekilde tanımlamıştır:

“Hukuk devletinin temel unsuru, bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde kanun koyucu organ da dâhil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hâkimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lâzımdır. Zira, kanunun da üstünde kanun koyucunun bozamayacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır ve kanun koyucu bunlardan uzaklaştığı takdirde meşru olmayan bir tasarrufta bulunmuş olur. Hukukun ana prensiplerine dayanmayan, devletin amacı ve varlığı sebebiyle bağdaşmayan ve sadece belli bir anda hâsıl olan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunlar, toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır. Böyle bir kanun hukukun yüceliğini temsil etmez. Böyle bir kanunun kabulünü ve uygulanmasını hukuk devleti tasarrufu niteliğinde saymak da mümkün değildir.”⁶⁸

⁶⁷ “Hukuk devleti Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin hukukun genel ilkelerine ulaşırken kullandığı bir kapı, kimi zaman Mahkeme'nin yargısal aktivizminin meşrulaştırıcı bir aracı olmaktadır.” Şirin 2010, s.679

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, E.1963/124, K.1963/243, K.T.11.10.1963; RG.4.12.1963/11572

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği tanımda dikkati çeken noktalar şu şekilde özetlenebilir:

1) Hukuk devleti yalnızca *şekli* olarak değil, *maddi* açıdan da tanımlanmıştır. Bu bağlamda, hukuk devleti olmak için devletin bütün faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması yetmez; bu kuralların içeriğinin de belirli özellikler taşıması gerekir. Hukuk kuralları insan haklarını koruyucu nitelikte, adil ve üstün hukuk ilkelerine uygun olmalıdır. Bu nitelikte olmayan kuralların meşruluğu tartışmalı hale gelir.

2) Mahkeme, “*sadece belli bir anda hâsıl olan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunlar toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır. Böyle bir kanun hukukun yüceliğini temsil etmez*” diyerek, çoğunlukçu demokrasi anlayışının sakıncalarına işaret etmektedir. Bu sakıncayı gidermenin yolu olarak, yasama faaliyetinin hukukun temel ilkelerine bağlı yürütülmesi ve devletin amacı ve varlığıyla bağdaşır olması gerektiğini belirtmektedir.

3) Hukuk devleti ilkesinin içeriği hem anayasal hem de anayasa ötesi ilkelerle somutlaştırılmıştır. Yukarıdaki kararda belirtilen *insan haklarına saygı, anayasaya saygı* ve *adalet*, başka bazı kararlarda vurgulanan⁶⁹ *eşitlik* ve *yargı denetimi* anayasa metninden alınan ilkelerdir. Hukukun üstün kuralları, evrensel hukuk ilkeleri veya hukukun genel ilkeleri gibi terimlerle adlandırılan ilkelere saygı ise, anayasa metninde bulunmayan kavramlardır.

4) Mahkeme, hukukun genel ilkelerini anayasa üstü normlar olarak görmektedir. Mahkeme'ye göre, “*yasaların, Anayasa'nın açık kurallarından önce hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerde benimsenen ilkelerine uygun olması şarttır*”.⁷⁰ Bu ilkelerin yasa koyucu tarafından bozulması ya da değiştirilmesi mümkün değildir.⁷¹ Hukukun genel ilkeleri anayasa üstü normlar olmakla birlikte, bütünüyle anayasanın dışında kabul edilmemiştir. Yasama faaliyetinin hukukun genel ilkelerine uygun olması gereği, aynı zamanda anayasada belirtilen hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Diğer bir deyişle, “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkelere yön veren” ve

⁶⁹ Örnek olarak bkz: Anayasa Mahkemesi, E.1990/20, K.1991/17, K.T.21.06.1991, RG.30.09.1992-21361

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, E.1963/166, K.1964/76, K.T.22.12.1964, RG.28.04.1965/11985, AYMKD 1, s.237

⁷¹ Anayasa Mahkemesi, E.1963/124, K.1963/243, K.T.11.10.1963; RG.4.12.1963/11572, AYMKD 1, s.429

onlara “egemen olan” hukukun genel ilkeleri, hukuk devleti ilkesi sayesinde, bir anlamda, anayasal ilkeler haline dönüştürülmüştür.⁷²

Ergun Özbudun’a göre, 1961 ve 1982 Anayasaları hukukun genel ilkelerinden söz etmese de, yargıcın bu ilkeleri bir hukuk kaynağı olarak kullanmasına olanak tanır: Anayasa’nın 138. Maddesi, “*hakimler... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*”, demektedir. Burada Anayasa ve kanun kavramından başka “*hukuk*” kavramına da yer verilmiş olması, anayasa koyucunun yazılı hukukun ötesinde bazı genel hukuk ilkelerine pozitif bir değer yüklediğini gösteriyor. Ayrıca, Anayasa’daki bu hüküm olmasaydı bile, hukuk devleti ilkesinin hukukun genel ilkelerini özünde barındırdığını kabul etmek gerekecekti.⁷³

5) Son olarak, Mahkeme’nin hukuk devleti ilkesinin içeriğini oluşturan kavramları *jus cogens* niteliğinde gördüğünü belirtmek gerekir. Türkçede daha çok “buyruk hükümler” adıyla dile getirilen *jus cogens* kurallar, öncelikli, üstün ve hiçbir koşulda aykırı düzenleme yapılması kabul edilemeyen mutlak hükümler niteliğindedir. Mahkeme, kararlarında *jus cogens* terimini kullanmadan *hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerce benimsen ilkeleri ve üstün ve evrensel hukuk kuralları* diyerek bu kavramın tanımını vermektedir.⁷⁴

Kuşkusuz, Anayasa Mahkemesi’nin hukuk devleti ilkesinin içeriğini belirleyen bu tanımı 1961 Anayasası dönemi için geçerlidir. Mahkeme, 1982 Anayasası’ndan sonra, eski içtihadındaki güçlü vurguyu azaltmış,

⁷² Bkz. Oktay Uygun, *1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul, 1992, s.147-149

⁷³ Bkz: Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.132. Mahkeme’nin hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak kullanmasının yerindelik denetimine yol açacağı yönündeki eleştiri için bkz: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, 2010, s.423

⁷⁴ Bu konuda, Mahkeme’nin 1980 tarihli bir kararı son derece önemlidir. Mahkeme, hukuk devleti ilkesinden hareketle, o tarihte yürürlükte olan anayasanın pozitif bir hüküm olarak düzenlemediği *masumiyet karinesini* hukukun temel ilkelerinden biri olarak kabul ederek ölçü norm olarak kullanmış; ilgili yasal düzenlemeyi (hukuk devleti ilkesinden hareketle) bu ilkeye aykırı bularak iptal etmiştir. Bkz: Anayasa Mahkemesi, E.1979/38, K.1980/11, K.T.29.1.1980, RG.15.05.1980/16989, AYMKD 18, s.87-115. Anayasa Mahkemesi’nin ne tür kuralları *jus cogens* niteliğinde gördüğünü örneklendiren bir makale için bkz: Oktay Uygun, “Internationalization of Public Law: Turkey”, *Internationalization of Public Law* (Ed. G. Timsit, S. Flogaitis) Esperia Publications, London, 2006, pp.539-569

zaman zaman aynı cümleleri kullansa da eskiden hukuk devleti ilkesine aykırı gördüğü bazı düzenlemeleri anayasaya aykırı bulmamıştır.⁷⁵

G - Türkiye için Bazı Tespitler

Hukukun üstünlüğü ilkesi bütün uygar ülkelerin benimsediği ve hayata geçirmeye çalıştığı temel ilkelerden biridir. Modernleşme süreciyle birlikte ülkemiz de bu ilke ile tanışmıştır. Türkiye'nin tarihsel gelişimi yalnızca hukuki metinler üzerinden incelendiğinde, Tanzimat ve Meşrutiyet dönemlerinde kişisel ve keyfi yönetimden kanun devletine geçildiği ve 1961 Anayasası ile hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkesinin yerleştiği görülebilir. Hukuki metinlerin uygulamaya ne ölçüde yansıdığına baktığımızda ise durum farklıdır: Kurallı hareket, yasalara saygı ve hukukun üstünlüğü anlayışı ne devlet yönetiminde ne de yurttaşların zihninde önemli bir yer edinebilmiştir.

Anglosakson kültüründe hukukun üstünlüğü ilkesinin *insanların yönetimi* yerine *hukukun yönetimi* anlamına geldiğine yukarıda değinmiştik. Böyle bir bilinç, toplumsal aidiyetlerin ötesinde güçlü bir *birey* kimliğinin ortaya çıkışı ile bağlantılıdır. Eşitlik ve özgürlüğüne düşkün bireyler başkaları tarafından yönetilmeyi saygınlıklarının zedelenmesi olarak görür. Akıl ve vicdan sahibi her birey kendi kaderini tayin etme kapasitesine sahiptir ve bu doğrultuda kendi kendini yönetir. Düzenli bir toplum hayatı için gerekli olan ortak kurallar ise yöneticilerin keyfi kararlarına bırakılmaz. İnsanlar başka insanlar tarafından yönetilmez; hepsi doğal, ortak aklın eseri veya halkın iradesi niteliğindeki kanunlar tarafından yönetilir. Bütün bunların ülkemiz için de geçerli olduğu, bu zihniyetin toplumun çoğunluğu tarafından benimsendiği söylenebilir mi?

İnsanların değil hukukun yönetimi anlayışının toplumsal kültürümüzde baskın olduğunu söylemek mümkün gözüküyor. Ülkemizde çoğu kişi için siyasi, dini, ekonomik, mesleki veya ailevi otoritelerin yönetimi altında olmak “doğru” ve “tercih edilir” bir durumdur. “Yukarıda” kabul edilen birilerine tabi olmak ve mümkünse “aşağıda” kabul edilen birilerine hükmetmek çoğu kişi için *ideal bir denge* durumudur. Eşitlikçi ilişkilere imkân tanımayan bu hiyerarşinin hukukun üstünlüğü ilkesini talep eden bir kültürel iklim yaratması söz konusu değildir. Ayrıca, hukukun üstünlüğü ilkesinin kurallı hareketi, kanunlara itaati, başkalarının eşitlik ve özgürlüğüne saygılı olmayı öngerektirdiği gözden kaçırılmamalıdır. Hemen

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası döneminde hukuk devleti anlayışı için bkz: Çağlar 2013, s.196-238

herkesin işinde, özel hayatında, ödediği vergide, trafikteki davranışlarında ve benzeri alanlarda kanunlara uygunluk bakımından tartışmalı bir konumda bulunduğu, eşitlik değil ayrıcalık peşinde koştuğu, sorunları ortak akılla değil şark kurnazlığı ile çözmeye çalıştığı bir ülkede hukukun üstünlüğüne yönelik güçlü bir talebin ortaya çıkmamış olması şaşırtıcı değildir.

Falih Rıfki Atay, ünlü eseri *Zeytindağı*'nda, II. Meşrutiyet Dönemi ve I. Dünya Savaşı yılları liderlerinin hukuka ve kanunlara bakışını çarpıcı örneklerle anlatır. O dönemde ülkenin kaderini elinde tutan üçlüden (Enver, Cemal ve Talat) Cemal Paşa'nın emir subaylığı görevini üstlenen Atay, son günlerinde Cemal Paşa'nın şu sözleri söylediğini aktarır: “*Bir şey yapmak istiyorum, kanun karşıma çıkıyor. Kanun nedir? Ben yaptım, ben bozarım.*” Atay, bir başka olayda, verdiği emrin kanuna aykırı olduğu için yerine getirilemeyeceğini öğrenen Cemal Paşa'nın yaverinden boş kâğıt isteyerek Harbiye Nazırlığına gönderilmek üzere bir telgraf metni hazırladığını ve metinde “*şu numaralı kanunu hemen bu şekilde değiştirerek bana metnini müstacel telgrafla bildiriniz*” diye emir verdiğini belirtir. İttihatçıların diğer ünlü lideri Enver Paşa'ya atfedilen şu sözler de zihniyeti yansıtmak bakımından önemlidir: “*Yok kanun, yap kanun; yaparım olur, bozarım olmaz.*”⁷⁶ Dönemin siyasi liderlerinin, *kanun* kavramını “halkın iradesi”, “ortak akıl”, “nesnel kural” benzeri bir anlamda düşünmediklerini gösteriyor. O tarihte, kanun kavramı yöneticinin keyfi ve kişisel emrinden öte bir derinliğe sahip görünmüyor.

İlk anayasamızın yürürlüğe girişinden ve ilk parlamentonun kuruluşundan bu yana yaklaşık 150 yıl geçti. Bir buçuk asırlık bu deneyimin eşitlik, özgürlük, demokrasi ve insan hakları gibi alanlarda olduğu kadar hukukun üstünlüğü ilkesi bakımından da önemli kazançlar sağlaması beklenirdi. Ne yazık ki durum böyle değildir. 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu kısa bir dönem dışında, hukukun üstünlüğü ilkesi yöneticiler ve yurttaşlar açısından sahip çıkılması gereken önemli ve değerli bir ilke olarak görülmemiştir. 1982 Anayasası'nın orijinal metninde hukuka aykırı ve denetlenemeyen işlemlerin sayısı artmıştır. Zamanla bu anayasada yapılan iyileştirmeler 2016'da ilan edilen olağanüstü hâl ve devamındaki düzenlemelerle uygulama gücünü yitirmiştir. 2017 Anayasa değişikliği ile getirilen *cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi*yle devlet yetkileri tek elde toplanarak uygar ülkelerin benimsediği temel ilke ve kurumlar işlevsizleştirilmiştir. Kemal Gözler'in belirttiği gibi, “bir zamanlar, Türk hukukunu eleştirmek için ‘Türkiye Cumhuriyeti bir *hukuk devleti* değil, bir

⁷⁶ Falih Rıfki Atay, *Zeytindağı*, Pozitif Yayınları, İstanbul, 2012, s.97

kanun devletidir’ deniyordu. 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünden sonra ilân edilen olağanüstü hâl rejiminde, kanunların yerini kanun hükmünde kararnameler alınca ‘Türkiye Cumhuriyeti artık *KHK devleti* oldu’ denilerek eleştiriler yapıldı. O günleri de arar olduk. Artık ‘Türkiye Cumhuriyeti bir *kanun devleti* veya *kararname devletidir*’ bile diyemiyoruz. Maalesef geriye diyecek tek şey kalıyor: Hoş geldin *genelge devleti*.⁷⁷

Son yıllarda vatandaşların günlük yaşamını etkileyen pek çok düzenleme ve yasak genelgelerle konulmuştur. Sokağa çıkma yasağı, alkol satışı yasağı ve sağlık personeline getirilen istifa yasağı gibi. *Genelgeler* normlar hiyerarşisinde yer alan bir hukuk kuralı türü değildir; kamu görevlilerine hukuk kurallarının nasıl uygulanacağını gösteren emir ve talimatlardır. Vatandaşların hak ve özgürlüklerini kısıtlayan ve resmî gazetede yayımlanmayan bu talimatlar, çoğu kez, gerçek anlamda bir kanuna, kararnameye veya yönetmeliğe dayanmamaktadır. Dayanak gösterilen kanun maddeleri ise genellikle söz konusu talimatlar bakımından ilgisiz, kapsam dışı veya çelişkili niteliktedir. Enver Paşa’nın *yok kanun, yap kanun* anlayışı bile şeklen de olsa yeni bir kanunun yapılması gerektiğini dikkate alıyordu. Günümüzde, kanunla düzenlenmesi gereken konularda “genelge” formunda bir talimatın bulunması yeterli görülmektedir. *Genelge devleti*’nde, kamu görevlileri emir ve talimatları kanun ve anayasadan üstün görmekte, anayasaya ve kanunlara uygunluğu denetlemekle görevli siyasal ve yargısal kurumlar ise sürecin işleyişinde etkisiz kalmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin 1961 Anayasası döneminde hukuk devleti ilkesinin içeriğini somutlaştıran ve yukarıda ayrıntılı olarak incelenen içtihatları, *genelge devletinin* yöneticilerinin gözünde, adeta hukuki değerden yoksun bir politik bilimkurgu romanının fragmanlarına dönüşmüştür.

Mevcut anayasal düzende TBMM hala kanun çıkarma konusunda asli bir yetkiye sahiptir. Ancak kanunlar kamu yararını ve ulusun ortak çıkarlarını hedefleyen ortak aklın ürünü düzenlemeler olarak görülmemekte, Meclis’teki aritmetik çoğunluğun isteklerinden ibaret kalmaktadır. Çoğu kez, kanun metinlerinin görüşüleceği komisyonların faaliyetleri işlevsizleştirilmekte, Cumhurbaşkanlığından gelen metinler değişikliğe uğramadan emredilen (!) süre içerisinde TBMM Genel Kurulunda oylanarak kanun niteliği kazanmaktadır. Bu şekilde yapılan kanunların ulusun iradesini yansıttığı söylenemeyeceği gibi, hukukun yüceliğini temsil ettiği de söylenemez. Hukukun üstünlüğü ilkesi ancak hukukun yüceliğinin

⁷⁷ Kemal Gözler, “Genelge Devleti: Hukukta Şeklin Önemi Üzerine” (14.05.2021) Türk Anayasa Hukuku Sitesi: <https://anayasa.gen.tr/genelge-devleti.htm> (E. T. 11.08.2021) *YÜHFD Cilt: XIX Özel Sayı (2022)*

toplumsal kültürün önemli bir bileşeni olması halinde gerçekleşebilir. Bunu sağlamak için atılacak en önemli iki adım kanunların ortak aklın ürünü olarak çıkartılması ve temel hukuk ilkelerine bağlılığın teyit edilmesidir.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Sururi (2011) *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, XII Levha Yayınları, İstanbul
- Allison, J. W. F. (2018) "Turning the Rule of Law into an English Constitutional Idea", *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp.167-183
- Balta, Tahsin Bekir (1970) *İdare Hukuku I*, AÜSBF Yayını, Ankara
- Bedner, Adriaan (2018) "The Promise of a Thick View", *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp.34-47
- Cain, Maureen – Hunt, Alan (1979) *Marx and Engels on Law*, Academic Press
- Coleman, Jules L. – Leiter, Brian (2010) "Legal Positivism", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Ed. D. Patterson) Blackwell Publishing
- Collins, Hugh (2016) *Marksizm ve Hukuk* (Çev. U. D. Tuna) Dipnot Yayınları, Ankara
- Costa, Pietro (2018) "The Rule of Law: An Outline of Its Historical Foundations", *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp.135-148
- Cotterrell, Roger (2019) *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş* (Çev. S. Üye) Pinhan Yayıncılık, İstanbul
- Cotterrell, Roger (2020) *Hukuk Sosyolojisi: Giriş* (Çev. S. Üye) Pinhan Yayıncılık, İstanbul
- Çağlar, Bakır (1989) *Anayasa Bilimi*, BFS Yayınları, İstanbul
- Çağlar, Selda (2013) *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, Beta, İstanbul
- Çoban, Ali Rıza – Canatan, Bilal – Küçük, Adnan (Ed.) (2008) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal*, Adres Yayınları, Ankara
- Deflem, Mathieu (1998) *Sociology of Law*, Cambridge University Press Ian Ward, *An Introduction to Legal Theory*, Cavendish Publishing, 1998
- Dicey, Albert V. (2008) "Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar", *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Ed. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, s.25-38

- Dworkin, Ronald (2018) *Hukukun Hükümranlığı* (Çev. E. Uzun) Nora Kitap, İstanbul
- Fuller, Lon L. (2016) *Hukukun Ahlakı* (Çev. E. Arıkan) Tekin Yayınevi, İstanbul
- Ginsburg, Tom (2018) “Difficulties with Measuring the Rule of Law”, *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp.48-56
- Gözler, Kemal (2010) *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa
- Gözler, Kemal (2021) “Genelge Devleti: Hukukta Şeklin Önemi Üzerine”, Türk Anayasa Hukuku Sitesi: <https://anayasa.gen.tr/genelge-devleti.htm> (E. T. 11.08.2021)
- Gözübüyük, A. Şeref (2006) *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara
- Gurvitch, Georges (1947) *Sociology of Law*, Butler and Manner Ltd., London
- Hayek, Friedrich A. (2008) “Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti” (Çev. S. G. Göktolga, A. R. Çoban) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, s.41-97
- Hunt, Alan (2010) “Marxist Theory of Law”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Ed. D. Patterson) Blackwell Publishing, s.350-360
- İnalcık, Halil (2019) *Osmanlı Tarihinde İslamiyet ve Devlet*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul
- Marmor, Andrei (2008) “Hukuk Devleti ve Sınırları” (Çev. S. G. Göktolga) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, s.169-207
- May, Christopher – Winchester, Adam (Ed.) *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018
- Middleton, Kenneth William Bruce (1969) “Sovereignty in Theory and Practice”, *In Defense of Sovereignty* (Ed. W. J. Stankiewicz) Oxford University Press, New York, pp.132-159
- Moller, Jorgen (2018) “The Advantages of a Thin View”, *Handbook on the Rule of Law* (Ed. C. May, A. Winchester) Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp.21-33
- Neuman, Gerald L. (2008) “Amerika’da Anayasal Bir Kavram Olarak *Rule of Law* ve Alman Anayasasının *Rechtsstaat* İlkesi”, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, s.557-574

- Okandan, Recai Galip (1977) *Amme Hukukumuzun Anahatları*, İÜHF Yayını, İstanbul
- Ortaylı, İlber (2007) *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Cedit Neşriyat, Ankara
- Öktem, Niyazi – Türkbağ, Ahmet Ulvi (2014) *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul
- Özbilgen, Tarık (1976) *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İÜHF Yayını, İstanbul
- Özbudun, Ergun (2011) *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara
- Özcan, M. Tefvik (2008) *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, XII Levha Yayınları, İstanbul
- Özenç, Berke (2014) *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İletişim Yayınları, İstanbul
- Raz, Joseph (2008) “Hukuk Devleti ve Erdemi” (Çev. B. Canatan) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, s.149-166
- Rosenfeld, Michel (2008) “Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti” (Çev. A. R. Çoban) *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Der. A. R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük) Adres Yayınları, Ankara, s.211-255
- Sancar, Mithat (2012) *Devlet Akı Kısılacında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul
- Sebok, Anthony J. (1998) *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press
- Sfez, Lucien (2000) “Duguit ve Devlet Kuramı: Temsil ve İletişim”, (Çev. A. Ciniç), *Devlet Kuramı* (Der. C. B. Akal), Dost, Ankara, s.403-421
- Şirin, Tolga (2010) “Hukukun Üstünlüğü ve Hukuk Devleti: Aralarında Fark Var mı?”, *Tuncer Karamustafaoğlu'na Armağan* (Haz. N. Çağan, İ. Tarakçıoğlu, S. Süzek vd.) Adalet Yayınevi, Ankara, s.679-696
- Tamanaha, Brian Z. (2004) *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, New York
- Tamanaha, Brian Z. (2006) *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, New York
- Tanör, Bülent (2007b) *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY, İstanbul
- Teziç, Erdoğan (2016) *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul
- Touchard, Jean (2015) *Siyasal Düşünceler Tarihi* (Çev. İ. Yerguz) Isık Yayınları, İstanbul
- Troper, Michel (2011) *Hukuk Felsefesi* (Çev. I. Ergüden) Dost Kitabevi, Ankara

- Tunaya, Tarık Zafer (2003) *Türkiye’de Siyasal Gelişmeler: 1876-1938*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul
- Uygun, Oktay (1992) *1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, İstanbul
- Uygun, Oktay (2006) “Internationalization of Public Law: Turkey”, *Internationalization of Public Law* (Ed. G. Timsit, S. Flogaitis) Esperia Publications, London, 2006, pp.539-569
- Uygun, Oktay (2021a) *Hukuk Teorileri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul
- Uygun, Oktay (2021b) *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul
- Wacks, Raymond (2015) *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş* (Çev. E. Arıkan) Tekin Yayınevi, İstanbul
- Ward, Ian (1998) *An Introduction to Legal Theory*, Cavendish Publishing
- Weber, Max (1978) *Economy and Society* (Trens. E. Fiscoff, H. Gerth, A. Henderson et al.) (Ed. G. Roth, C. Wittich) University of California Press