

HUKUK DEVLETİ OLGUSUNUN ESKİ ÇAĞLARDAKİ KÖKENLERİ

ORIGINS OF THE RULE OF LAW PHENOMENON IN OLD TIMES

Selim MİSAFİR*

Özet: Kamu hukukunun temel kavramlarından biri haline gelen hukuk devleti olgusu, tarihsel izdüşümleri ile modern hukuk sistemine ışık tutmaktadır. Düşünsel ve kurumsal kökleri kadim dönemlere kadar uzanan bu olgu, patrimonial devlet ve polis devleti gibi insanlığın geçmişten bugüne tecrübe ettiği farklı devlet yönetimi yaklaşımları ile gelişmiş ve Antik Çağ'dan Yeni Çağ'a uzanan bir geçmişin bakiyesi ile devlet kudretinin hukuk ile sınırlandırılmasının aracı olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Demokrasi, Hukuk Devleti, İnsan Hakları, Patrimonial Devlet, Polis Devleti

Abstract: The rule of law, which is one of the leading legal theories in ensuring social justice and political legitimacy, sheds light on the modern legal system with its historical projections. This phenomenon, which ideational and institutional origins date back to old times, has developed with different state forms such as patrimonial state and police state that humanity has experienced from past to present. It is the outcome of the need to limit the state power by law, which emerged as a result of this experience from Ancient Greek to the New Age. The rule of law has become a rising value with the struggles for the establishment of a state where the law is hegemon.

Keywords: Democracy, Human Rights, Patrimonial State, Police State, Rule of Law

GİRİŞ

Birlikte yaşama arzusu ile topluluk olabilmeyi başarabilen insanların, kendilerine yönelen tehditlerden arınabilmek için devleti icat ettiği söylenir. Devlet gerçeğinin ortaya çıkışı, onun toplumsal hayatta sorgulanmasını ve değişime uğramasını doğal olarak gündeme getirmiştir. Zira devlet gücü, yöneticilerin siyasi yaklaşımlarının gölgesinde, toplum üzerinde denetimden yoksun ve sınırları aşan biçimde yozla-

* Dr. Arş. Gör., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, selimmisafir@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-9268-6104, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.06.2022, Kabul Tarihi: 14.10.2022

şabilmektedir. İnsanlık tarihi, bunun deneyimlendiği devlet yönetimi yaklaşımları ile örülüdür.

Hukuk devleti olgusu, klasik dönemlerden modern zamanlara doğru diğer adalet kuramları ile benzer izdüşümdeki süreçlerden geçmiştir. Aristoteles'in tabiriyle *zoon politikon* olarak kaçınılmaz biçimde sosyalleşen ve toplu halde yaşamaya başlayan insanoğlu henüz ilkel yaşam tecrübelerinde dahi can ve mal güvenliğini teminat altına almayı amaçlamıştır. Bu ihtiyaca matuf muhtelif kurallar, zamanla bir normlar sistemine dönüştürülerek devlet yapısı içerisinde toplumsal düzen sağlanmak istenmiştir. Tarihsel süreçte devlet anlayışındaki bozulmalar ile bu kurallar kimi imtiyazlı sınıflara hizmet etmişse de sonrasında onlara direnen kitleler, bu ayrıcalıkları bertaraf edebilmiştir.

I. HUKUK DEVLETİNİN KADİM DÖNEMLERDEKİ YERİ

Modern bir kavram olan hukuk devletinin olgusal anlamda geçişini, iki bin yılı aşkın bir süre öncesine kadar götürmek mümkündür. Bilinen ve aktarılan tarihsel gerçekler ışığında Antik Yunan'ın kent devletinden Yeni Çağ'da ortaya çıkan modern devlete kadarki süreçte hukuk devletinin bugün kabul görmüş temel ve biçimsel unsurlarına¹ dair izleri ile karşılaşmaktadır. Hukuk devletinin düşünsel ve kuramsal köklerinde kadim uygarlıkların eski çağlardaki düşünce ve uygulamalarının ortaya çıkardığı tarihsel tecrübenin etkin olduğu görülmektedir. Bu nedenle, modern dünyada kamu hukukunun temel kuramlarından biri olan bu olgunun bahsi geçen dönemlerdeki yerine kronolojik sırası ile değinilmelidir.

A. ANTİK YUNAN

Antik Yunan'da devlet anlayışı, ataerkil krallık ile zengin bir azınlığın üstünlüğüne dayanmaktadır.² Egemenlik düşüncesi, site denen

¹ Modern dönemlere özgülünen hukuk devletinin unsurları, biçimsel ve maddi yaklaşımlarla açıklanmaktadır. Bu belirlemeler ekseninde modern anlamıyla hukuk devleti, siyasal sistemini hukukun üstünlüğü ile temellendiren, evrensel hukuk ilkelerini kabullenen, yasalara göre hareket eden, bağımsız ve tarafsız yargı gücü ile demokrasiye ve adalate dayanan bir kamu düzenini hedefleyen, temel hak ve özgürlüklerin temin edildiği devlettir. Selim Misafir, "Modern Zamanlarda Hukuk Devleti Olgusu", *Yargıtay Dergisi*, 2022, C. 48, S. 3, s. 815.

² İlhan F. Akin, *Devlet Doktrinleri*, 2. baskı, Beta Yayınları, 2013, s. 1.

şehir devleti içinde bireyin eritilmesini esas almaktadır. Sitenin özel veya kamusal her alana müdahale edebileceği ön kabulü söz konusudur. Bu durum, sitenin birey üzerindeki mutlak hükümlerliliğinin göstergesidir. Bireysel hak ve özgürlüklerin benimsenmediği Antik Yunan demokrasileri, eşitlik ve insan haklarından uzak demokrasilerdir.³ Bununla birlikte Yunan sitelerinde vatandaşların bir bölümü doğrudan yönetime katılmaktadır.⁴ Atina demokrasisinin bu kişilerden teşkil edilmiş *ekklesia* denen halk meclisinin yöneticilerini tayin etmek, bazı siyasi davaları karara bağlamak veya yabancı devletlerle ilişkileri yürütmek gibi birtakım hukuki yetkilerinde,⁵ yine halk jürilerinin oluşturduğu *dikasterion* denen mahkemelerin yargısal faaliyetlerinde⁶ hukuk devletinin biçimsel izlerine rastlanmaktadır.

Antik Yunan filozofları, yasaların hüküm sürmediği bir toplumun siyasal olarak güçlü olabileceğine inanmamaktadır.⁷ Perikles, tüm Atina vatandaşlarının müzik, şiir gibi sanatlardan anladığı gibi siteyi yönetme sanatından da anladıklarını düşünür.⁸ Aristoteles, hukukun üstünlüğünü vurgulamış ve herkesi bağladığını öne sürmüştür.⁹ Yunanlılar, hukuk devleti olgusuna denk düşebilecek biçimde *isonomia* ifadesine sahiptir ki yasalar önünde herkesin eşitliği anlamını gelen bu kelime, yüksek bir erdemi temsil etmektedir.¹⁰

B. ESKİ ROMA

Eski Roma'nın cumhuriyet dönemindeki devlet ve egemenlik anlayışı, Antik Yunan anlayışından -soyut ve kurgusal düşünce yapısından uzak olmasına¹¹ uyar biçimde- farklılıklar arz etmektedir. Küçük

³ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 14. baskı, Beta Yayınları, 2013, s. 5-6.

⁴ Akın, s. 2.

⁵ Oktay Uygun, *Demokrasi Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 23.

⁶ Uygun, s. 30. Atinalılar, meclis kararları ve yasaların anayasaya uygunluğu denetimi anlamına gelebilecek bir sistem dahi kurmuştur. Uygun, s. 40.

⁷ Akın, s. 2.

⁸ Uygun, s. 99.

⁹ Robert Stein, "Rule of Law: What Does It Mean?", *Minnesota Journal of International Law*, 2009, C. 18, S. 2, s. 297.

¹⁰ Stein, s. 297-298.

¹¹ Mehmet Ali Ağaoğulları/Levent Köker, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, 7. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, 2011, s. 13.

bir cumhuriyet tarafından bir kent-devlet olarak kurulan ve hukuk fikrini bir öğreti olarak benimseyen¹² Roma uygarlığı, yönetimi altındaki topraklarda aynı hukuk kurallarının geçerli olması ilkesini -özelikle *Res Publica* olarak bilinen cumhuriyet döneminde- uygulayabildiği için hukuk yaratma iktidarına sahip kudretli bir siyasal yapıya kavuşmuştur. Roma topraklarının tamamında hâkimiyet kurabilmiş bir kamu gücü ve bu topraklar üzerinde geçerli bir vatandaşlık anlayışı bulunmaktadır. Bugünkü cumhuriyetçi geleneğin en cazip izleriyle Roma'da karşılaşılmaktadır.¹³

Roma cumhuriyetinin ilk dönemlerinde, egemen olanın halk olduğu söylenebilir. Roma'nın güçlü olduğu yıllarda, yurttaşları arasında adalet, kanunlara riayet ve hukukun üstünlüğü geleneği vardır.¹⁴ Halk, iktidarın ve otoritenin kaynağı olmuştur. Ancak sonraki dönemlerde halkın bu yetkiyi ve onunla ortaya çıkan gücü bir üst otorite olan imparatora devrettiği görülmektedir. İmparatorlar, keyfiyete dayanan ve mutlak olan bu yetkilerini kullanmaya devam ettikçe, emperyalist genişleme ile zengin olma hırsının yol açtığı yozlaşmanın ve seçim sistemlerinde yaşanan bozuklukların da etkisiyle¹⁵ hukuk devletinin görünümü olan gelenek ve uygulamalardan uzaklaşmış ve Roma'da çürüme başlamıştır.

C. ORTA ÇAĞ

Batı Roma İmparatorluğu dağıldıktan sonra 7. yüzyıla kadar varlığını ve etkinliğini sürdürebilen Roma medeniyeti, bu yüzyıl ile birlikte ekonomik, sosyal, kültürel ve hukuki alanlardaki belirgin gücünü kaybetmeye başlamıştır. Göze'ye göre bu durumun yaşanmasının esas sebebi, İslam egemenliğinin Batı Roma ve Doğu Roma imparatorluklarını birbirinden ayırmış olmasıdır.¹⁶ Akdeniz çevresinde yayılma gösteren İslam egemenliği, Akdeniz yolunu Avrupalı ülkelere kapayarak Kıta Avrupası'nı Doğu'dan koparmış ve dolayısıyla dünya ticaretinin dışında kalmasına neden olmuştur. Bir yandan dış istila-

¹² Akın, s. 27.

¹³ Uygun, s. 121.

¹⁴ Oral Sander, *Siyasi Tarih İlkçağlardan 1918'e*, 27. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, 2014, s. 43.

¹⁵ Oral, s. 43.

¹⁶ Göze, s. 66-67.

lar ile mücadelelere girişen Avrupa devletleri, kendi içine kapanmış ve siyasal ve toplumsal yaşamda yeni yapılanmalara gitmiştir.¹⁷ Bu dönemde Avrupa'ya hâkim olan siyasal görünüm, iktidarın bölüştürüldüğü küçük birimlerden müteşekkil feodal bir düzen biçimindeki âdem-i merkeziyetçi bir yapıya dönüşmüştür. Klasik egemenlik kuramının doğuşuna zemin hazırlayan feodalite, dönemin iktidar ilişkilerini, ekonomik, dini, siyasal, hukuki vb. alanlarda bütünüyle sarsmış ve değiştirmiştir.

Orta Çağ'da feodal düzen, bireysel, toplumsal ve hukuki düzeninin esasını belirleyen toprak malikliği üzerine kurulu¹⁸ ekonomik sistemdir. Feodalitede siyasal ve toplumsal yapıda belirleyici olan, kişilerin toprak üzerindeki mülkiyetidir. Toprağın sahibi olan kişi, aynı zamanda iktidar gücüne sahip olmaktadır.¹⁹ Sosyal hayatta sınıf ayrımının derin ve keskin olduğu feodal düzenin siyasal olarak yerleşmeye başladığı dönemde öne çıkan niteliği, toplumsal ilişkileri sözleşmeler üzerine inşa etmesidir. Buna göre, toprağın maliki olan feodal bey (Senyör) ve fief maliki yani tımar/zeamet sahibi Vassal arasında imzalanan fief sözleşmesi ile Senyör toprağın kullanımını Vassal'a bırakmaktadır. Gelecek çağların anayasal hükümet anlayışı, feodalizmin sözleşmeye dayanan bu özelliğinden doğacaktır.²⁰

Merkezi otoritenin bulunmadığı feodalitede, parçalı ve dağınık bir siyasal iktidar yapısı söz konusudur. Kişisel iktidar ile kurumsal iktidar arasında bir geçiş aşaması olan bu dönemde, henüz kurumsal bilinç gelişmemiştir.²¹ Kişiler hiyerarşik olarak üst katmanda olanın iktidarını tanıdıklarını, sergiledikleri itaat ve sadakatleri ile gösterirler.²² Siyasal ve idari yetkiler, malvarlığı hakkının uzantısıdır. Senyörün yargı yetkisi gibi kamu hizmeti faaliyetleri, koşulsuz benimsenir. Bir anlaşmazlık durumunda kendi feodal beyleri kimse ona başvururlar ve kuracağı mahkemenin vereceği hükmü kabul ederler.²³ Bu bağlam-

¹⁷ Göze, s. 67.

¹⁸ Pınar Ülgen, "Ortaçağ Avrupa'sında Feodal Sisteme Genel Bir Bakış", *Mukaddime*, 2010 C. 1, S. 1, s. 4.

¹⁹ Göze, s. 68.

²⁰ Sander, s. 74.

²¹ İlyas Doğan, *Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler*, 3. baskı, Astana Yayınları, 2013, s. 218.

²² Ülgen, s. 6.

²³ Göze, s. 77.

da, üst sınıf mensuplarının sözleşmeler sistemi aracılığıyla kendilerinince tayin ettikleri hukukun ortaya çıkardığı toplumsal ilişkiler ağını bir iktidar yapısına dönüştürdüğü görülmektedir.

Feodalitenin kendi içerisindeki hak mücadelesinin ürünü 1215 tarihli Magna Carta Libertatum, demokrasiye erişilmesinin ilk adımı olarak²⁴ hukuk devleti anlayışı bakımından öncü bir metin olmuştur. Siyasi iktidarın meşruluğunu sorgulamaya açarak yönetimin takdire dayanan keyfi uygulamalardan arındırılmasını amaçlayan hukuk devletinin bir yazılı belgede yer bularak pozitif hukuka dönüşme geçmişi, Magna Carta'ya kadar uzanmaktadır.²⁵ Bu metni hukuk devleti olgusu açısından önemli kılan en temel özellik, kimseyi hukukun üstünde konumlandırmayarak hukukun üstünlüğü ilkesine yer vermiş olmasıdır.²⁶

D. YENİ ÇAĞ

Yeni Çağ ile yükselen kral-devletlerin hüküm sürdüğü dönem, zorba devletin görünürlüğünün arttığı bir zaman dilimi olmuştur. Hukuk devleti bakımından kurumsal bir devlet anlayışı önem arz eder. Buna mukabil, mutlak monarşiler çağında devlet ile kralın kişiliği bir tutulmuştur.²⁷ Kendisini krallığının merkezinde tasavvur etmesinden olsa gerek "*L'État c'est moi*" (devlet benim) dediği söylenen²⁸ Fransızların güneş kralı XIV. Louis'nin devleti öz varlığı ile birleştirdiği görülmektedir. Kral ile devletin iç içe geçtiğini ve devlete ayrı bir hukuki kişilik tanınmadığını gösteren bu durum aydınlanma mutlakiyeti ile değişmiş,²⁹ aradan bir asır geçmemişken XV. Louis 1771'de ilan ettiği fermanında; "*Bazı kurumlar vardır ki onları değiştirmeye bizim gücümüz*

²⁴ Karl Doehring, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), çev. Ahmet Mumcu, 4. baskı, İnkılap Yayınları, 2002, s. 259.

²⁵ Kralın yetkilerini kısıtlayan bu durum, (1688) Bill of Rights ile daha da genişleyecek ve kralın Common Law karşısında görevli sayıldığı, diğer bir deyişle hukuk kuralına bağlı olduğu kabul edilecektir. Doehring, s. 52.

²⁶ Göze, s. 471. 39. maddede, -mahkemelerce kanunlara uygun olarak alınan bir karar olmadıkça- kralın özgür kişilerin mallarına el koyamayacağı ve bu kişileri sürgüne yollamayacağı, tutuklayamayacağı, mahkûm edemeyeceği ve herhangi bir şekilde zarara uğratacak eylemlerde bulunamayacağı hükme bağlanmıştır. Göze, s. 472.

²⁷ Doehring, s. 48.

²⁸ İl Han Özyay, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, 2002, s. 30.

²⁹ Doehring, s. 48.

yetmez ve biz onlar karşısındaki bu güçsüzlüğümüzden kıvanç duyarız”³⁰ diyerek kişisel iktidar ile kurumsal iktidar arasındaki ayrımı kabul etmek zorunda kalmıştır.

Kralın kişiliğinden arındırılabilmiş kurumsal bir devlet³¹ ihtiyacı ile hukuka bağlı devletin inşa edilmesine yönelik olarak devletin sınırlandırılması, devlete ayrı bir hukuki kişilik kazandırılarak mümkün olabilir. Orta Çağ’dan bu yana süregelen taç giyme törenlerinde kralın Tanrısal iktidara ve geleneklere uygun hareket edeceğine dair yemin etmesi,³² hukuka bağlılığın taahhüt edilmesidir. Prusya kralı II. Friedrich’in kendini devletin birinci hizmetkârı olarak gördüğünü söylemesi,³³ kralın kişiliğinden ayrı tutulan devletin hukukun konusu yapılması gayretinin neticesidir. 17. yüzyıl başlarında İngiltere kralı I. James’in idam cezası fermanına yargıç Lord Coke’un “Kral insanlara değil, Tanrı’ya ve hukuka tâbidir” sözleri ile yargısız infaz yapılamayacağına dair itirazı ise yönetimde hukuk devleti arayışının işaretlerindendir.³⁴ Kadim dönemlerden bu yana -iki bin yılı aşkın bir süredir³⁵- zikredilen devlet kudretinin sınırsız olamayacağı düşüncesi, bundan böyle daha çok taraftar kazanmıştır.

II. HUKUK DEVLETİNE GİDEN YOL

Hukuk devletine giden yolda önemli olan iki devlet türüne ayrıca yer vermek gerekir. Bunlar, feodal düzenin kamu gücünü toprak sahipliğine dayanan ekonomik esaslara bağladığı patrimonyal devlet ve bireylerin hak ve özgürlüklerden mahrum edildiği polis devletidir. Bugünün hukuk devleti anlayışı öncesinde insanlığın deneyimlediği patrimonyal devlet ve polis devleti yaklaşımlarında yaşanan gelişmelerle hukuk devletine giden yolun açıldığı söylenebilir. Öğretide, pat-

³⁰ Özay, s. 41.

³¹ Özay’ın Cesare Pascarella’dan aktardığına göre, çıkacağı yolculuk için bir gemi arayan Kristof Kolomb’un kendisinin yüce bir kral mı yoksa sıradan bir insan mı olduğu sorusuna Aragon Kralı II. Ferdinand şöyle yanıt vermiştir: “Kral olmasına kralım, bunda kuşku yok; ama her aklıma eseni de yapamam ya...” Özay, s. 48.

³² Brian Z. Tamanaha, “The History and Elements of the Rule of Law”, Singapore Journal of Legal Studies, 2012, s. 237.

³³ Doehring, s. 48.

³⁴ Meltem Dikmen Caniklioğlu, “Hukuk Devletinde Siyasî İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 10, S. 1, s. 13-14.

³⁵ Stein, s. 297.

rimonyal devlet ve polis devleti yaklaşımlarının sonrasında modern anlamda hukuk devletine ulaşıldığı genel olarak kabul ediliyor olsa da bu devlet yaklaşımlarının geride kalmadığının ve hukuk devletinin bir ideal olması gerçeği karşısında hukuk devletine saf ve keskin bir geçişten söz edilemeyeceğinin altı çizilmelidir.

A. PATRİMONYAL DEVLET

Kıta Avrupası hukuk doktrininde Almanca *Patrimonialstaat* ve Anglosakson hukuk yazınında İngilizce *patrimonial state* olarak terimleştirilen devlet anlayışı için, Türkçe öğretilerde yazarların “mülk devleti” tabirini kullandıkları görülmektedir.³⁶ Bu devlet anlayışında yönetilenlerin üstünde yaşadıkları topraklarla birlikte yöneticilerin mülkü olarak görülmesi sebebiyle başvurulduğunu tahmin ettiğimiz bu kullanımın, yanlış olduğu öne sürülemez. Ancak mülk devleti ifadesi kavramsal olarak salt idare hukuku yazınına özgüleniyor gibi anlaşılmakta, daha- sı; mülk sözcüğü seçimi *patrimonial* kavramını karşılamamakta ve mülk devleti ibaresinin kullanımı bu devlet yaklaşımının terim anlamını vermemektedir. Dolayısıyla bu çalışmada, ilgili ibarenin mülkiyet hakkına dayanan -bahse konu devlet yaklaşımının tarihsel gerçekliğine karşıt biçimde- olumlu çağrışımlar yapmasının yanı sıra bu yönetim anlayışının bütün bir toplum üzerinde oluşturduğu ekonomik eşitsizlikleri izah etmekte yetersiz kalabileceği düşüncesine dönük eleştirel hukuk bakış açısıyla, mülk devleti tabiri tercih edilmemiştir. Bunun yerine söz konusu devlet yaklaşımını yansıtan kavramın Türkçe yazılışı olan patrimonyal ifadesine başvurulmuştur. Ancak patrimonyal kelimesi de Türkçe’de yerleşik olarak kullanılmamaktadır.

³⁶ Başta duayen idare hukukçusu ordinaryüs Sıddık Sami Onar olmak üzere çoğu yazar, kavramı mülk devleti olarak ifade etmiştir. Bu geleneği başlattığını tahmin ettiğimiz Onar’ın esasen konuya ilişkin olarak başlarda -yazımına 1938’de başladığı ve 1944 tarihinde ikinci baskısı yayımlanan eserinde görüleceği üzere- böyle bir tabir vermediği ve anlatımında “patrimonial” sözcüğünü geçirdiği görülmektedir. Bkz. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku Birinci Cilt*, 2. bası, İsmail Akgün Matbaası, 1944, s. 113. Bundan 22 yıl sonra 1966 yılında basılan -önsözünde yazımına 1951’de başladığını söylediği- eserinde ise, bu devlet anlayışını “mülk-devlet teorisi” olarak adlandırmıştır. Bkz. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları I. Cilt*, 3. bası, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 124. Hukuk tarihçisi Ahmet Mumcu ise, farklı bir ibareye başvurmuştur. 2001 yılında Türkçe çevirisini yaptığı Karl Doebling’in kitabında, Mumcu’nun kavramı “yönetim devleti” olarak tercüme ettiği anlaşılmaktadır. Bkz. Doebling, s. 210.

Kanaatimizce yöneticilerin ülke üzerindeki ekonomik kaynaklara tam hâkimiyetine dayanması sebebiyle bu devlet rejimine patron devleti demek, anlam ve kapsamını doğruca vermek bakımından isabetli olabilir. Zira patron devleti teriminin tercihi, doktrinel anlamda aslına³⁷ ve kavramın doğduğu dillerdeki karşılığına³⁸ uygun düşmektedir. Nitekim bu devlet sisteminin esası, yönetici sınıfın her şeyin belirleyicisi olarak patron konumunda olduğu bir ekonomik ilişkiler ağıdır.³⁹ Yine patron devleti tabiri, Orta Çağ'a ait bu devlet yaklaşımının geçmişte kalmadığını gösterebilecek ve bugünün dünyasında karşılaşılan izleri⁴⁰ ile bağ kurulmasını sağlayabilen bir modern algıyı yansıtabilecek özelliktedir. Vurguladığımız nedenlerle, mülk devleti ifadesinin yerini bu tabirin alması tarafımızca önerilmektedir.

³⁷ Patrimonialstaat ile güçlü bir ya da daha fazla sayıda patriarkın (aile ya da kabilenin başındaki kişi) hüküm sürdüğü siyasal yapı tarif edilir. Bu yapı, Alman sosyolog Max Weber'in özellikle *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie* adlı eserinde ortaya koyduğu patrimonyalizm ve sultanizm gibi kavramlar ile de genişletilerek izah edilir. Yine patrimonyal terimi genellikle patriarşi yani ataerkillik ile ilişkilendirilir. Bu konuda bkz. Mikhail Ilyin, "Patrimonialism. What Is Behind the Term: Ideal Type, Category, Concept or Just a Buzzword?", *Redescriptions: Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory*, 2015, C. 18, S. 1, ss. 26-51.

³⁸ Patrimonial ve patron kelimeleri aynı kökten gelmektedir. Her iki sözcük de baba, ata anlamına gelen Latince *pater* kelimesinden türemiştir. Merriam-Webster, "Patrimonial", Merriam-Webster.com legal dictionary, 22 Şubat 2022 tarihinde <https://www.merriam-webster.com/legal/patrimonial> adresinden erişildi. Ayrıca Türk Dil Kurumu'na göre Türkçe'ye Fransızca'dan geçen patron kelimesinin sözlük anlamı, "bir ticaret veya sanayi kurumunun sahibi, başı, işvereni" olarak verilmektedir. Türk Dil Kurumu, "Patron", Güncel Türkçe Sözlük, 22 Şubat 2022 tarihinde <https://sozluk.gov.tr/> adresinden erişildi.

³⁹ Geleneksel yöntemlerle elde edilmiş ekonomik avantajlara dayalı olarak ekonomik gücün korunduğu bir siyasal yönetim ile açıklanan bu devlet anlayışının sürdüğü dönemde, aynı zamanda Avrupa'da -kısaca ticaretçilik olarak tarif edilebilecek- merkantalizm doğmuştur. Bu konuda bkz. Immanuel Wallerstein, *Modern Dünya Sistemi II Merkantalizm ve Dünya Avrupa Ekonomisinin Güçlendirilmesi*, 1600-1750, çev. Latif Boyacı, Yarın Yayınları, 2012. Bu devletin ülke topraklarının alınıp satılabildiği ya da devredilebildiği bir ticari organizasyonlar zincirine dayanması ve merkantalizm yani ticaretçiliğe geçişteki rolü, -patron kelimesinin Türkçe'deki yeri ve yaygın kullanımı da düşünüldüğünde- patron devleti tabirini desteklemektedir.

⁴⁰ Örneğin günümüzde Rusya'da siyasi iktidara fiilen hâkim konumda olan ve ülkenin ekonomik kaynaklarını büyük oranda elinde tutan oligarkların her biri, büyük sermaye şirketlerinin patronu olan iş adamlarıdır. Bu bakımdan Orta Çağ patrimonyal devletin benzer görünümüne, modern dünyada de facto olarak rastlanabilir. Zira oligarşik bir yönetim biçimi olan patrimonyal devlette ülke, bir grup güçlü ve ayrıcalıklı elit arasında paylaşılmıştır.

Patrimonyal devlet, “işgal ettiğin yer sana aittir” gibi bir yaklaşımın teşkilatlanmış halidir. Bu gerçekliğin esasen modern yaşama çok uzak olduğunu söylemek haksızlık olur. Zira bugün de bir başkasına ait olanın hukuksuz olarak zaptedildiği pek çok durumla karşılaşmak mümkündür. İnsana içkin bu yazgıyı Rousseau, şu veciz deyişiyle ifade eder: “*Bir parça toprağı çitle çevirerek ‘Bu benimdir’ diyen ve ona inanacak denli saf başkalarını bulan ilk insan, uygar toplumun gerçek kurucusu oldu*”.⁴¹

Hukuk devleti ideale ulaşma yolunda, idari anlamda ilk olarak patrimonyal devlet tecrübe edilmiştir. Patrimonyal devlet anlayışının temelleri, Orta Çağ hâkim toplumsal yapısı feodaliteye⁴² ve feodal düzen ile ortaya çıkan parçalanmış siyasal yapıya dayanmaktadır. Bu anlayışa göre devlet, o devleti yönetenlerin malıdır. Kral ile lordlar yani feodal beyler, ülke topraklarının tamamının ve ülkede yaşayan herkesin sahibidir. Bununla birlikte patrimonyal devlet anlayışında devlet kudreti, kral ve feodal beyler arasında -vurgulanan mülkiyet ilişkisi bozulmaksızın- paylaşılmıştır.⁴³ Devlet, bu patronlar ağının kontrolü altındadır. En büyük feodal bey olan kralın sonsuz hak ve yetkileri sistem içerisinde bölünmüş, feodal beyler ve kilisenin yanı sıra kimi yöntemlerle imtiyaz elde etmiş kentlere verilen bazı hak ve yetkilerle sınırlamaya tabi tutulmuştur.⁴⁴

Roma hukukuna dayanan kamu hukuku-özel hukuk ayrımının benimsenmediği⁴⁵ ve kamusal gücün kullanımında mülkiyetin esas alındığı patrimonyal devlette halk yani yönetilenler, o devlet üzerindeki egemenlerin malı sayılmaktadır.⁴⁶ Bir meta olarak üzerinde yaşadıkları toprak ile birlikte alınıp satılabilir, sözleşme ya da miras ile başkalarına devredilebilirler.⁴⁷ Bu durum, mülkiyete dayanarak kamu

⁴¹ Jean-Jacques Rousseau, İnsanlar Arasında Eşitsizliğin Kökeni, çev. Aziz Yardımlı, 2. baskı, İdea Yayınevi, 2011, s. 63.

⁴² Fazıl Hüsnü Erdem, “Hukuk Devleti ve 1982 Anayasası”, *Liberal Düşünce Dergisi*, 1999, C. 4, S. 16, s. 38.

⁴³ Ali Kuyaksil, “Hukuk Devleti Kavramı ve Türkiye’de Gelişimi”, *KSÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 4, S. 2, 2007, s. 32.

⁴⁴ A. Şeref Gözübüyük/Tekin Akıllıoğlu, Yönetim Hukuku, 6. baskı, Turhan Yayınevi, 1993, s. 21.

⁴⁵ Gözübüyük/Akıllıoğlu, s. 21.

⁴⁶ Ahmet M. Güneş, “Über Die Rechtsstaatlichkeit”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 20, S. 33, s. 7.

⁴⁷ Güneş, s. 21.

gücünü elinde tutan kralın ve feodal beylerin mutlak hak ve yetkileri anlamına gelmektedir. Kral ve feodal beyler, hak ve yetkilerini hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın kullanabilir ve bunları sözleşme ile devredebilir.

Patrimonyal devletinde devleti yönetenleri bağlayan herhangi bir koşul yoktur. Arzu ettikleri bir yetkiyi doğrudan ve şahsen sağlayabilir, denetimsiz olarak kullanabilirler. Mülkiyete dayanan⁴⁸ kamu gücünü elinde bulundurmaları, kralın ya da lordların yetkilerini herhangi bir kurala bağlı olmaksızın kullanmasının önünü açmıştır. Patrimonyal devletin faaliyet alanlarının sınırlarını belirleyen bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Kuvvetler ayrılığından bahsedilemeyecek bu devlette kamusal kudretin kullanımında karşılaşılan başıboş uygulamalar, yargı alanına da yansımıştır. Kral, feodal bey vb. imtiyazlı sınıfların sahip oldukları yargısal yetkilerini,⁴⁹ kurdukları *sui generis* mahkemeler aracılığıyla hukuksuz biçimlerde kullandıkları görülmektedir.

Patrimonyal devletin toplumsal yapısı zamanla aşınmıştır. Kralların güç kazanmasıyla feodal beylerin ve kilisenin etkinliği sona ermiştir. Merkezi otoritenin güçlenmesi sonucu, kralın sınırsız egemenliğini yansıtan polis devleti anlayışı gelişme göstermiştir. Böylece kralın mutlak yetkilerini paylaşmak zorunda kalmadığı bir dönem ile patrimonyal devlet anlayışının yerini, despotizmden beslenen polis devleti almıştır.⁵⁰ Devletin hukuka bağlılığı konusunun önemine dair yaşanan gelişmeler bakımından patrimonyal devlet aşamasının akabinde kronolojik sıraya da uygun biçimde polis devleti incelemeye tâbi tutulmalıdır.

⁴⁸ Erdem, s. 38.

⁴⁹ Gözübüyük/Akılhoğlu, s. 21.

⁵⁰ Ancak bu değişimin kökten ve kesin olmadığı vurgulanmalıdır. Günümüzün özel hayat telakkilerinde dahi patrimonyal devlet anlayışından kalma uygulamaların izlerine rastlanabilir. Örneğin 20. yüzyılın başlarına dek, babalarının ve eşlerinin malı olarak görülen İngiliz kadınların bir mülk üzerinde sahipliklerine ya da işletmelerine izin verilmiyordu. Ayrıca geleneklere göre, eşinden ayrılmak isteyip boşanmayı maliyetli bulan koca, kadını açık artırmaya çıkararak satıyordu. Kadın eş, boynuna takılan kayış ile müzayedeye götürülürdü. Böylece koca, kadın üstündeki mülkiyetini ispat ediyordu. Fatmagül Berktaş, Tarihin Cinsiyeti, 6. baskı, Metis Yayınları, 2018, s. 44. Yine 1970'lere kadar İngiltere'de kocanın karısıyla zina yaptığı kanıtlanan erkeklerden tazminat talep etme hakkı varken kadınların böyle bir hakkı bulunmuyordu. Berktaş, s. 43. Kadının kocasının malı olarak görüldüğünün açık bir göstergesi olan bu gibi uygulamalar, bu devlet anlayışının birer yansımasıdır.

B. POLİS DEVLETİ

Yunanca bir sözcük olan polis, etimolojik kökeni itibarıyla kent/şehir anlamını taşımaktadır. Bununla birlikte bu kelime, şehrin idaresi manasında siyasal rejim ve devlet düzeni ile ilişkilendirilmektedir.⁵¹ Nitekim politika kelimesi, aynı kökten türemiştir. Günümüzde polis sözcüğü, asayişin sağlamak üzere görevli kolluk güçleri için kullanılmaktadır. Ancak polis devleti, kolluk olan polis tarafından idare edilen devlet anlamına gelmemektedir. Zira burada polis ifadesi daha geniş anlamdadır⁵² ve polis ile kastedilen devlet kudreti ve kamusal otoritedir.⁵³ Fransız Devrimi'nin yaşandığı 18. yüzyıl sonlarına dek Avrupa'da kral-devletler hüküm sürmüştür. 17. ve 18. yüzyıla tekabül eden bu yıllarda, Kıta Avrupası devletlerinde merkezi yönetimin mutlak gücüne dayanan siyasal rejimleri yansıtan devlet anlayışına polis devleti denmektedir.

Polizeistaat terimiyle bir Alman hukuk doktrini deyimi⁵⁴ olarak ilk kez Almanya'da ortaya atıldığı görülen polis devleti kavramı, toplumsal huzurun tesisi için her türden tedbire başvurabilen, bu yolda bireyleri yükümlü kılarak bireysel hak ve özgürlüklere müdahale etmekte beis görmeyen ve kendini herhangi bir biçimde hukukla bağlı görmeyen devleti ifade etmektedir.⁵⁵ Bu meyanda polis devleti, sınırsız ve kontrolsüz bir kamusal güç kullanımını ihtiva etmektedir. Kendini hukuka bağlı hissetmeyip salt güç odaklı olarak hareket eden⁵⁶ devlettir. Antik Yunan geleneğinin devamı olarak polis deyimi, geniş anlamıyla kamuyu ilgilendiren tüm devlet faaliyetlerine işaret etmektedir. Devletin bu faaliyetleri yerine getirmekte kullandığı sınırlamalardan ve denetimden yoksun⁵⁷ gücü ise, *Polizeigewalt* yani polis kuvveti şeklinde isimlendirilmiştir.

⁵¹ Aristoteles düşüncesinde devleti ifade eden polis, her şeyi kapsama iddiasındadır. Doğan, s. 33.

⁵² Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. baskı, İmaj Yayıncılık, 2011, s. 38.

⁵³ Gözübüyük/ Akıllıoğlu, s. 22. Kuyaksil, s. 32.

⁵⁴ Doehring, s. 208.

⁵⁵ Günday, s. 37-38.

⁵⁶ Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 10. baskı, Siyasal Kitabevi, 2013, s. 116.

⁵⁷ Günday, s. 38.

Polis devletinin yönetim tarzı, ‘hikmet-i hükümet’⁵⁸ düşüncesi ile bağdaştırılabilir. Hikmet-i hükümet, devleti amaç ve kendinde bir varlık olarak değerlendirmektedir. Buna göre devletin hikmeti, hukuk ile bağlı değildir ve ondan önce gelmektedir. Asıl olan devletin varlık ve bekasıdır ve herhangi bir amaç bunun önüne geçemez.⁵⁹ Devlet organizasyonunun her icraatı meşru görülür. Herhangi bir ahlaki ya da hukuki sınır çizilmeyen bu icraatın devletin bekası için başarı getirecek girişimler olması meşruiyet kazanmaları için yeterlidir.⁶⁰ Bu yolda devlet aygıtı için faaliyete bulunanların sorumlu tutulması da mümkün değildir. Kral vb. devlet adamlarından oluşan yönetici sınıfın yargısal bağımsızlığı vardır.⁶¹ Bu yaklaşım, devletin hukuk ile bağlanmasını benimsemediği ve devletten başkasının üstün tutulmasına cevaz vermediği için polis devleti ile uyusmaktadır.

Polis devletinde yönetim anlayışı keyfiliğe ve kural tanımazlığa dayanmaktadır. Devlet idaresi, despot bir kralın elindedir. Sınırsız yetkilerle donatılmış olan kral, dilediğini yapabilir. Krala yönetilenler üzerinde tam bir sorumsuzluk tanınmıştır. Nitekim kralın tüm faaliyetlerini, rejimin temsilcisi olarak devlet adına yürüttüğü kabul edilmektedir. Bu yetkinin kaynağı, patrimonyal devlette olduğu gibi mülkiyet değil temsil ettiği ilahi güçtür.⁶² Temsil yetkisi ise kralın şahsından doğmaktadır. Kralın egemenlik yetkisini doğrudan doğruya şahsından almasından dolayı devlet ile kralın şahsının birleştiğini söylemek mümkündür.⁶³ Bununla birlikte kral, yetkilerini patrimonyal devlettekine benzer biçimde kullanmaktadır.

Polis devletinde kamu gücünün tamamı, kral ve onu temsil eden organlar nezdinde toplanır. Devletin başında olan kral, diğer tüm devlet görevlilerini belirler. Bu görevliler, kralın verdiği emirleri, temsilci sıfatıyla uygulamaktadır. Bu yüzden yönetilenlere verdikleri zararlar-

⁵⁸ Sancar, hikmet-i hükümet tabiri yerine “devlet aklı” ibaresini kullanmakta ve bu ibare üzerinden kavram analizini yapmaktadır. Bkz. Mithat Sancar, “Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti, 6. baskı, İletişim Yayınları, 2012, s. 13 vd.

⁵⁹ Erdoğan, s. 116.

⁶⁰ Sancar, s. 48.

⁶¹ Erdoğan, s. 116.

⁶² Özey, s. 25.

⁶³ Hayrettin Yıldız, “Hukuk Devleti’nin Gelişim Sürecinde Mülk Devleti ve Polis Devletinin Yeri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 15, S. 2, s. 218.

dan ötürü kral gibi sorumsuz kabul edilirler.⁶⁴ Kralın kutsal kabul edilen devlete hâlel getirmemekle ve devlete yönelik tehlikeli girişimleri önlemekle görevli olduğuna inanılır. Bu durum, öngörülebilir olmayan bir kamu düzenine ve devlet yönetimine yol açmaktadır. Devlet çıkarı gibi muğlak birtakım kavramlara dayanarak alınan emirler sorgulanmaksızın uygulanmakta⁶⁵ ve yönetilenlere dikte edilmektedir.

Polis devletinde yöneticilerin yönetilenler üzerindeki her türden eylem ve işlemlerinde mutlak sorumsuzluk esası benimsenmiştir. Hukuki bağlayıcılık anlamında yalnızca egemenin belirlediği kurallar ile Tanrı buyruğu olan dini emirlerden bahsedilebilir.⁶⁶ Muktedirin iki dudağı arasından çıkan her söz, sorgusuz sualsiz emir telakki edilir. Bu emirlerin yargı vb. organlar ile ortadan kaldırılması söz konusu değildir. Bu manada, polis devletinde idari kararlarının yargısal denetiminden bahsedilemez.

Polis devletinde devletin bekası ve kamusal çıkarlar esastır. Bir polis devletinde rejim, kendince lüzumlu addettiği her uygulamaya girişebilir. Bu rejimde, kişisel hak ve özgürlüklerinin öneminden bahsedilmesi mümkün değildir. Özgürlükleri ölçsüz olarak sınırlamasının ve kişilere ağır yükümlülükler getirmesinin önünde herhangi bir engel yoktur. Tüm bunlar, devlet faaliyetlerinin bir kurallar dizgesi ile işlemediği anlamına gelmemektedir. Bununla kastedilen, daha ziyade mevcut kuralların yöneticileri bakımından sınırlayıcılığının bulunmamasıdır.⁶⁷ Her ne kadar polis devletinde belirli kurallara dayalı bir sistemden söz edilebilse de bu kurallar yalnızca yönetilenleri kapsamaktadır. Yönetici sınıf, devletin üstün yararının gözetilmesi gibi gerekçelerle bu kurallardan muaf tutulmuştur.⁶⁸

Esasında polis devletinde mer'î olan bir hukuk sistemi bulunmakla beraber devletin, bu sistemin öngördüğü kurallara tâbi kılınmadığı görülmektedir. Tam da bu yüzden polis devleti, hukuku olan ancak kendisini hukukla bağlı tutmayan devlettir.⁶⁹ Bu husus, devletin yetki

⁶⁴ Güneş, s. 7.

⁶⁵ Kuyaksil, s. 32.

⁶⁶ Özay, s. 26.

⁶⁷ Kuyaksil, s. 32.

⁶⁸ Yıldız, s. 219.

⁶⁹ Mehmed Akad/Bihterin Vural Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, 7. baskı, Der Yayınları, 2013, s. 318.

alanını kısıtsız olarak genişleterek devlet gücünün kullanımında keyfiliğe ve orantısızlığa yol açmıştır. Böylece mutlak bir rejim ve o rejimin keyfi yetkileriyle donatılmış yönetici sınıfın bireylerin hayatına doğrudan müdahale edebilmesine olanak veren bir keyfi düzen, kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu gibi keyfi ve kontrolsüz uygulamaların önünün açıldığı bir ortamda, bireylerin hukuki güvenliğinin tehlike altına girmesi kaçınılmazdır.⁷⁰

Polis devleti dendiğinde daha ziyade hukuk devleti olamamış, eski baskıcı ve otoriter rejimler anlaşılır. Ancak çağdışı bir yönetim anlayışı olan polis devleti uygulamalarının ortadan kalktığını söylemek güçtür. Yakın tarihte ve günümüzde dünyanın farklı coğrafyalarında bu yaklaşımı yansıtan pek çok devlet pratiği⁷¹ ile karşılaşmak mümkündür. Monarşinin hüküm sürdüğü ve otoriteriyenizm ve totaliteriyenizme dayanan idarelere artık doğrudan rastlanmıyor olsa bile bugün de sözde demokratik yöntemlerle siyasi iktidarı elde eden çoğunlukçu yönetimlerin baskıcı rejimlere dönüşebildiği tecrübe edilmektedir.⁷²

Polis devleti yaklaşımında önceleri benimsenen katı tutumda esneklikler olmuş ve ilerleyen dönemlerde yönetilenlere kimi hukuki güvenceler sağlanması yoluna gidilmiştir. Kısıtlı da olsa yönetilenlerin yargısal güvenceleri haiz olmalarının önü açılmıştır. Yönetilenlere devlet faaliyetleri nedeniyle uğradıkları zararları tazmin etme hakkı verilmiş ve bunun için yargıya başvurma olanağı getirilmiştir.⁷³ Hazine teorisi olarak adlandırılan bu uygulamalara hukuk devletine giden yol başlığı altında ayrıca değinilecektir.

II. HUKUK DEVLETİNİN GELİŞİMİ

Patrimonyal devlet ve polis devleti yaklaşımlarını törpüleyerek hukuk devletine giden yolu belirginleştiren ve olumlu ya da olumsuz uygulamalar olmalarından bağımsız olarak hukuk devletinin geliş-

⁷⁰ Akad/Vural Dinçkol, s. 318.

⁷¹ Bu duruma polis devleti niteliğindeki baskıcı iki rejimden örnek verilebilir. Ekim Devrimi sonrası hazırlanan 1922 tarihli Sovyetler Birliği Ceza Kanunu ve Nazizm eseri olan 1935 tarihli Alman Ceza Kanunu'nda, polis devletinin keyfi uygulamalarına karşı bireyin korunması amacıyla geliştirilen "suç ve cezada kanunilik ilkesi" özellikle düzenlenmemiştir. Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. baskı, US-A Yayıncılık, 2018, s. 22.

⁷² Kuyaksil, s. 32.

⁷³ Günday, s. 38.

minde ve esasen ideal hukuk devletinin ne olduğunu tespit etmekte önem arz eden başlıca iki devlet yönetimi pratiğine birer başlık açarak değinmekte fayda vardır. Bunlardan ilki polis devletine karşı olumlu bir gelişme mahiyetinde, yönetilenlere birtakım yasal teminatların sağlanması⁷⁴ adımı olarak hazine teorisidir. İkincisi ise hukuk devletinin temel bileşeni olan sistemli kuralları yansıtmakla birlikte pozitivist yaklaşımlar gölgesinde hukuk devleti idealinde geriye gidişi temsil eden bir olumsuz gelişme olarak kanun devleti modelidir.

A. HAZİNE TEORİSİ

18. yüzyılda Almanya'da geliştirilen hazine teorisi anlayışı, hukuk devleti yolunda katedilen mesafede önemli bir adım olmuştur. Almanca *Fiskustheorie* terimi ile ifade edilen bu sistem ile devletin eylem ve işlemleri sebebiyle zarar gören kişilere yargı makamları nezdinde sağlanan mali nitelikteki hukuki güvenceler kastedilmektedir. Bu yönüyle hazine teorisi, patrimonial devletin esası olan her şeyin sahibi olan yönetici anlayışından ve polis devletinin yıldırıcı adaletsiz uygulamalarından kayda değer bir kopuşu simgelemektedir. Özellikle polis devletinin kişileri tamamen hukuki korumadan yoksun bırakan yapısının bu dönemde hukuk alanında yapılan kısmi iyileştirmelerle esnetildiği söylenebilir.

Hazine teorisinde kralın şahsi malları ile kamu malları ayırımına gidildiği görülmektedir. Kralın şahsi mülk ve iratları haricinde kalan kamu malları ve kamusal gelirler devlet hazinesine geçirilerek özel hukuka tâbi kılınmıştır.⁷⁵ Böylece hazine, özel hukuk tüzel kişisi konumunu haiz olmuş ve yargısal denetimin öznesi haline gelmiştir. Artık devletten ayrı tutulan hazine, özel hukuk bakımından taraf ve hukuk düzeninin öngördüğü kuralların muhatabı olabilmektedir. Döneme hâkim polis devleti ideolojisinin ürünü olan hukuksuz devlet anlayışının hazine teorisi modeliyle aşılmak istendiği görülmektedir. Zira hazinenin özel hukuk kişisi yapılması suretiyle hazineye dava açmak, devlete dava açmak olarak değerlendirilmemiştir.⁷⁶

⁷⁴ Gözübüyük/Akılhoğlu, s. 22.

⁷⁵ Günday, s. 38.

⁷⁶ Kuyaksil, s. 32.

Hazine teorisinin köklerine Roma hukukunda rastlanmaktadır.⁷⁷ Eski Roma'da hazineye imparatorlardan ayrı bir statü tanındığı ve devletin haksız işlemleri nedeniyle hak kaybına uğrayan Romalıları yargı aracılığıyla tazminat hakkı verildiği bilinmektedir.⁷⁸ Bu minvalde hazine teorisinin temelinde, devlet faaliyetlerine bağlı olarak kişilerin uğradığı hak kayıplarının tazminat yoluyla giderilmesi yatmaktadır. Devlet müdahaleleri ile ortaya çıkan haksız mali işlemlere karşı özel hukuk hükümleri uyarınca hazine aleyhine dava yolu getirilmiştir.

Kamusal yarar amacıyla hareket eden devletten bunu yaparken yol açtığı zararların tazmin edilmesi düşüncesi, hazine teorisi modelinin esasını oluşturmaktadır. Kişilerin talebi halinde aleyhinde dava açma hakkına sahip oldukları hazinenin kamu kudretinin temsilcisi olarak her türlü denetimden arı tutulan devletten ayrı tutulması ile kimi mali hakların temin edilmesi mümkün olabilmektedir.⁷⁹ Hazine teorisi ile hazineyi devletten ayırma fikri, devlet iktidarında bölünmeye yol açtığı gerekçesiyle sakıncalı⁸⁰ bulunması rağmen yönetilenlere sağladığı hukuki güvenceler nedeniyle hukuk devleti kavramına geçişte yararlı bir işlev üstlenmiştir. Zira hazine işlemlerinin yargı faaliyetlerine konu olmasının önünün açılmasıyla, kişilerin hak arama özgürlüğü alanında bir kilometre taşı olmuş ve hukuk devletine dair dönüşüme kapı aralamıştır. Hazinenin devlete mündemec ve devlet tüzel kişiliğinin de tek olduğu gerçeği kabullenilmeye başlandıkça hazine teorisi yerini hukuk devleti anlayışına bırakmaya başlamıştır.⁸¹

B. KANUN DEVLETİ

Kanun, toplumsal yaşama dair belirli kuralları düzenleyen ve uyulmaması halinde yaptırımların öngörüldüğü yazılı ve biçimsel hükümlerden oluşur. Bu hükümlerin içeriği, her zaman akıl ve ahlak ile bağdaşmayabileceği gibi adil ve doğru olması da yer ve zamana göre değişebilir. Bu yüzden kanunların üzerinde bir hukuk ve adalet gerçeği vardır. Kanunlar, bu ilke ve kuramlardan beslenmelidir. Kanunu da ihtiva eden hukuk, ondan fazlasıdır. Yalnızca yazılı kurallar

⁷⁷ Gözübüyük/Akılhoğlu, s. 22.

⁷⁸ Yıldız, s. 221.

⁷⁹ Günday, s. 38.

⁸⁰ Kuyaksil, s. 32.

⁸¹ Günday, s. 39.

formundan ibaret değildir ve kuralların ne kadar adil olduğuyla da ilgilenir.⁸² Her hukuk sisteminin hukuk devleti idealiyle uyuşmayacağı⁸³ açıktır. Hukuk kavramı kanun kavramının ötesinde olduğu gibi, hukuk devleti de kanun devletinin ötesindedir.⁸⁴

Kanun devleti, devlet erkinin yürürlüğe konan kanunlara dayandığı bir devlet anlayışını açıklayan kavramdır. Devletin kudretini elinde tutan siyasi iktidar, çıkardığı kanunlarla devleti düzenlemekte⁸⁵ ve devletin hareket alanını tayin etmektedir. Kanun devleti, yönetimi şekillen⁸⁶ kanunlara dayanmakla beraber bu kanunların hukukun ilkelerine uyumunun bir kıstas olmadığı ve aynı kanunların hukukun amacı olan adalete ulaşma idealine değil de toplum üzerinde güç devşirmeye hizmet ettiği devlet yapısıdır. Kanunların niteliğinin yani hukuk ve adalet ihtiyacını karşılayıp karşılamadığının bir önemi yoktur. Bu manada kanunların ahlakiliğinden ya da evrensel hukuki standartlara uygunluğundan bahsedilemez. Ayrıca bu kanunların yasalaşma süreci yani anayasal normlarla ortaya konan yasa yapma usullerinin önemi üzerinde durulmaz. Egemen gücün iradesi, kanunların ihdas edilmesi için yeterli görülmektedir. Diğer bir deyişle siyasi iktidara sahip olanın açıkladığı irade, kanun hükmündedir.

Adil toplum düzeni bakımından amaçsal yorumlandığında hukuk devleti ile örtüşmeyen kanun devleti ondan ayırt edilmelidir. Zira kanun devletinde hukukun keyfi⁸⁷ kanunlar yoluyla araçsallaştırılması söz konusudur. Üstelik bu hukukun unsuru olan biçimsel yapı yani kurallar silsilesi ile yapılmaktadır. Egemenin çıkardığı kanunlar ile hukukun üstlendiği adaleti sağlama işlevinden uzaklaşılır. Kanun

⁸² Buna karşı çıkan hukuki pozitivizm, bir kuralın adil olup olmaması üzerinde durmaz ve onun toplumdaki hukukun kaynağı ile illiyet bağına sahip olmasını geçerliliği için yeterli görür. Sururi Aktaş, "Hukuk Devleti İdeali Felsefi Bir Bakış", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, C. 1, S. 1, s. 5.

⁸³ Erdoğan, s. 117.

⁸⁴ Cicero şöyle demiştir: "Topluma en büyük ihanet, kötü yasalar yapmaktır". Özay, s. 47. M.Ö. 1. yüzyılda yaşayan Romalı söylev ustasının bu sözü, hukuk devletinin kanun devletinden farkını vurguluyor.

⁸⁵ Hasan Tahsin Göksu, "Kanun Devletinden Hukukun Üstünlüğüne", *Sayıştay Dergisi*, 2007, S. 64, s. 60.

⁸⁶ Erdem, s. 34.

⁸⁷ Ender Ethem Atay, "İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti", *Polis Dergisi*, 2003, S. 36, 10 Mart 2022 tarihinde <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=781> adresinden erişildi.

devletin yönetim pratiği, siyasi iktidarın varlığını ve gücünü sürdürmesinde kanunlara başvurularak hukukun aşındırılmasıdır. Yasama yetkisinin antidemokratik usullerle kullanılması suretiyle kanunlar adaletsiz devlet uygulamalarının kılıfı yapılmaktadır. Yönetim organı, yasama faaliyetleri üzerinde hegemonya kurmuştur. Kanunlar, rejimin bu hegemonik gücünün yansıması olarak ideolojik metinlere dönüşmektedir.

Kanun devletinde siyasi iktidarın iş ve işlemleri için yasal dayanaklar getirilmiş olsa da bireylerin demokratik talepleri göz ardı edilmekte, insan hak ve özgürlükleri birer lütuf olarak görülmektedir.⁸⁸ Kanunlar, yürürlükte ve geçerli kabul edilse de bunların hukuk ve adalete uygunluğu tartışmaya kapalıdır. Bürokrasi mekanizması yönetici sınıf lehine işletilir. Yargı sistemi ve mahkemeler kanunların çizdiği sınırlarda karar verir. Hukuku manipüle eden siyasi iktidar, kanun yapma gücü ile mevzuat devletine dönüştürdüğü siyasal yapıda baskıcı yönetimini yasallaştırmıştır.

Kanun devleti düşüncesi, devleti kutsayan geleneksel yaklaşımlar ile örtüşür. Bodin, Machiavelli ve Hobbes ile süregelen klasik egemenlik savunuculuğunun bir ürünüdür.⁸⁹ Devleti Leviathan yapan Hobbes'un kanunun mantıklı bir öngörü değil emri açıklayan bir irade olduğu savına benzer biçimde, kanun devletinde ahlak ve mantık çerçevesinde sorgulama yapılmaksızın bir emir olması sebebiyle kanuna uyulur.⁹⁰ Kanun devletinin mevzuatı, yönetilenlere hukuki güvenceler sağlamaktan ziyade egemene hizmet eder. Hukuk sistemi, kanunlar eliyle devlet kudretini insan odaklı olarak sınırlamaktan ziyade güçlendirmek üzerine işler. Yargısal makamlar, yönetim mekanizmasının güdümüne girmiştir. Yürürlükteki kanuni düzenlemeleri şekli olarak⁹¹ tatbik eden mahkemeler, esasen yönetici sınıfın gücüne boyun eğmiştir. Kanun devleti, hukuka uygun hareket eden devlet demek değildir. Bu halde ancak yönetimi yasalara dayanan şekli hukuk devletinden

⁸⁸ Göksu, s. 65.

⁸⁹ Göksu, s. 63.

⁹⁰ Carl Schmitt, "Liberal Hukuk Devletin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı", çev. Bilal Canatan içinde Hukuk Devleti, edr. Adnan Küçük, Ali Rıza Çoban ve Bilal Canatan, 2. baskı, Adres Yayınları, 2008, s. 132.

⁹¹ Göksu, s. 60.

bahsedilebilir.⁹² Adaletin tesisi için salt kanunlara dayanılmasının ve kanuni çerçevenin dışına çıkılmamasının devletin hukuka özgülenmesinde yeterli olduğu söylenemez. Kanun devletin yönetim anlayışında hukukun egemen olduğunu söylemek mümkün değildir.

19. yüzyıl sonlarına kadar kanun devleti görünümünde şekli bir hukuk devleti anlayışı hâkim olmuştur. Bu dönemde hukuk devletinin ilk kademesi⁹³ olarak kanun devleti, siyasi iktidarın kanunla sınırlandırılması bakımından hukuk devletinin gelişimine katkı sağlamıştır. Nitekim *état légal* terimiyle bir Fransız hukuk doktrini olarak kavramlaştırılan kanun devletinin düşünsel kaynağı, Fransız Devrimi'ne dayanmaktadır. Halk egemenliği ve milli irade fikriyatının kaynaklık ettiği bu anlayış demokrasiyle özdeşleşse de zamanla kuramsal boyutunda öngörülenin dışına çıkmış ve çoğunluğun tahakkümü olarak nitelenebilecek bir yönetim tarzına evrilmiştir.⁹⁴ Antik Yunan demokrasilerinde saf görünümleriyle karşılaşılacak bu yaklaşım, parlamentoda çıkarılan kanunlar ile toplumun nesne konumuna indirgendiği,⁹⁵ güçlü konumda olanların devleti tek elden yönetmesi gibi oksimoron bir durumu ortaya çıkarabilmiştir.

Kanun devletinde üstün olan hukuk değil, tıpkı polis devletinde olduğu gibi devlettir. Kanunlar halkı temsil eden meclis tarafından çıkarılsa da bu kanunların ülkedeki hak ve özgürlükleri güvence altına almak gibi bir çabası yoktur. Ortaya konan mevzuatın gayesi, siyasi iktidara itaat gösterilmesini ve rızanın devşirilmesini sağlayarak devlet otoritesini benimsetmektir. Çoğunluktan aldığı güç ile yasama mekanizmasına hâkim olan yönetim, arzu ettiği hedefe ulaşma yolunda istediği yasal düzenlemeyi yapabilir. Böylece milli irade olgusunun ardına saklanmak suretiyle kanuna uygun ancak hukuka aykırı bir durum meydana gelir. Yasal ancak meşru sayılamayacak bu sistem, kanun devletini izah etmektedir.

⁹² Erdem, s. 34.

⁹³ Atay a.g.e.

⁹⁴ Adolf Hitler önderliğinde hükümete gelen Naziler, parlamentodan çıkardığı yetki yasaları ile devleti ele geçirmiş ve nasyonel sosyalist diktatörlük dönemini açmıştır. Göze, s. 372. Bundan sonra Hitler'in her istediğinin yasa olduğu bir kanun devleti modeli olarak nasyonel sosyalist devlet ortaya çıkmıştır. Kanun devletinin ne denli tehlikeli bir rejime dönüşebileceğinin somut örneği, Nazi Almanyası'dır.

⁹⁵ Göksu, s. 64.

SONUÇ

Devlet, hukukun üstünlüğü olgusal ve ilkesel olarak geliştikçe demokratik ve özgürlükçü bir anlayışa teslim olabilmıştır. Tarihin kanlı sayfaları arasından çıkıp gelen ve yaşanan haksızlık tecrübelerinin bir ürünü olan hukuk devleti olgusu, adalet, insan onuru ve insan hak ve özgürlüklerine dair mücadelenin de neticesidir. Fikri kökeni oldukça eskilere dayanan bu olgu, klasik zamanlardan bu yana öne sürülen devlet gücünün sınırlı olması gerektiği düşüncesini esas alarak gelişmiştir. İzlerine katmanlı ve karmaşık biçimde Antik Yunan'da ve Eski Roma'da rastlanmakta ve patrimonial devletten polis devletine değin çeşitli ve çetrefilli pratikler ile karşılaşmaktadır. Hukuk devletine dair bu tarihsel kavrayış, modern ve mevcut yaklaşımlara ışık tutmaktadır.

Hukuk devleti, geçerli yasaları olan devlet anlamına gelmemektedir. Bu yönüyle kanun devletinden ayrılır. Hukuk devleti, hukuku olan devletten ziyade hukukun egemen olduğu devlettir. Hukuk devletin gelişimine dair yönetim anlayışlarının kuvvetler ayrılığı ve devlet fonksiyonlarına etkisine ilişkin şu çıkarımlar yapılabilir: Hak kuramları ve yasaların görünmez olduğu polis devletinde, devlet yönetimi idarecilerin takdirine bırakıldığı için yürütme organı tek erktir. Devlet yönetimini belirleyen yasaları kontrolsüz olarak çıkarma yetkisinin belirli bir zümre tarafından ele geçirildiği kanun devletinde ise yasama organı etkin erktir. Hukuk devletinde öne çıkan erk ise hak ve görevler ile bunları içeren yasaları gözetme ve yorumlamanın yanı sıra devlet yönetimine de hesap sorma yetkilerine sahip yargı organıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Ağaoğulları Mehmet Ali/Köker Levent, İmparatorluktan Tanrı Devletine, 7. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, 2011.
- Akad Mehmed/Vural Dinçkol Bihterin, Genel Kamu Hukuku, 7. baskı, Der Yayınları, 2013.
- Akın İlhan F., Devlet Doktrinleri, 2. baskı, Beta Yayınları, 2013.
- Berktaş Fatmagül, Tarihin Cinsiyeti, 6. baskı, Metis Yayınları, 2018.
- Doehring Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çev. Ahmet Mumcu, 4. baskı, İnkılap Yayınları, 2002.
- Doğan İlyas, Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler, 3. baskı, Astana Yayınları, 2013.

- Erdoğan Mustafa, Anayasal Demokrasi, 10. baskı, Siyasal Kitabevi, 2013.
- Göze Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 14. baskı, Beta Yayınları, 2013.
- Gözübüyük A. Şeref/Akılhoğlu Tekin, Yönetim Hukuku, 6. baskı, Turhan Yayınevi, 1993.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. baskı, İmaj Yayıncılık, 2011.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. baskı, US-A Yayıncılık, 2018.
- Kapani Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. baskı, Yetkin Yayınları, 2013.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukuku Birinci Cilt, 2. bası, İsmail Akgün Matbaası, 1944.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları I. Cilt, 3. bası, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, 2002.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 15. baskı, Yetkin Yayınları, 2014.
- Rousseau Jean-Jacques, İnsanlar Arasında Eşitsizliğin Kökeni, çev. Aziz Yardımlı, 2. baskı, İdea Yayınevi, 2011.
- Sancar Mithat, "Devlet Aklı" Kısacasında Hukuk Devleti, 6. baskı, İletişim Yayınları, 2012.
- Sander Oral, Siyasi Tarih İlkçağlardan 1918'e, 27. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, 2014.
- Uygun Oktay, Demokrasi Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar, On İki Levha Yayınları, 2011.
- Wallerstein Immanuel, Modern-Dünya Sistemi II Merkantalizm ve Dünya Avrupa Ekonomisinin Güçlendirilmesi, 1600-1750, çev. Latif Boyacı, Yarın Yayınları, 2012.

Makaleler

- Aktaş Sururi, "Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, S. 1, ss. 1-32.
- Dikmen Caniklioğlu Meltem, "Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C.10, S. 1, ss. 9-58.
- Erdem Fazıl Hüsnü, "Hukuk Devleti ve 1982 Anayasası", *Liberal Düşünce Dergisi*, 1999, C. 4, S. 16, ss. 32-56.
- Göksu Hasan Tahsin, "Kanun Devletinden Hukukun Üstünlüğüne", *Sayıştay Dergisi*, 2007, S. 64, ss. 59-68.
- Güneş Ahmet M., "Über Die Rechtsstaatlichkeit", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 20, S. 33, ss. 1-17.
- Ilyin Mikhail, "Patrimonialism. What Is Behind the Term: Ideal Type, Category, Concept or Just a Buzzword?", *Redescriptions: Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory*, 2015, C. 18, S. 1, ss. 26-51.
- Kuyaksıl Ali, "Hukuk Devleti Kavramı ve Türkiye'de Gelişimi", *KSÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, 2007, C. 4, S. 2, ss. 29-43.

- Misafir Selim, "Modern Zamanlarda Hukuk Devleti Olgusu", *Yargıtay Dergisi*, 2022, C. 48, S. 3, ss. 799-820.
- Schmitt Carl, "Liberal Hukuk Devletin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı", çev. Bilal Canatan içinde Hukuk Devleti, edr. Adnan Küçük, Ali Rıza Çoban ve Bilal Canatan, 2. baskı, Adres Yayınları, 2008, ss. 119-145.
- Stein Robert, "Rule of Law: What Does It Mean?", *Minnesota Journal of International Law*, 2009, C. 18, S. 2, ss. 293-303.
- Tamanaha Brian Z., "The History and Elements of the Rule of Law", *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, ss. 232-247.
- Ülgen Pınar, "Ortaçağ Avrupa'sında Feodal Sisteme Genel Bir Bakış" *Mukaddime*, 2010, C. 1, S. 1, ss. 1-18.
- Yıldız Hayrettin, "Hukuk Devleti'nin Gelişim Sürecinde Mülk Devleti ve Polis Devletin Yeri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 15, S. 2, ss. 211-230.

Elektronik Kaynaklar

- Atay Ender Ethem, "İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti", *Polis Dergisi*, 2003, S. 36, 10 Mart 2022 tarihinde <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=781> adresinden erişildi.
- Merriam-Webster, "Patrimonial", Merriam-Webster.com legal dictionary, 22 Şubat 2022 tarihinde <https://www.merriam-webster.com/legal/patrimonial> adresinden erişildi.
- Türk Dil Kurumu, "Patron", Güncel Türkçe Sözlük, 22 Şubat 2022 tarihinde <https://sozluk.gov.tr/> adresinden erişildi.

