

HUKUK DEVLETİ

HUKUKÎ BİR İLKE SİYASÎ BİR İDEAL

ALBERT V. DICEY
FRIEDRICH A. VON HAYEK
CARL SCHMITT
JOSEPH RAZ
ANDREI MARMOR
MICHEL ROSENFELD
JURGEN HABERMAS
HEINER BIELEFELDT
RONALD DWORKIN
CHRISTINE SYPNOWICH
ALİ RIZA ÇOBAN
ADNAN KÜÇÜK
ALİ AKYILDIZ
GERALD L. NEUMAN
YÜKSEL METİN

EDİTÖRLER: ALİ RIZA ÇOBAN, BİLAL CANATAN, ADNAN KÜÇÜK

2. baskı
ADRES
yayınları

BÖLÜM 3

Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti (Hukuk Devleti Siyasî İdeali)

Friedrich A. von Hayek

Çeviri:

Sevda Gültekin Aktolga

Ali Rıza Çoban

Önsöz

Mısır Milli Bankası'nın Anma Töreni Derslerini verme davetiyle onurlandırıldığımda, önerebileceğim en iyi şey uzun süredir üzerinde çalıştığım ancak henüz bitirmediğim bir çalışmanın geçici sonuçlarını takdim etmektir. Hala bazı yönlerden değişiklikler yapılması gerekmesine rağmen, vardığım sonuçların bir çerçevesini sunma fırsatından yararlandım. Bu nedenle burada sunacağım dersler bir tezin daha geniş bir incelemeyle geliştirilmesi gereken gelişmiş bir taslağı olarak telakki edilebilir. Mısır Milli Bankası'nın dersleri verildiği şekliyle yayınlama önerisini memnuniyetle kabul ettim çünkü bunları okuyanların yorum ve eleştirilerinden, sonraki ve daha detaylı iyileştirmeler için yararlanacağımı ümit ediyorum. Metnin taslak niteliğinde olması nedeniyle, olağan bir ders notuna göre daha ayrıntılı referanslar vermenin uygun olacağını düşündüm, böylece konu hakkında detaylı bilgisi olmayanların burada ileri sürülen sorunları takibine imkan verecektir. Bazı referansları, çalışmalarına arkadaşça ilgilerine ve nezaketlerine minnettar olduğum Dr. Shirley Letwin, Irene Shils ve Dr. Gerald Stovzh'a borçluyum..

F. A. HAYEK

Şubat 1955

DERS 1

Özgürlük ve Hukuk Devleti: Tarihsel Bir İnceleme

Tanrının bahşettiği topraklar üzerinde, miras yoluyla kendi ailelerinin efendileri olarak, tasarruf etme ve yararlanma özgürlüklerinin kökenindeki güç (özgürlüktür).

John Milton⁹⁷

1-Premsipler ve Demokratik Süreçte Temayül

Eğer bu derslerde bir zamanlar İngiltere örneğinde somutlaşmış olan bir dünya idealinden söz edersem, hatırdı tutmanızı isterim ki -esefle eklemeliyim- büyük ölçüde bu büyük ülkenin geçmişi hakkında konuşuyor olacağım. Şimdi bazen ona arkasını dönmüş gibi görünmesine rağmen bir zamanlar

⁹⁷John Milton, *The Tenure of Kings and Magistrates, Works*, ed. Richard Fletcher, 1838, s. 27.

İngiltere'nin dünyaya öğrettiği ve onu gerçekleştirme çabasının İngiltere'yi büyüttüğü bir ideal hakkında konuşacağım. Fakat bu idealin bugün dünya için herhangi bir değeri olmayan, eski bir ideal olduğunu düşünmüyorum. Ne de bir bireysel özgürlük politikası izleyerek yaratıcı bir medeniyetin merkezi haline gelen bir ülkenin -insanlık tarihinde bunu başka bir yolla başarmış olan tek bir ülke bilmiyorum- gerçekliği ne olursa olsun bu eski ideali yeni bazı adalet anlayışlarıyla değiştirme lüksüne sahip olduğunu düşünüyorum. Şüphem yok ki, büyüklük yolu bu ülkeler için hala aynı zorlukta ve belki aynı sertlikte kalacaktır: İlerlemek için çabalayan ya da kaybettikleri refahı yenisinden elde etmek için uğraşan ülkelerde özgürlüğün hakim olmasıyla oluşacak olan bireysel enerjileri harekete geçirme etkisi, tek başına hedefe ulaşılmasını sağlayacaktır.

Modern zamanlarda İngiltere'de ortaya çıkan belirli gelişmelerle başlayacak olmama rağmen, beni ilgilendiren milli değil evrensel bir sorun olacaktır. Hakkında konuşacağım ideal, 60 ya da 80 yıl önce bütün Batılı milletlerin uygulamalarını değilse de zihinlerini tamamen zaptetmişti ve bazıları bunun yakında bütün dünyayı yöneteceğini düşünüyordu. Bizi çevreleyen ve en azından dünyadaki bütün halkların yönetici sınıfları tarafından benimsenen maddî medeniyet hala bu idealin baskınlığının sonucudur. Ve siyasî ideallerimizi hala büyükbabalarımızın kullandığı terimlerle açıkladığımızdan, çok, az sayıda insan bunların manasının ne kadar değiştiğinin ve bu kavramların bir zamanlar ifade ettiği ideallerden ne kadar uzaklaştığımızın farkındadır.

Aslında konuya tarihsel açıdan yaklaşmamın asıl nedeni; devlet gücünün genel çerçevesinin halihazırda nasıl muazzam bir şekilde değiştiğini, ve hukukî durumun en özgür ülkelerde bile itibar ettiğimiz kavram ve idealleri karşılamaktan ne kadar uzak olduğunu göstermektir. Dikkatinizi, geçmiş iki veya üç nesil boyunca hukuk aleminde gerçekleşen ve genel halkın dikkatinden kaçan sessiz bir devrime çekmek isterim. Bu devrim, bir zamanlar bu insanların uğruna savaşı göze aldığı pek çok bireysel özgürlük güvencesinin önemini yavaş yavaş kaybettirdi. Bu devrimin ayırt edici özelliği, mesleklerin en tutucusu olarak addedilen halk iradesini etkileyerek devlet gücünün hukukî çerçevesini egemen ulusun ya da temsilcilerinin kavrayabileceklerinden bile daha kapsamlı bir şekilde değiştirebilmesidir. Bu değişikliğe ilişkin en temel adımlar, yalnızca hukukçuların anlayabildiği ya da ilgi gösterdiği fakat sıradan insanların hukukî ayrıntılar olarak gördüğü, oysa aslında özgürlüklerinin temel dayanağı olan sorunlara ilişkin yargısal tutum değişik-

likleridir.

Aslında, bu değişiklikten bu kadar habersiz olanlar aynı zamanda bu değişiklikleri yapmada en etkin olanlardır. Bunlar usanmadan “geçen zamanı geri getiremezsin” sözünü tekrarlarlarken, aynı zamanda önemli bir kaybın sözkonusu olduğunu ya da liberal dönemin önemli başarılarından birinin feda edildiğini inkar edeceklerdir. Tüm hukuk anlayışının ve devlet yetkilerinin bu dönüşümü, elbette sokaktaki sıradan insanın dikkatinden kaçmıştır. Gerçekten, adı bile insanlara sıkıcı ve rahatsız edici gelen idare hukuku alanında ne tür değişikliklerin olduğu kimi ilgilendirir? Aslında özgürlüğümüzün kaderi bu alandaki teknik tartışmalarda belirleniyor ve özgürlüğümüzü nasıl koruyacağımızı bilmek istiyorsak mutlaka bu tartışmaya dahil olmamız gerekiyor.

Demokratik kararların etkileşimi mekanizması ve bu kararların uzmanlarca uygulanmasının genellikle hiç kimsenin istemediği sonuçlar doğurması, genellikle gösterilenden çok daha fazla ve dikkatli bir ilgiyi hak etmektedir. Bir kez idare bir uzmanlık haline geldi mi ve, diğer bir grup insanın politika olarak belirlediği şeylerden sonuçlar çıkarması işi uzmanlara bırakıldı mı, bu işbölümünün öngörülemeyen sonuçlara neden olması kaçınılmazdır. Kendini sadece genel iradenin yürütücüsü olarak gören bir hukukçu, sıklıkla demokratik bir kararın, tartışmasız bir şekilde karar tarafından ima edilmekle birlikte, onu yapanların kafalarında mevcut olmayan sonuçları hakkında karar vermek durumunda kalmaktadır. Yine de belli sonuçların belli kararlardan çıkarılabilmesi bu sonuçların istendiğinin kanıtı olarak değerlendirilmektedir. Hukukçudan başka birşey olmayanların bu sonuçları çıkarmaktan başka bir imkanları yoktur. Belki de demokratik iradenin hizmetçisi olarak bir hukukçunun, kendisini sadece gerçekte hukukun ne olduğuna hasretmesi doğrudur. Fakat o zaman, özgürlüklerimizi koruyan hukukun yalnızca hukukçuların eline bırakılamayacak kadar önemli bir mesele olduğu söylenmelidir.⁹⁸ Belki de bugün hukuk tartışmalarının neden tamamen profesyonel ilgileri hukukun “ne olması gerektiğinden” çok “ne olduğu” üzerinde yoğunlaşan kişiler arasında gerçekleştiğini açıklamak çok kolaydır, ancak bu kesinlikle bir talihsizliktir. Böyle bir durum, çağdaş hukuk kuramcılarında sıkça rastlanan ve bir kanunun kabul edilmesini, onun gerekliliğinin ispatı olarak yorumla-

⁹⁸ Bu, hukuk bilimi sahasına izinsiz giriş için bir özür anlamına gelmez, çünkü belki de burada belirtmem gerekir ki özgün eğitimim nedeniyle bende bir hukukçuyum. Şu vurgulanmak istenmiştir ki, pozitif hukukun yanısıra en azından hukuk kadar ekonomi bilgisi de gerektiren yasamanın eleştirel bir bilimine hala ihtiyacımız vardır.

yan- çünkü bize sıkça söylendiği gibi aksi takdirde kaos doğacaktır- ve hukuktaki bu gelişimi kaçınılmaz ve arzu edilen bir durum olarak gören bir eğilimle birleştiğinde elbette ki tehlikeli olur. Mesleki ilgileri, çoğu hukukçunun bu tutumunu açıklayabilir, ancak aracı oldukları bir gelişmenin savusunda kesinlikle hadlerini aşmaktadırlar. Bir demokrasi, eğer amaçlarını gerçekleştirmek istiyorsa, muhtemelen farklı bir siyasal düzenden çok daha acil bir biçimde ayrı ayrı kanunların müştereken ürettiği toplam sonucun sistematik bir eleştirisine ihtiyaç duyar.

Son dersimde özgürlüğün geleneksel güvencelerinin tedricen aşınma sürecini ve son zamanlarda özellikle İngiltere’de sosyalist hukuk okulunun tamamınca nasıl sistemli bir saldırının nesnesi haline geldiğini tartışacağım. Fakat modern eğilimler ile eski bir ideal arasındaki çağdaş çatışmayı incelemeye başlamadan önce, hem orijinalinde hem de 19. yüzyılda büyük liberal hareketin temel amacı olduğu dönemde bu idealin ne olduğunu açıkça ortaya koymam gerekir.

2- Özgürlük Durumu

Sorunumuza yönelik tarihsel bir yaklaşım değişik bir nedenle de çok faydalı olacaktır. Özgürlüğün anlamına ilişkin soyut tartışmalar nadiren verimli olmuştur. Bu tartışmalar, genellikle uzun zamandan beri özgürlüğün temel unsurlarına sahip olan ve bunları normal karşılayan, o nedenle de artık ne olduklarının farkında olmayan insanlar arasında cereyan eder. Çünkü insanlar her zaman temelde arzularını gerçekleştirmenin önündeki engelleri kaldırmakla ilgilidirler, eski engeller ortadan kalktıkça yeni hedefler vizyonlarının merkezine yerleşir. Nesiller boyu güvenli bir biçimde özgürlüğe sahip olan bir insan, sahip olduğu özgürlükten ziyade “yeni özgürlükler”le ilgili olacaktır ve böyle bir özgürlük vaadiyle bazı eski özgürlüklerini feda etmeye bile tahrik edilebilir.

Fakat uzun süreden beri özgürlüğe sahip olmak bazen bir insanın özgürlüğün doğası ve değeri konusundaki duygularını köreltse bile, biz genellikle özgürlükten mahrum olanlara ya da onu gördüğünde tanyanlara güvenebiliriz. Çok uzak olmayan bir zaman önce, Batı Medeniyetinin temeli olarak görülen birey özgürlüğünün esaslarının ne olduğunu anlamak istiyorsak, özgürlüğün henüz yeni bir şey, uğruna çekişilen ve savaşılan bir değer olduğu zamanlara bir göz atmak yararlı olacaktır.

Modern dünyada, azınlığın imtiyazı olan özgürlüklerin dışında genel

insan özgürlüğü, 17. yüzyılın İngiltere'sinden önce neredeyse yoktu⁹⁹. Şüphesiz İngiltere'deki bu gelişme, takip eden yüzyıl boyunca Avrupa'nın geri kalanı için imrenilecek bir model haline gelmiş ve yeni dünyadaki daha ileri gelişmelerin temeli olmuştur. Bugün, o zamanki İngiltere'de ve Avrupa'nın geri kalanında kişisel özgürlük farkının ne kadar büyük olduğunun ve her iki tarafta da bu farkın nasıl yakından hissedildiğinin anlaşılması biraz zordur¹⁰⁰. Eğer bugün bu farkı bu kadar derinden hissetmiyorsak, bunun nedeni muhtemelen 1. Dünya Savaşından kısa bir süre önce çoğu Avrupa ülkesindeki durumun İngiltere'deki şartlara epeyce yaklaşması değil, Britanya'daki özgürlüğün karakteristik özelliklerinin çoğunun ortadan kalkmış olmasıdır: hakikaten henüz bir nesil önce Kıta Avrupası ülkelerinde mevcut olan ve İngiliz ve Amerikan gözlemcilerin özgürlüğün önündeki bıkırtıcı ve tahammül edilemez kısıtlamalar olarak değerlendirdikleri birçok şey o zamandan beri Britanya'da oldukça alışılmış hale geldi ki artık genç nesil göklere çıkarılan İngiliz özgürlüğünün neyi içerdiğini bilmemekte- ya da hakikaten kanalı geçtiklerinde bu bağlamda herhangi bir önemli farklılık görmemektedirler.

Elbette, İngiliz özgürlüğünün başlangıcını 17. yüzyıldan daha öncesine kadar izlemek mümkündür. Ancak bizim amacımız açısından böyle incelikli bir araştırmaya ihtiyaç yoktur. İngilizler bu yüzyılın başında özgürlük mücadelesine koyduklarında, bu çabalarına eski İngiliz tarihindeki bazı ünlü belgelerden destek bulmalarına rağmen, aslında bu başlayan yeni bir gelişmeydi. Ortaçağın, bugün yaygın olarak inanılanın aksine hem teoride hem de pratikte bütün Avrupa'da kişisel özgürlüğün güvenceleriyle bilindiği doğrudur.¹⁰¹

⁹⁹ Bu gelişmenin daha ayrıntılı bir açıklaması 16. ve 17. yüzyılda Hollanda'da gelişen bu ülke dışında çok az bilinen ve benimde büyük ölçüde habersiz olduğum gelişmelere daha fazla dikkat etmelidir. Fakat yaygın gerçeğin aksine bu gelişmelerin İngiliz düşüncesi üzerinde fark edilenden daha fazla doğrudan etkileri olmasından şüphelenirim.

¹⁰⁰ Cf. Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, XI, 5: "Dünyada öyle bir millet var ki bu milletin anayasası doğrudan siyasi özgürlüğü konu almaktadır. Biz bu anayasanın temelindeki ilkeleri inceleyeceğiz." Nitekim, kitabın bir sonraki bölümünde İngiliz anayasasına ilişkin bilinen açıklamalara yer verilecektir.

¹⁰¹ Cf. Robert von Keller, *Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter*. Heidelberg 1933, özellikle ss. 187-215; Hans Planitz, "Zur Ideengeschichte der Grundrechte" in *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, ed. H.C. Nipperdey, Berlin 1930, vol. III, ss. 597 et. seq. ; O. von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 2nd ed. Breslau 1902; E. Rosenstock-Huussy, *The Driving Power of Western Civilization*, Boston 1949; ve daha erken İngiliz gelişimi üzerine özellikle C.H. McIlwain, *The High Court of Parliament*, 1910, ve

Fakat bu güvenceler mutlak monarşinin yükselişiyle büyük ölçüde ortadan kalktı ve bu güvenceler Tudor İngiltere'sinde de, Avrupa'nın diğer yerlerinde olduğu kadar yeni ulus devletin organize güçlerince ortadan kaldırılma tehdidi altındaydı. Bu nedenle 17. yüzyıl İngiliz mücadelesinden doğan sınırlı devlet kavramı, gerçekten yeni bir başlangıçtı. Eğer büyük "Constitutio Libertatis"¹⁰² Magna Carta'dan bu tarafa İngiliz anayasal belgeleri modern bireysel özgürlüğün gelişimi için önemliyse bunun nedeni bu belgelerin o mücadelede etkin silahlar olarak iş görmüş olmalarıdır. Bu belgeler belki de asla tamamen unutulmadılar ya da etkisiz kalmadılar¹⁰³, ancak bu belgelerdeki kavramların modern anlamlarını ve önemlerini kazanmalarının ancak 17. yüzyıldaki ihtilaflarda kullanılmaları sayesinde mümkün olduğu konusunda çok az şüphe vardır.

Fakat amaçlarımız açısından özgürlüğün modern tarihini daha gerilere kadar incelemeye gerek yoksa da, temelde ilgilendiğimiz kavramların başka bir kaynağını da tamamen ihmal etmemeliyim. Thomas Hobbes bize kendi zamanının asi ruhunun "en yaygın sebeplerinden birisinin, siyaset kitapları ve Antik Yunan ve Roma tarihi okumak" olduğunu ve bu nedenle "Batıda Yunan ve Latin dillerini öğrenmek kadar değerli bir şey olmadığını"¹⁰⁴ söylememiş olsaydı bile yeni hareketlerin büyük ölçüde klasiklerin çalışılmasından ilham aldığına şüphe olmayacaktı.

3- İzonomi (Hukuk Önünde Eşitlik)

Klasik geleneğin modern özgürlük ideali üzerindeki büyük etkisi tartışmasız olmakla birlikte, bu etkinin doğası her zaman anlaşılammıştır. Antik çağda, modern anlamda bireysel özgürlüğün bilinmediği yolundaki eğilim bu etkileşimi muğlaklaştırmıştır¹⁰⁵. Bu tezin bazı yer ve zamanlar için doğru olma

J.N. Figgis, *The Divine Rights of Kings*, 2nd ed. Cambridge 1914.

¹⁰² Magna Carta Bracton tarafından böyle açıklandı, *De Legibus* f. 168 b. Günümüzde "anayasa" terimi genellikle politik organizasyonların yasal temeli olarak kendine özgü anlamında ele alındığında daha sonra kullanıldığı anlam- hemen hemen bir insanın yapısı hakkında konuşmakla aynıdır, muhtemelen "koşul" yada belki "durum"la daha iyi anlatılır.

¹⁰³ Cf. Max Radin, "The Myth of Magna Carta," *Harvard Law Review* vol. 60, 1947, ss. 1066-1091.

¹⁰⁴ Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651) II, 29 ve 21.

¹⁰⁵ Bu, Benjamin Constant'ın *Cours de politique constutionnelle*, 1861 vol. II'de yer alan "De la liberté des anciens comparée à celle des Modernes" (1819) başlıklı denemesine ve N.D. Fustel de Coulanges'in *La cité antique* (1864) adlı eserine uzanmaktadır.

ihtimali olmakla birlikte, Atina'nın azametli devri için kesinlikle doğru olmadığını söyleyebilirim. Platon'un tepki gösterdiği yozlaşmış demokrasi bazı şüpheleri meşrulaştırırsa da Sicilyalı Seferi sırasındaki büyük tehlike anında generalleri tarafından "istedikleri gibi yaşama konusunda sınırsız bir takdir hakkına"¹⁰⁶ sahip oldukları ülkeleri için savaştıkları yönünde uyarılan Atinalılar açısından bu şüphelere kesinlikle yer yoktur.

Fakat Nikios'un Atina için söylediği "özgür ülkelerin en özgürü" sözündeki özgürlük, hem Yunanlılar hem de daha sonra hayallerini ateşleyen Elisabeth dönemi insanları için ne anlama gelmektedir?

Cevabı en azından kısmen, Elisabeth döneminde Yunanlılardan ödünç alınan fakat sonradan kullanılmaz hale gelen Yunanca bir kelime veriyor gözükmektedir. Bu kelimenin tarihi hem Antik Yunan'da hem de sonrasında eğitici-dir. "*Isonomia*" 16. yüzyılın sonunda İngiltere'de yayımlanan bir sözlükte "insanların her tür davranışı için eşit hukuk"¹⁰⁷ anlamında İtalyanca bir kelime olarak yer alırken kısa bir süre sonra 1600'de Livy¹⁰⁸'nin bir çevirisinde serbestçe kullanılan İngilizce biçimi olan "isonomy" "hukukun herkes için eşit ve yargıçların sorumlu olduğu devlet" tanımlamasını anlatmak için kullanılır. Terim, 17. yüzyıl boyunca sıklıkla kullanılmaya devam etti. "Hukuk Önünde Eşitlik-equality before the law", "Hukukî Yönetim-government of law" ve "Hukuk devleti- rule of law" terimlerinin hepsi o zaman bu Yunan terimince açıklanan kavramın daha sonraki tercümeleri olarak gözükmektedir.

Terimin Antik Yunan'daki tarihi de ilginç bir ders sunmaktadır. Belki de bu, medeniyetlerin birbirinin tekrarı gibi görüldüğü bir döngünün ilk or-

Meselenin bütünü için bakınız G. Jellinek, *Allgemeine Statslehre*, 2nd ed. Berlin 1905, ss.. 288 *et seq.*

¹⁰⁶ Thucydides, *Peloponesian War*, VII, 69.- Profesör W.L. Westerman'ın Klasik Yunan özgürlük kavramını anlamamız için çok aydınlatıcı olan yakın bir çalışması Delphi'de bulunan kölelerin özgürleşmesi için çıkarılan çok sayıda resmi emre dayanmaktadır: "Between Slavery and Freedom", *American Historical Review* vol. 50, 1945, ss. 213-227. Aniden ortaya çıkan özgürlük tanımı sürpriz bir şekilde 18. yüzyıl avukatlarının kavramıyla benzerlik göstermekte ve olumsuz bir şekilde karşılaştırılmaktadır. Bu kölelerin resmen azat edilmesi emirlerinde daima ortaya çıkan özgürlüğün önemli dört unsuru (1) toplumun korunan bir üyesi olacağı yasal statü (2) keyfi yakalama ve tutuklamadan masuniyet (3) bir kimsenin yapmak istediği işte çalışma hakkı (4) kendi seçimine dolaşım hakkı.

¹⁰⁷ John Florio, *World of Wordes*, Londra 1598.

¹⁰⁸ Titus Livius, *Roman History* (İngilizceye çeviren Philemon Holland), Londra 1600.

taya çıkışıdır.¹⁰⁹ Terim ilk olarak, Solon'un Atina'da kurduğu ve "insanlara kamu politikasının kontrolünden ziyade, herkesçe bilinen kurallara uygun olarak hukukî yönetimin belirliliğini vaat eden"¹¹⁰ bir düzeni ifade etmek için kullanıldı. Bu şekilde kavram tiranların keyfi yönetiminin karşıtını ifade ediyordu¹¹¹ ve izonomi Atinalıların tiranlarından birinin öldürülüşünü kutlayan popüler bir şarkısında övülüyordu.¹¹² Kavram, *demokratia* kavramından hem daha eski ve hem de daha geneldi ve anlaşıldığı kadarıyla yönetime bütün yurttaşların eşit katılımı talebi bu kavramdan çıkarılan sonuçlardan biriydi. Herodot'a "bir siyasi düzenin bütün isimlerinin en güzeli" olarak gözüken, demokrasiden ziyade 'izonomi'ydi.¹¹³ Hatta demokrasi kurulduktan sonra bile terim demokrasiyi meşrulaştırmak amacıyla bir süre daha kullanılmaya devam etti ve daha sonra, haklı olarak ileri sürüldüğü gibi,¹¹⁴ demokrasinin gerçek karakterinin bir maskesi olarak kullanıldı: Çünkü demokratik yönetim kısa sürede kendi meşruiyetini sağladığı kanun önünde eşitliği tahrip edecek biçimde ilerledi. Yunanlılar, birbirleriyle ilintili olmasına rağmen bu iki idealin aynı olmadığını tamamen farkındaydılar. Örneğin, Thucydides tereddütsüz bir şekilde "izonomik oligarşi"¹¹⁵ den bahsetmekte ve daha sonra *isonomia*'nın Platon tarafından kasıtlı bir şekilde demokrasiyi doğrulamaktan çok onun karşıtı anlamında kullanıldığını görüyoruz.¹¹⁶

Bu gelişmelerin ışığında Aristo'nun demokrasinin çeşitli türlerini tartıştığı *Politika*'sındaki ünlü pasajları gerçekten izonomia idealinin bir savunması gibi

¹⁰⁹ Cf. Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, New York 1921 s. 72 et. seq.

¹¹⁰ E. Barker, *Greek Political Theory*, 1925, s. 44

¹¹¹ Cf. G. Busold, *Griechische Staatskunde*, Münih 1920, vol. I, s. 417 R. Hirzl, *Themis, Dike und Verwandtes*, Leipzig 1907, s. 240 et seq. V. Ehrenberg, "Isonomia" in Pauli-Wissowa, *Real-Enzyklopaedie des Klassischen Altertums*, Supplement VII, 1940; J.A.O. Larsen "Cleisthenes and the Development of the Theory of Democracy in Athens", *Essays in Political Theory Presented to George Sabine* ed. M.R. Konwitz ve A.E. Murphy tarafından, Cornell University Press 1948, ss. 5-13; ve Erik Wolf, *Griechisches Rechtsdenken*, vol. II, Frankfurt a.M. 1951, s. 367.

¹¹² Bakınız E. Diehl, *Anthologia Lyrica Graeca*, Leipzig 1925, vol. II, skolia 10(9) ve 13(12).

¹¹³ Herodotus, *Histories*, III, 80, ayrıca karşılaştırınız: III, 142 ve V, 37.

¹¹⁴ Bakınız Busolt, l.c. s. 417 ve Ehrenberg l.c. s. 299; ayrıca bakınız V. Ehrenberg'in bu dersler tamamlandıktan sonra aklıma gelen önemli makalesi "Origins of Democracy," *Historia*, I, 1950, ss. 515-548, ve s. 535.

¹¹⁵ Thucydides, *Peloponesian War*, III, 6; ayrıca cf. III, 82, 8 ve Isokrates, *Areopagiticus*, Vii, 20 ve *Panathenaicus*, XII, 178.

¹¹⁶ Plato, *Republic*, VIII, 557 bc, 559 D, 561 E.

görülmektedir. Bu pasajlarda Aristo'nun nasıl ısrarlı bir şekilde "hukukun yönetiminin, herhangi bir yurttaşın yönetminden daha uygun olduğunu", en üst gücü ellerinde tutanların "sadece hukukun koruyucusu ve hizmetkârı olarak atanmaları gerektiğini"¹¹⁷ savunduğu ve özellikle "hukukun değil, insanların yönettiği ve her şeyin hukukla değil, çoğunluğun oyuyla belirlendiği" yönetim çeşidini nasıl kınadığı iyi bilinmektedir. Ona göre, böyle bir yönetim özgür bir devletin yönetimi olarak addedilemez: "Çünkü yönetim hukukî değilse özgür bir devlet yoktur, çünkü hukuk her şeyin en üstünde olmalıdır". Hatta bütün gücü insanların oylarına bağlayan herhangi bir kurum, "doğruyu söylemek gerekirse bir demokrasi olarak adlandırılmaz, çünkü düzenlemelerinin kapsamı yeterince genel değildir"¹¹⁸ iddiasında bulunmuştur. *Rhetorics*'indeki aynı derecede ünlü pasajında "iyi kaleme alınmış kuralların bütün noktaları kendiliğinden tanımlayabilmesi ve yargıçların kararına mümkün olduğunca az şey bırakması çok önemlidir"¹¹⁹ demektedir, bu yeterince bütüncül bir hukukî yönetim doktrini oluşturmaktadır.

Bu kavramın Atinalılar için ne derece hayati olduğu Demosthenes'in söylevlerinden birinde¹²⁰ alıntılıdığı bir kuralda "ancak hukuk kadar iyi" deyişiyle gösterilmektedir. Bu kavramı ortaya koyan Atinalılar, her yurttaşın eşit yurttaşlık hakkına sahip olduğu bu nedenle herkesin hukukta eşit paya sahip olması gerektiği düşüncesindeydiler buna bağlı olarak "bütün Atinalılara aynısı uygulanmadıkça herhangi bir bireyi etkileyen bir yasa önermenin hukukî olmayacağı" önerisinde bulunuyorlardı. Bu, Atina'nın hukuku oldu. Bunun ne zaman gerçekleştiğini bilmiyoruz. Demosthenes M.Ö. 352'ye atıfta bulunmuştur. Fakat o zamana gelinceye kadar demokrasinin daha eski bir terim olan kanun önünde eşitlik kavramının kendisinden türetildiği ana kavram haline geldiğini görmek çok ilginçtir. Demosthenes, aynısı Aristo için de doğrudur, *isonomia* terimini artık kullanmamakla beraber, bu olaya yaklaşımı bu eski kavramın yeniden tanımlanmasından başka bir şey değildir.

Bu Yunan kavramlandırılmalarının 17. yüzyıl İngiliz düşüncesi üzerindeki doğrudan etkisi Thomas Hobbes ile James Harrington arasındaki bir yazışmada gözlemlenebilir. Deyimin "insanların değil kanunların yönetimi" şeklindeki modern kullanımının bu yazışmadan çıkarılabileceği açık biçimde görülmektedir. Hobbes "Aristo'nun politikasındaki iyi düzenlenmiş bir dev-

¹¹⁷ Aristotle, *Politics*, 1287 a.

¹¹⁸ *Ibid*, 1292 a.

¹¹⁹ Aristotle, *Rhetorics*, I, i, 1354 a.

¹²⁰ Demosthenes, *Against Aristocrates*, XXIII, 86, J.H. Vince çevirisiyle, ss. 274/5.

lette insanların değil hukukun yönetimi olmalıdır ifadesini onun diğer bir hatası"¹²¹ olarak açıklamıştır. Harrington, "ortak haklar ve çıkarlar temelinde bir sivil toplumun kurulması ve sürdürülmesi sanatı ..., Arsito ve Livy'yi takip etmek(tir)... İnsanların değil, kanunların imparatorluğu."¹²² şeklinde karşılık vermiştir.

17. yüzyılda Yunan düşünürlerin İngiliz siyasal düşüncesindeki etkisi giderek yerini Romalı düşünürlere bıraktı. Eserlerinin tercümesi ile *isonomia* terimini İngiltere'de popüler hale getiren ve Harrington'un da atıfta bulunduğu gördüğümüz Livy, Tacitus ve hepsinden önemlisi Cicero aynı geleceğin beslendiği ana kaynaklar haline geldi. Politik özgürlüğün İngiliz önderlerinin dilinden düşürmediği ve daha sonra Montesquieu'nün yazılarında etkin bir şekilde ortaya konulan "hukukun himayesinde özgürlük" ideallerinin çoğu formülasyonunu Cicero'ya borçluyuz. Özgür olabilmek için hukuka uyarız¹²³ ve yargıç sadece hukukun dili olmalıdır¹²⁴ kavramları onundur. Roma hukukunun bu klasik devresi boyunca, hukuk ve özgürlük arasında ihtilaf olmadığı, özgürlüğün hukukun kati genel özelliklerine yani kesinliği ve genelliğine ve yetkililerin takdir yetkisine getirdiği sınırlamaya dayandığı bir kere daha anlaşıldı.

Fakat bir kere daha kanun önünde eşitliğin yarattığı özgürlük diğer bir çeşit eşitliğin yeni popüler istemlerini karşılamak için tahrip edildi: İmparatorluğun daha sonraki dönemlerinde sert kanunlar aşamalı olarak terk edildi, yeni bir sosyal politika doğrultusunda devlet ekonomik hayatın kontrolünü artırmayı hedefledi.¹²⁵ Ve sonunda İmparator Constantine zamanında başlayan süreci seçkin bir Roma Hukuku öğrencisi şöyle açıkladı;

"Mutlak İmparatorluk hakkaniyet ilkesiyle birlikte, emperyal iradenin hukuk engeliyle dizginlenmemiş olan otoritesini ilan etti. Justinianus alim profesörleriyle birlikte bu süreci neticeye ulaştırdı."¹²⁶

¹²¹ T. Hobbes, *Leviathan*, N. 46.

¹²² James Harrington, *Oceana*, (1659) başlangıçta.

¹²³ Cicero, *Pro Cluentio*, C, LIII: "Omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus."

¹²⁴ Cicero, *De Legibus*, III. 122: "magistratum legem esse loquentem."

¹²⁵ Cf. F. Oertel, "The Economic Life of the Empire", *Cambridge Ancient History*, Vol. XII., Cambridge 1939, ss. 270 et. seq.

¹²⁶ F. Pringsheim, "Jus aequum und jus strictum", *Savigny Zeitschrift*, vol. 42, s. 668.

4- İmtiyaza Karşı Mücadele

Bugün İngiltere’de Kral ve Parlamento arasında yaşanan ve bu eski prensiplerin bir kere daha zaferiyle sonuçlanan büyük mücadelenin temelde günümüzde tekrar politik tartışmalarda ön planda yer alanlara benzer ekonomik problemler etrafında geliştiği pek anlaşılmamıştır. İhtilafı kışkırtan I. James ve I. Charles’in tedbirleri, 19. yüzyıl tarihçileri için güncel ilgiye sahip olmayan modası geçmiş iktidar suiistimalleri olarak gözükebilir. Ancak bize göre, Kralların endüstriyel tekeller oluşturmak amacıyla mütemadiyen teşebbüste bulunmaları sonucu doğan bazı ihtilaflarda çok tanıdık bir yön var: Hatta I. Charles bütün kömür endüstrisini millileştirmeye kalkıştı ve bu düşüncesinden ancak bunun bir isyana sebep olabileceği kendisine söylendiğinde vazgeçti.¹²⁷

Ünlü Monopoller davasında da¹²⁸ bir mahkeme bir madde üretmek için tekel hakkı bahşetmek “ortak hukuka ve tebaanın özgürlüğüne aykırıdır” şeklinde karar verdi. Parlamantonun, Kralın çabalarına karşı muhalefeti sonucu bütün yurttaşlar için eşit hukuk talebi ayakta kaldı. Görülüyor ki o günün İngilizleri üretimin kontrolünün her zaman imtiyaz yaratmak anlamına geldiğini yani Paul’un yapmasına izin verilmezken Peter’e izin verilmesi anlamına geldiğini bizim bugün anladığımızdan daha iyi anlamışlardı. Ancak Hukuk devleti idealinin ilk büyük bildirisine de diğer bir çeşit ekonomik tedbir sebep oldu: 1610 tarihli Şikayetler Dilekçesine (Petition of Grievances) Kral tarafından yapılan Londra’da inşaat yapımına ve buğdaydan nişasta yapımının yasaklanmasına ilişkin düzenlemeler sebep oldu. Avam Kamarasının bu meşhur başvurusundan temel doktrini vurgulayan pasajlarından uzunca bir alıntı yapacağım.:

“Majestelerinin bu Krallıktaki tebaalarının, sizin büyük atalarınız bu ülkenin kralları ve kraliçelerinin yönetiminde sahip olduğu diğer pek çok mutluluk ve özgürlük arasında, açık bir hukuk devleti (rule of law) tarafından yönetilmek ve yol gösterilmekten daha fazla değer ve kıymet verdikleri bir şey yoktur. Hukuk devleti baştakilere ve halka sahip oldukları hakları

¹²⁷ Cf. John U. Nef, *Industry and Government in France and England, 1540-1640*, Philadelphia 1940, s. 114

¹²⁸ Darcy v. Allen, 1603’te kararlaştırılan. Cf. W.L. Letwin, “The English Common law Concerning Monopolies”, *University of Chicago Law Review*, XXXI/3, Spring 1954 ve D.O. Wagner’in iki makalesi, “Coke and the Rise of Economic Liberalism”, *Economic History Review*, VI, 1935/36, ss. 30-44 ve “The Common Law and Free Enterprise: An Early Case of Monopoly”, *ibid* VII, 1936/37, ss. 217-220.

tanır ve bunu belirsiz ve keyfi bir yönetimle değil, iyi bir anayasadan ve ülke şartlarından hareketle yapar ki bu ülkeyi ayakta tutan en temel vasıftadır, bu sayede ülkenin kralları barışsever, adil, mutlu ve şerefli, krallık asırlardır sulh içinde, müreffeh ve sapaşğlamdır. ... Bunun sonucunda bu krallığın insanların bu ülkenin ortak hukukuna ya da parlamentonun ortak rızasıyla çıkarılan yasalara uygun olmadıkça hayatlarına, bedenlerine, topraklarına ya da mallarına uzanabilecek bir cezaya çarptırılmama hakları kuskuya yer bırakmayacak şekilde yerleşmiştir.”¹²⁹

Hukuk devletinin bu liberal (Whig) doktrininin daha da gelişmesi, sosyalist hukukçuların horlayarak seslendirdiği gibi, devletçe tanınan tekellere karşı verilen sürekli mücadelelerle ve özellikle 1624 tarihli Tekeller Kanunu “Statute of Monopolies of 1624” etrafındaki tartışmalarla yakından ilgilidir. Liberal (Whig) prensiplerin en büyük savunucusu Sir Edward Coke’un Magna Carta yorumunu ortaya çıkaran büyük ölçüde bu bağlantıdır ve onu (Monopoller davasına referansla)şöyle demeye sevk etmiştir :

“Eğer bir kimseye kart yapımı ya da başka bir şeyin ticareti konusunda tekel hakkı tanıyan bir berat verilirse, bu berat tebaanın özgürlüğüne ve serbestisine ... ve sonuç olarak bu Büyük Şarta (Magna Carta) aykırıdır”.¹³⁰

17.yüzyılın entelektüel ve politik mücadelesi boyunca bu fikirlerin nasıl geliştiğini daha derinlemesine incelemeye kalkışmayacağım, sadece John Locke’un Sivil Yönetim Üzerine İkinci İnceleme’sinde yer alan klasik anlatıma kısaca işaret edeceğim. Sadece özgürlüğü bütün hukukî bağların yokluğu olarak yorumlayanlara bilinçli bir şekilde karşı çıktığı ve özgürlüğü şu şekilde tanımladığı muhtemelen en önemli pasajını size hatırlatmakla yetineceğim:

“Bir devletteki insanların özgürlüğü, o toplumdaki herkes için aynı olan ve o toplumdaki yükselen yasama gücü tarafından yapılan sabit bir hukuka sahip olmaktır: ve başka bir kişinin hercai, bilinmez, keyfi iradesine tabi olmamaktır.”¹³¹

Locke’un ana doktrininin geri kalan kısmını özet halinde büyük bir Amerikalı hukuk bilgininden aktaracağım: “Hukuk genel olmalıdır, herkese eşit koruma sağlamalıdır, Geçmişe yürürlü olmamalıdır, mahkemelerce uygulanmalıdır -yasama gücü yargıya müdahale etmemelidir”¹³² Buna ilaveten şunu

¹²⁹ *State Papers, Domestic*, July 7, 1610.

¹³⁰ Edward Coke, *Second Part of the Institutes of the Laws of England*, Londra 1642.

¹³¹ John Locke, *An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government* (1690), 2. basım.

¹³² E. Corwin, “The ‘Higher’ Law Background of American Constitutional Law”, *Har-*

belirtmeliyim ki Locke açısından yasama organı da dahil bütün otoritelerin keyfi iradelerinin sınırlandırılması, bireylere ait korunan bir alanı varsaymaktadır. Bu alan “hayatları, özgürlükleri ve malları” -o bütün bunları kapsayacak şekilde “mülkiyet” kavramını kullanır-¹³³ içerir. Ayrıca dikkatinizi bizim bugün “iktidarın ehlileştirilmesi” dediğimiz ve Locke’un tüm teorisine hakim olan ve nadiren farkına varılan modern bir meşruiyete dikkatinizi çekmek isterim. Locke’un ifadesiyle:

“İnsanların bir yasama organı seçmesinin ve ona yetki vermesinin nedeni, toplumun bütün üyelerinin mülkiyetini koruyabilmek ve güvence altına almak için, iktidarı sınırlayacak ve toplumun her ferdi ve her parçası üzerindeki hakimiyetini kısıtlayacak kanunların yapılabilmesi ve kuralların konulabilmesidir.”¹³⁴

5- 18. Yüzyıl Geleneği

17. yüzyıldaki mücadeleler temel prensibin kabul edilmesini sağlamakla birlikte, Hukuk devletinin İngiltere’de tamamen yerleşmesi 18. yüzyılda olmuştur.¹³⁵ O zamanlar devrimin başarısının ne anlama geldiği en açık bir şekilde, devrimi çağdaşları için yorumlayan tarihçilerin çalışmalarında görülebilir. Çok haklı olarak David Hume’a göre İngiltere tarihinin gerçek anlamı “keyfi yönetimden hukuksal yönetime doğru olan evrimdir”¹³⁶. Özellikle 1641’de¹³⁷ Star Chamber’ın ortadan kaldırılmasına atıfta bulunan bir pasaj vardır ki, önceki yüzyılın anayasal gelişiminin en önemli özelliği olarak adettiği şeyi açıkça göstermektedir:

“Günümüzde bir hakime kısmen keyfi bir yetki tanımayan bir devlet ne yeryüzünde görülmüş ne de tarih kayıtlarında yer almıştır ve insanoğlunun kendisini hukukun ve hakkaniyetin genel ve sert kurallarından başka hiçbir kontrole tabi tutmadığı mükemmel duruma ulaşmasına başlangıçta

vard Law Review, vol. 42, 1929, s.390.

¹³³ Ibid, bölüm 123.

¹³⁴ Ibid, bölüm 222.

¹³⁵ Cf. G.M Trevelyan, *English Social History*, Londra 1944, ss. 245 ve 350 et seq., özellikle s. 351: “Erken Hanover döneminin en önemli eseri, hukukun üstünlüğünün tesis edilmesiydi; bu hukuk bütün hatalarıyla en azından bir özgürlük hukukuydu. Bizim sonraki reformlarımız bu sağlam temel üzerine yapılandı.

¹³⁶ F. Meinecke, *Die Entstehung des Historismus*, 1936, vol. I, s. 234.

¹³⁷ F.W. Maitland, Star Chamber’ı “hukuku uygulayan bir hakimler heyeti değil, siyaset yapan bir politikacılar heyeti” olarak nitelendirmektedir. *Constitutional History*, s. 263.

kuşkuyla yaklaşılması haklıdır. Fakat Parlamento haklı olarak daha sonra çok kolayca özgürlüklerin tahribine yöneltebileceği için böyle bir takdir yetkisi için Kralı yeterince güvenilir bir yargıç olarak bulmadı. Ve bu durumda hukuka sıkı sıkıya bağlılık ilkesi bazı güçlülere neden olsa da, avantajlarının bunları fazlasıyla dengeleyeceği görüldüğünden uzun mücadeler sonucu nihayet bu yüce ilke yerleşmiştir ve İngilizler, bu ilkeyi yerleştiren atalarının anısına sonsuza dek minnettar olmalıdırlar".¹³⁸

Yüzyılın ikinci yarısı boyunca İngiliz özgürlüğünün kuşku götürmez temeli olarak bu ilkeye hem politik tartışmalarda hem de siyaset felsefecilerinin daha sistematik ifadelerinde devamlı olarak başvurulduğunu görüyoruz. İlke, klasik ifadesini Edmund Burke'un çok bilinen metinlerinde bulmuştur. Ancak daha ayrıntılı ifadeler için Burke'un bu konuda daha az bilinen çağdaşlarına bakmalıyız.¹³⁹ Kendimi özellikle bazı çok önemli gördüğüm pasajlarla sınırlamak istiyorum. Bunlardan birine Adam Smith'in *Ulusların Zenginliği*'nde ilkeye tesadüfen yapılan bir atıfta rastlıyoruz; bu aynı zamanda İngiltere'de o zamana kadar bunun gelenek haline geldiğini de gösteriyor. Smith kısaca şöyle diyor:

"(İngiltere'de) kamu güvenliği "en şiddetli ve azgın protestoları" bastırmak için bile olsa Egemene herhangi bir takdir yetkisi verilmesini içermez.

¹³⁸ David Hume, *History of England*, vol. V, 1762, s. 280. Cf. *The Essays, Moral, Political and Literary*, ed. T.H. Green ve T.H. Grose, Londra 1875, vol. I, Essay I, 5: "Of the Origin Of Government", s. 117, Essay I, 5: "Of Civil Liberty", s. 161, ve özellikle I. denemenin devam eden pasajlarında, 14: "Of the Rise and Progress of the Arts and Sciences", s. 178: "Genel kanunların özel davalara uygulanması her zaman için sorunlu bir konudur. Bununla birlikte, yargıçlara tam anlamıyla takdir yetkisi tanınması halinde ortaya çıkabilecek uygunsuzluklarla mukayese edildiğinde kanunların genelliğinden kaynaklanan bu sorunların daha sınırlı olduğu, büyük nüfuz ve deneyim sahipleri tarafından anlaşılabilir. Bu öylesine zorlu bir konudur ki insanlar büyük bir deha ve tahayyül kudreti gerektiren şiir ve hitabet sanatında bile önemli ilerlemeler kaydederken kanunlar konusunda -üstelik mahkemelerde sürekli olarak verilen kararlara ve yapılan gözlemlere rağmen- bu tür bir mükemmeliyete ulaşmakta güçlük çekmektedirler." Ayrıca bakınız Hume'nin *Enquiry Concerning the Principles of Morals*, bölüm "Of Justice" ve Appendix III ibid. vol. II, ss. 179 ve 272-278.

¹³⁹ Sir Philip Francis'e izafe edilen ve muhtemelen *Letters of Junius*'ta bir yerlerde yeralan nitelikli bir ifade buldum: "İngiltere'nin yönetimi bir hukuk yönetimidir. Her ne zamanki bir bireyin hayatı, özgürlüğü yada kaderi üzerinde bir kişinin yada bir kişiler kümesinin olsun takdir yetkisini emanet ettiğimizde her nasılsa suistimale cüret edilmeyeceğinden kendimizi ortaya koyarız, kanunlarımızın ruhunu yalanlarız ve bütün İngiliz yargı sistemini sallarız." Cf. ve Adam Ferguson, *Essay on the History of Civil Society*, 4. basım, 1783, s. 205.

Çünkü o, iyi düzenlenmiş bir ordu tarafından korunmaktadır.”¹⁴⁰

Bunun altında yatan “istikrarlı ve gerçek bir hukuk devletinde” ordunun başındaki egemen “söz konusu amaç için müsaade alana kadar yani bunu yapması için kendine yetki verilene kadar harekete geçmek için bekler” şeklindeki şayanı dikkat varsayım, İngiliz Anayasasının en zeki yabancı öğrencilerinden birini, Britanya’nın o zaman ulaştığı müstesna pozisyona ilişkin önemli bir tartışmaya yöneltti. De Lolme’nin bu konudaki tespitleri şöyledir:

“İngiliz devletinin en karakteristik özelliği ve bunun sonucu olan gerçek özgürlüğün en belirgin delili esasen şudur: İngiltere’de hukuka aykırı olduğu gösterilinceye kadar bütün bireylerin faaliyetleri hukuka uygun kabul edilir. ... Hükümetin yetki kullanımını sadece hukukun izin verdiği hallerle sınırlayan bu hukuk ilkesi ya da doktrininin temeli Magna Carta’ya kadar geri gitmesine rağmen ancak Star Chamber’ın ortadan kaldırılmasıyla gerçekten yürürlüğe konabilmiştir: Ve devlet otoritesi üzerindeki bizim işaret ettiğimiz olağanüstü sınırlamalar ve bunların uygulamalarının, eşyanın tabiatından ve anayasanın gücünden başka birşey olmadığı kendiliğinden ortaya çıkmıştır”.¹⁴¹

Benim bildiğim kadarıyla bütün doktrinin mantıksal temelini doyurucu bir açıklaması Archdeacon Poley’in *Ahlak ve Siyaset Felsefesinin İlkeleri (Principles of Moral and Political Philosophy)* kitabının “Adaletin Yerine Getirilmesine Dair -Of the Administration of Justice” bölümünde yer almaktadır:

“Özgür bir devletin ilk ilkesi kanunların bir grup insan tarafından yapılması ve başka bir grup tarafından uygulanmasıdır, yani diğer bir deyişle yasama ve yargı işlevleri ayrı tutulmalıdır. Bu işlevler aynı insan ya da kurolda birleşirse sık sık, bazı özel amaçları hedefleyen ve taraflı niyetlerden yola çıkan özel vakıalar için özel kanunlar yapılır: Yasama ve yürütme ayrı tutulduğunda genel kanunlar ne zaman ve kime uygulanacağını önceden öngöremeyen bir insan grubu tarafından yapılır. Ve kanunlar başkaları tarafından ve istedikleri kişilere uygulanmalıdır. Kanunlardan etkilenecek taraflar ve çıkarlar bilindiğinde kaçınılmaz olarak kanun yapanların eğilimi bir tarafa ya da diğerine meyledecektir: Ve yasa koyucunun faaliyetlerini düzenleyecek hiçbir sabit kural olmazsa ya da işlevlerini kontrol edecek üstün hiçbir güç bulunmazsa, bu eğilimler kamu adaletinin bütünlüğüne engel olur. Bunun sonucu, böyle bir anayasaya tabi olan insanlar ya sürekli olmayan kanunlarla yani önceden belirlenmiş kurallara bağlı olmadan yaşayacaklar ya da özel kişiler için çıkarılmış kanunlar al-

¹⁴⁰ Adam Smith, *Wealth of Nations*, V, I.i. ed. E. Canan, vol. I, s. 201.

¹⁴¹ J.I. De Lolme, *The Constitution of England* (1784) New Ed. 1800, s. 441.

tında ve bu kanunların çıkarılmasına neden olan çıkar çatışmalarına ve haksızlıklara taraf olarak yaşayacaklardır.

Yasama ve yargı fonksiyonların ayrılmasıyla bu ülkede hangi tehlikeye karşı etkili tedbir alınmaktadır. (Yapılacak kanunları) kanunlara tabi olan bireyler değil Parlamento bilmektedir. Kanunlar yapılırken Parlamento-nun önünde çözümlenmesi gereken herhangi bir somut olay ya da taraflar yoktur: Hizmet edilecek özel amaçlar yoktur: Sonuç olarak tasarı ve teklifler evrensel etki ve eğilimler göz önünde tutularak verilecek ve her zaman tarafsız ve ortak yarara hizmet eden düzenlemeler ortaya çıkacaktır.”¹⁴²

Paley’in şerhinin son kısmı, bizim paylaşmayı zor bulduğumuz kayıtsız bir iyimserlik kokmasına rağmen, pasaj bana oldukça önemli gözükmektedir, çünkü bildiğim kadarıyla 19. yüzyılda hukuk devleti adı altında birleşen tüm unsurları ilk defa bir araya getiriyor. Aslına bakılırsa daha fazlasını yapıyor: Bir kanunun belirli insanlar üzerindeki etkilerinin öngörülemezliği kriterini tespit ederken benim başka hiç bir yerde görmediğim açık bir mantık ortaya koymaktadır. Bir hukuk devletini güvence altına alan ilkeler bütününe ilişkin sistematik tartışmamda buraya tekrar döneceğim. Fakat bunu yapabilmek için onun evrimine ilişkin bu taslağı sonuçlandırmalıyım.

İngiltere göz önüne alındığında bu gelişme esasen tam olarak 18. yüzyılın sonunda tamamlanmıştır. Daha sonrası için John Austin’in genel nitelikteki gerçek hukuk ile geçici ve özel nitelikteki emir ve buyruklar arasında kesin bir ayırım yapma çabası gibi nadir önemli katkılardan söz edilebilir.¹⁴³ Fakat 19. yüzyıl İngiltere’inde bir bütün olarak hukuk devleti konusunda her hangi bir problem yoktu ve yüzyılın bitimine kadar nadiren tekrar tartışıldı. Bazı açılardan bu evrimin sonuçları garip bir şekilde eksik bırakılmasına rağmen, başarılı şey kesinlikle kabul gören bir siyasî gelenek oldu ve günümüze kadar ciddi şekilde karşı çıkmadı.

6- Amerika’da Özgürlüğün Tesisi

Bu gelişmeyi tamamlama ve sistematik hale getirme görevi esasen Kıta Avrupalı yazarlar, özellikle de İngiltere’de başarılı şeyi dünyaya anlatmaya teşebbüs eden Fransız yazarlar tarafından gerçekleştirilmiştir. Fakat bazı yazarların çalışmaları, özellikle de Montesquieu’nunkiler, İngiltere’deki ve özellikle de Birleşik Devletler’deki evrim üzerinde dikkate değer bir etkiye sahip

¹⁴² W. Paley, *The Principles of Moral and Political Philosophy* (1785), 1824 baskısı, s. 348 et seq.

¹⁴³ John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 5. basım, 1911, vol. I, s.93

olmakla birlikte (Paley'in yukarıda aktardığım pasajı etkisini açıkça gösterir), Kıta Avrupasındaki farklı gelişimi bir sonraki dersimde ele almadan önce, bu konulara ilişkin İngiliz geleneğinin Amerikan özgürlük anlayışını nasıl derinden etkilediğine en azından kısaca işaret edeceğim. Burada önemli olan özellikle üç nokta vardır: İlki "insanların değil, hukukun yönetimi" formülünün Amerikan geleneğinde oynadığı büyük roldür. Bu, 1780 Massachusetts Anayasasında¹⁴⁴, Baş Yargıç Marshall'ın kararlarında¹⁴⁵ ve günümüze kadar diğer birçok kararda yer almıştır. İkincisi, Birliğin çoğu eyaletlerinin anayasalarında görülen gerçek hukuk ile özel buyruklar arasında kesin bir ayırım yapma çabalarıdır¹⁴⁶ -ve tabii ki çoğu anayasada geçmişe yürürlü kanunların kesin olarak yasaklanmasıdır. Üçüncüsü de, ilginç bir şekilde, yine Baş Yargıç Marshall'ın bir kararında, tarafsız kanunların etkisinin öngörülemezlik niteliğine yapılan vurgulamadır.¹⁴⁷ "(Kin, gazez gibi) hiç bir duygusal etkide kalmaksızın ve kime uygulanacağı bilinmeksizin müzakere ile oluşturulan genel kanunlar" şeklindeki ünlü formülün öncelikle sadece Ceza Hukuku için geçerli olduğu doğrudur. Fakat önemi çok daha geniştir.

Ancak burada söz etmem gereken önemli bir Amerikan katkısı sözkonusudur ve bu daha sonra Fransızlar tarafından benimsenmiş ve oradan da bütün Kıta Avrupası ülkelerinin Anayasalarına yayılmıştır. Bu bir Haklar Beyannamesi ile bireyin özgür alanının sınırlarının açıkça belirlenerek yazılı Anayasaya dercedilmesi teşebbüsüdür. Eğer bireyin keyfi zorlamaya karşı korunmasına açık bir anlam verilecekse bunun ne kadar önemli olduğunu daha sonra göreceğiz. Şimdilik son zamanlarda verilen bir yargı kararından bir alıntı yaparak Haklar Beyannamelerinin önemine işaret etmekle yetineceğim:

Merhum yargıç Jackson "Haklar Beyannamesinin temel amacı bazı konuları politik çekişme alanından uzak tutmak, bunları çoğunluğun ve memurların yetkisi dışına çıkararak mahkemelerce uygulanacak hukukî ilkeler haline getirmektir. Bir kişinin hayat, özgürlük ve mülkiyet hakkı, ifade özgürlüğü, özgür bir basın, ibadet ve toplanma özgürlüğü ve diğer temel hakları oylamaya sunulamaz ve bunlar hiçbir seçimin sonucu olarak

¹⁴⁴ Bill of Rights of the Massachusetts Constitution of 1780, Art. XXX: "To the end it may be a government of laws and not of men."

¹⁴⁵ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 163 (U.S. 1803).

¹⁴⁶ Bakınız The Constitutions of Arkansas, V, 25, Georgia I, IV, i, Kansas II, 17, Michigan VI, 30, ve Ohio 11,25.

¹⁴⁷ *Ex Parte Bollman*, 4 Cranch 75m 127 (U.S. 1807).

ortaya çıkmamıştır” şeklinde yazmıştı.¹⁴⁸

Burada, Amerikan yargısının, Federal Anayasanın ilk eklerinden olan Haklar Beyannamesi’nde yer alan “uygun hukukî usul -due process” şartından türettiği belirli usulî güvencelerin tartışmasına girmeyeceğim. Sadece şunu söyleyeceğim: Bana öyle geliyor ki bu hükmün özensiz yazılış tarzı sebebiyle Amerika’daki tartışma son bir asırdan beri İngiliz geleneğinin çok daha ötesinde, neyin korunması gerektiğinden çok, usulî güvenceler tartışmasına dönüştü. Oysa korunması gereken değerler etkin bir şekilde ancak hukuk yoluyla sağlanabilir. Ben herhangi bir ülkenin hukuk normlarından ziyade 19. yüzyıl boyunca Amerikan yargıçlarının “bütün özgür yönetimlerin temel nitelikleri” şeklinde atıf yaptığı ve büyük bir İngiliz hukukçusunun asrın sonunda “medeni bir toplumda adaletin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesinin normal ve gerekli işaretleri”¹⁴⁹ şeklinde tanımladığı temel özellikler üzerinde duracağım.

Bu oldukça kısa Amerikan geleneği tartışmasını, Amerikan cumhuriyetinin büyük kurucularından olan ve benim bundan sonra söyleyeceğim bütün hususları herkesden daha iyi ifade eden birisinden yapacağım bir alıntıyla bitireyim. Bu, günümüzde çoğunlukla garip bir biçimde demokratik bir hükümetin sınırsız yetkilerinin savunucusu olarak sunulan Thomas Jefferson idi. Jefferson şöyle yazmıştı:

“Özgür yönetim güvene değil, kıskançlığa dayanır ve yetki vermek zorunda olduğumuz kişileri kısıtlamak için sınırlı Anayasaları mecbur kılan güven değil, kıskançlıktır; ...O nedenle bizim Anayasamız daha ilerisine değil, güvenimizin ulaştığı yere sınırları yerleştirmiştir...Öyleyse yetki konusunda daha fazla insana güvenden söz etmeyelim ve Anayasanın zincirleriyle onun kötülük yapmasını sınırlandıralım.”¹⁵⁰

¹⁴⁸ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 638 (1942).

¹⁴⁹ Sir Frederick Pollock, *A First Book of Jurisprudence*, 2. basım Londra 1904, s. 37.

DERS 2

Liberalizm ve İdare: Rechtsstaat

Harikalar arasında hiçbir şey özgür olma sanatından daha velud değildir; fakat hiçbir şey özgürlüğün tesinden daha meşakkatli değildir... Özgürlük genellikle fırtınalar ortasında güçlükle kurulur; çatışmalarla mükemmelleşir; eskimeden de yararları anlaşılmaz.

A. De Tocqueville¹⁵¹

7. Montesquieu, Rousseau ve Fransız Devrimi

Ortak hukuk (common law) ülkelerdeki gelişmeler birinci dersimde bıraktığım noktaya ulaşmadan çok önce Avrupalı, özellikle de Fransız

¹⁵¹ A. De Tocqueville, *Democracy in America I* (1835) bölüm XIV, İngilizce çevirisi Philips Bradley tartafından yayına hazırlandı, New York 1946, s. 246.

yazarlar bunları kendi vatandaşlarına anlatmaya başlamışlardı.. Aslında “aydınlanma” siyasî yönüyle Voltaire’den bu yana büyük oranda, liderlerinin İngiltere’de gerçekleştiğini gördüğü, özgürlük idealinin yayılmasından başka bir şey değildi. İngiltere’de nesiller boyu siyasî mücadelelerle gelişen bir dizi geleneğin yorumlanması kaçınılmaz olarak bazı yapay şematizasyonlara ve idealleştirmelere neden oldu. İngiltere’de gelişen kurumlar ait oldukları gelenek ve inanç ortamında ne kadar iyi olsa da, bunların evrimi bazı garip boşluklar yarattı. Bu kurumların nasıl çalıştığı ve neyi başardığına ilişkin bir “zihni yeniden inşa (rational reconstruction)” çabası, hiç bir zaman dile getirilmemiş ilkelerin açıkça ortaya konulmasını ve kurumlar başka bir kültür ortamına taşındığında hissedilen boşlukların doldurulmasını gerektirir. İngiliz geleneği asla ne *nullo poeno sine lege* ilkesinin resmen tanınması gibi temel ideallerden bazı sonuçları açıkça ortaya koydu, ne de çok yakın zamana kadar yurttaşlarına (memurların bireysel sorumluluğundan ayrı olarak) devletin sebep olduğu zararlara karşı bir tazmin imkanı tanıdı. Ayrıca hukuk devletinin olağan yasama faaliyetleri tarafından ihlal edilmesine karşı hiç bir güvence getirilmemiştir. Bu eksiklikler, Britanya’nın tedrici bir gelişmeyle elde ettiği seviyeye, yasama yoluyla hemen ulaşmayı uman Avrupalı öğrencilerin gözünden kaçmamıştır.

Bu siyaset teorisyenlerinden en büyüğü olan Montesquieu’nün çalışmalarından Amerika ve İngiltere’de bile çok büyük etki yaratması nedeniyle yukarıda bahsettim. Günümüzde sıklıkla, onun en ünlü teorilerinden birisi olan kuvvetler ayrılığı ilkesinin İngiltere Anayasasının yanlış yorumuna dayandığı iddia edilmektedir ve İngiltere’deki gerçek durum dikkate alındığında bunda gerçeklik payı vardır. Ancak bu teoriyi ortaya koyarken sadece İngiliz siyasî literatüründe rastladığı ve tanınmış bir anayasal ilke olmasa bile anayasanın arkasındaki yol gösterici ilkelerden birisi olan ve İngiliz evrimini derinden etkilemiş bir ideali dillendirdiği farzedilirse herhangi bir sorun kalmayacaktır.¹⁵² Sonraki dersimde bu büyük ilkenin ne oranda ve hangi anlamda Hukuk devleti ilkesinin temel bir unsuru olduğunu göstereceğim.

Hukuk devleti idealinin evriminde oldukça önemli diğer bir kişi de Fransız Devrimi öncesinin ikinci büyük politik düşünürü Jean-Jacques Rousseau’dur.

¹⁵² Cf. J. Dedieu, *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France*, Paris 1909; E. Klimowsky, *Die englische Gewaltenteilungslehre bis zu Montesquieu*, Berlin 1927; ve Birleşik Devletler için B.J. Wright, Jr., “The Origin of the Separation of Powers in America”, *Economica* vol. XIII, 1933, ss. 169-185.

Çalışmalarından bir birine çok zıt eğilimler türemiş olsa da, onun biraz karmaşık “genel irade” kavramı bizim temel kavramlarımızdan birinin olgunlaşmasında önemli rol oynamıştır.. Hukukun kaynağı olan “genel irade”, iki farklı boyutta geneldi: Hukuk olabilmesi için sadece bütün bireylerin ya da en azından çoğunluğun iradesinin genel olması anlamında değil, fakat amacının da genel olması gerekir. Toplum Sözleşmesi’ndeki bir klasik pasajda Rousseau bunu şöyle açıklamıştır:

“Hukukun konusu her zaman geneldir dediğimde, hukuk hiçbir zaman tek insanı ya da özel bir fiili değil her zaman muhayyel öznelere ve soyut fiilleri dikkate alır demek istiyorum. Mesela; bir kanun ayrıcalıklar ön-görebilir fakat bunlardan kimin yararlanacağını isim olarak saymamalıdır, hukuk çeşitli sınıflarda vatandaşlar yaratabilir ve hatta her sınıfa giriş için nitelikler belirleyebilir. Fakat şu şu kişiler girmelidir gibi bir belirleme yapılmamalıdır: Miras silsilesiyle geçen bir krallık yönetimi de oluşturabilir: Fakat kralı seçmemeli ya da bir kral ailesi belirlememelidir: Kıscası ismen belirli bir kimseyle ilgili her şey yasama yetkisinin kapsamı dışındadır”.¹⁵³

Elbette bütün bu fikirlerin aniden yaşayan güçler haline gelmesi Fransız Devrimi sırasında gerçekleşmiştir. En azından devrimin başlangıcında tarihçi Michelet’in unutulmaz bir pasajında bunu “kanunun doğuşu (*l’avènement de la loi*)”¹⁵⁴ diye açıkladığı zaman ve daha ılımlı grupların amaçları söz konusu olduğunda bunda büyük bir gerçeklik payı vardır. O zamanki çoğu çalışmalara hukukî bir yönetim¹⁵⁵ ideali yol göstermişti ve zamanın baş teorisyeni Condorcet’nin yazılarının büyük bir kısmı ve çeşitli anayasa yapıcı organlar, genel kurallar anlamında gerçek hukuk ile salt buyrukların ayrılması gibi meselenin tam kalbinde yatan sorularla ilgiliydi. Bazı Anayasa taslakları bu anlamda bir hukuk tanımını kapsamlarına almayı denediler¹⁵⁶ ve belki bunların altında yatan temel düşünce en iyi Condorcet’nin bir pasajında ifade edildi:

“Yürütme işlevi bir tür çıkarım yapmaktan ibarettir. Bu çıkarımda birinci

¹⁵³ J.J. Rousseau, *Du Contrat Social*, II. Kitap, bölüm VI, ed. Vaughan II, s. 49.

¹⁵⁴ Jules Michelet, *Histoire de la Révolution Française*, vol. I, Giriş, Première Partie, 1, s. XXIII.

¹⁵⁵ Cf. J. Ray, “La Révolution Française et la pensée juridique; l’idée du règne de la loi,” *Revue philosophique*, vol. CCXVIII, 1939, ve Jean Belin, *La Logique d’une idée-force-L’idée d’utilité sociale pendant la Révolution française (1789-1792)*, Paris 1939.

¹⁵⁶ J. Barthelemy tarafından referanssız olarak Condorcet’ten aktarıldı, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*, Paris 1906, s. 489; fakat benzer pasajları karşılaştırınız *Oeuvres de Condorcet*, Paris 1847.

öncülü kanun, ikinci öncülü ise somut bir durum oluşturur; kanunun somut duruma uygulanması bu çıkarımın sonuç ögesidir. Örneğin; her yurttaşın geliri oranında kamu harcamalarına katılmasını hükme bağlayan kanun birinci öncül, belli bir harcamanın kamu ihtiyaçlarını karşılamak için yapılması ikinci öncül olduğunda bu çıkarımın sonucu 'her yurttaşın söz konusu harcamaya katılması' olacaktır."¹⁵⁷

Bu hukuk ve kuvvetler ayrılığı anlayışı, "İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*) her anayasanın temel bölümlerinden biri olması gerektiğini belirttiği insan hakları garantileriyle birlikte¹⁵⁸ tamamen hukukun hakimiyetini tesis etmeyi amaçlamışlardı.

Oysa Fransız Devrimi çok geniş biçimde Hukuk devleti idealinden ilham almasına rağmen, gerçekten bu ideale yaklaşmaya yardım edip etmediği şüphelidir. Devrim sırasında hukuk devleti idealiyle uzlatırılması mümkün olmayan çok farklı talepler etkinlik kazanmıştır.¹⁵⁹ Amacı hukuku hakim kılmak olsa dahi, belki de hiçbir devrimin hukuka saygıyı artırması beklenemez. Ve eğer devlet hukuka sıkı sıkıya bağlı olacaksa, bu kesinlikle çabuk sonuçlara ulaşmayı daha da zorlaştıracaktır. Gerçekten de katı bir hukuk devleti uygulaması yerine hakkaniyeti hakim kılma çabası kısa sürede devrimin ortadan kaldırmayı amaçladığı keyfi yönetime yeniden kapı açmıştır. Ancak hukuk devleti mücadelesini zayıflatan en önemli faktör belki de, en sonunda bütün güçlerin kontrolü halkın eline geçtiği için gücün herhangi bir suiistimaline karşı bütün korumaların gereksiz hale geldiği duygusudur. Halkın seçilmiş temsilcilerinin kendi münhasır hakları konusundaki kıskançlığı da, yürütmenin yetkileri karşısında bireyin korunmasından ziyade yürütmenin her bakımdan kendi iradelerini uygulamasını garanti altına alma telaşına düşürdü. Devrimin daha sonraki aşamalarında ayrıca modern sosyalizmin temsilcileri hukuk önünde şekli eşitlik ilkesine karşı seslerini yükselterek '*égalité de droit*' yerine '*égalité de faite*'i talep etmeye başladılar.

8. E. Kant ve Alman Hukuk Devleti "Rechtsstaat"

Yaygın inanışların aksine, 18. yüzyıl Prusyası hukuk devleti ilkesinin kabulü için uygun bir iklim sağlamıştı. Ülkenin liberal hareketin bütün silahlarını

¹⁵⁷ Özellikle bakınız Projet Girondin, *Archives Parlementaires*, lère serie, vol. 58, s. 617, titres VII, bölüm II, makale 1 ve 4.

¹⁵⁸ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (August 26, 1789), 16. madde: "Temel hakların ve kuvvetler ayrılığının tanınmadığı bir devletin anayasası da yoktur."

¹⁵⁹ Cf. J. Ray, 1.c, s. 372.

doğrulttuğu polis devletinin bir prototipi olarak algılanması daha sonra 19. yüzyılın ikinci çeyreğindeki tepkiler sırasında gerçekleşmiştir. 18. yüzyılın aydınlanmış despotizmi altında bu ülkenin yönetimi bazı yönlerden hakikaten olağanüstü liberaldi, özellikle de hukuk alanında başka hiçbir alanda olmadığı kadar liberaldi. Bu bakımdan Sans-Souci değirmencisi efsanesinin yaygın şekilde dillerde dolaşması önemlidir. Her Alman çocuğunun bildiği gibi II. Frederick'in Sans-Souci Sarayına yakın olan ve sarayın görüntüsünü bozan eski bir yel değirmeninden rahatsız olduğu ve sonunda değirmenci-yi tahliye konusunda bizzat tehdit ettiği söylenir. Hikayeye göre değirmenci "Prusya'da hala adil mahkemeler var"¹⁶⁰ şeklinde cevap vermiştir. Bu kraliyet yetkilerinin sınırlarına atıf yapmaktadır ki böyle bir sınırlamanın günümüz demokratik devletlerinin liderlerine uygulanıp uygulanmadığından emin değilim, şehir plancılarına küçük bir göz kırpmayla bu görüntü kirliliği derhal cebri bir şekilde ortadan kaldırılacaktır- elbette tamamen kamu yararı amacıyla, yoksa kimsenin kaprisini tatmin için değil!

Bu politik arkaplandan daha önemli olan Alman liberal hareketinin geliştiği felsefi atmosferdi. Alman yazarlar hukuk devleti hareketini izaha başlarken en başa Immanuel Kant'ın teorilerini yerleştirmeye alışıktır. Bu bana Kant'ın hukuk felsefesinin orijinalitesinin ve etkisinin biraz abartılması gibi gözükse de,¹⁶¹ onun daha genel düşüncelerinin bu evrim için son derece önemli olduğuna şüphe yoktur. Onun meşhur "kategorik emir"i aslında hukuk devleti ilkesinin altında yatan temel düşüncenin ahlak alanına taşınmasından başka bir şey değildir. "Öyle bir düstura göre hareket et ki, aynı zamanda bunun evrensel bir hukuk olmasını dileyeyin"¹⁶² ilkesi tamamen budur. Hukuk devleti gibi bu da elbette iyi düsturların uyması gereken tek bir ölçüt ortaya koymaktadır, ve bu kriter o düsturdan çıkarılması gereken kuralların ne olması gerektiğini ortaya koymak için yeterli değildir. Kant'ın hukuk alanındaki fikirleri, Almanya'nın önde gelen felsefecisi olan ve erken liberal dönemde özellikle bu problemlerle ilgilenen J.G. Fichte gibi halefleri tarafından geliştirildi ve yayıldı.¹⁶³

¹⁶⁰ Genellikle aktarılan deyiş "Es gibt noch ein Kammergericht in Berlin!" dir.

¹⁶¹ Özellikle bakınız E. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Part I, *Der Rechtslehre* Zweiter Teil, Teil I, Das Staatsrecht, § 45-49.

¹⁶² E. Kant, *Fundamental Principles of Morals*, (İngilizceye çeviren: A.D. Lindsay), s. 421.

¹⁶³ Özellikle bakınız J.G. Fichte, *Grundlagen des Naturrechtes nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre* (1796), Werke, 1845, vol. III, s. 105.

II. Frederick'in 1751 tarihli¹⁶⁴ Medeni Kanun ile, kısa sürede yayılarak Napolyon kanunlarıyla (1800-1810) sonuçlanan hukukun kodifikasyonu hareketini başlatması da ayrıca önemlidir. Bu kodifikasyon hareketi hukuk devletinin Avrupada tesisine yönelik çabanın en önemli parçalarından biridir ve hem kendine özgü karakterinde hem de, en azından teoride, ortak hukuk ülkelerindeki prototiplerin kaydettiği gelişmelerde belirleyici olmuştur. Tabii ki en mükemmel tasarlanmış kanunlara sahip olmak bile, derinlere kök salmış bir geleneğin yerini tutmada yeterli değildir ve ilkinin sağlayacağı avantajlar sonrakinkilerden daha önemli olmayabilir. Fakat bu bizi içtihat hukuku sistemiyle hukuk devleti ideali arasındaki özünde varolan bazı çatışmalara karşı körleştirmemelidir. İchtihat hukuku sisteminde yargıç devamlı olarak hukuk yarattığından, bu sistemde yargıç sadece önceden varolan kuralları uygulamalıdır ilkesi hukukun yazılı hale getirildiği ülkelere göre daha problemlidir. Ayrıca ortak hukukunun çok övülen esnekliği genel kanı o yöne meylettği sürece hukuk devletinin gelişmesine olumlu etkisi olmasına rağmen, özgürlüğü canlı tutacak tek şey olan hukuk devletine yönelik talepte bir gevşeme meydana gelirse korkarım ki ortak hukuk bu idealin zayıflamasına çok daha az direnç gösterecektir.

Kıta Avrupa'sında kodifikasyonu teşvik eden ana güç, hukukun daha fazla kesinliğine yönelik talep ve daha mükemmel genellik ve eşitlik yönünde onun gözden geçirilmesine olan arzuydu. Bunun ilk meyvelerinden biri, hiçbir fiil önceden varolan bir kural tarafından suç olarak nitelenmedikçe suç sayılmamalı ya da cezalandırılmamalı ilkesinin açıkça tanınmasıdır. Bu ilke ilkin 1787 tarihli¹⁶⁵ Avusturya Ceza Kanunu tarafından resmen tanındı ve sonra 1789 tarihli¹⁶⁶ İnsan Hakları Bildirgesinde yer aldı. Meşhur Latin sözü *nullum crimen, nulla poena sine lege*'yi, ceza hukuku alanında yazdığı önemli bir incelemede bu ilkeyi şerh eden Alman hukukçu Anselm Feuerbach'a borçluyuz.¹⁶⁷

¹⁶⁴ 1734'te bir İsveç Kanunnamesiyle ve hatta daha eski Danimarka Kanunnamesiyle emsal oldu.

¹⁶⁵ Bu kanunnamenin 1. paragrafında beyan edilir ki: "Yalnızca mevcut kanunda yer alan yasadışı fiiller suç olarak göz önünde bulundurulur ve konu edilir.

¹⁶⁶ "8. Kanun ancak açık biçimde ve mutlaka gerekli cezaları düzenlemelidir ve kimse herhangi bir fiilden dolayı önceden yapılmış ve ilan edilmiş bulunan ve yasal olarak uygulanmakta olan bir kanun olmaksızın cezalandırılmaz.

¹⁶⁷ A. Feuerbach, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 1801. Cf. Bütün bunlar H.B. Gerland, "Nulla poena sine lege" *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, ed. by H.C. Nipperdey, vol. I, Berlin, 1929; Jerome Hall, "Nulla poena sine lege", *Yale Law Journal*, vol. 47, 1937, ss. 163-192; S. Glaser, "Nullum crimen sine lege", *Journal of*

Ancak hukuk devletinin gelişimine 18. yüzyıl Prusya'sının yaptığı en önemli katkı hayati öneme sahip olan idarenin kontrolü alanında olmuştur.¹⁶⁸ Burada Kıta ülkelerinin karşılaştığı zorluklar önceki yüzyılda İngilizlerin karşılaştığından çok farklıydı ve bu nedenle Kıtada bulunan çözümler bazı yönlerden bugünün problemleri için İngiliz kurumlarından daha önemlidir. İngiltere'de Hukuk devleti modern devletin devasa idari mekanizması gelişmeden önce kurulmuş iken ve sonrasında idarenin gelişimini bir ölçüde geciktirir ya da önlerken, Kıta Avrupası ülkeleri oldukça gelişmiş idari bir aygıtın halihazırda mevcut olduğu bir dönemde hukukî bir yönetim kurmaya çabalamak zorunda kalmışlardı. Mutlak monarşilerin kurduğu bu mekanizmanın avantajlarından vazgeçmek istemedikleri için, onların karşı karşıya oldukları problem, hukukun kontrolü altında yerleşik çeşitli fonksiyonlara sahip, işleyen bir bürokrasi kurmaktı. Devrimden sonra Fransa'da kuvvetler ayrılığı prensibinin çok katı yorumu uygulamada idarenin bu tür bir kontrolün dışında kalmasına ve devrimden önce var olan idarenin yargı denetiminden bağımsızlığının geri gelmesine yol açtı. Fakat Prusya daha 18. yüzyılda kapsamlı bir şekilde problemin üzerine giderek 19. yüzyılın liberal hareketine yön veren ideallerin şekillendirilmesine çok büyük katkıda bulundu. Gerçekten bu alandaki en etkili deneyinde, yalnızca doğudaki yeni eyaletlere uygulanan 1797 kanunuyla Prusya'da idari makamlar ile özel yurttaşlar arasındaki bütün ihtilafları olağan mahkemelerin yargı yetkisine tabi tuttu, böylece 19. yüzyıl hukuk devleti tartışmalarının merkezinde yer alan prototiplerden birini yarattı. Ne var ki bu ilk gelişmeler bir süre sonra gözden kayboldu ve *Rechtsstaat* için liberal ajitasyonun dorukta olduğu 1830 ile 1860 yılları arasında, Prusya bu yönden gerçekten taklit edilebilecek bir model olmaktan çok uzaktı.

Bu dönemin sonuna kadar hukuk devleti idealine Alman katkısı aslında büyük ölçüde teorikti ve bir ölçüde de böyle kaldı çünkü Almanlara asla ortaya koydukları ideali tamamen gerçekleştirme izni verilmedi. Fakat onların teorik katkısının değerini küçümsememeliyiz. *Rechtsstaat* düşüncesinin tedrici gelişiminin, ki büyük ölçüde Alman bilginlerin çalışmaları sonucudur, bütün

Comparative Legislation and International Law, February 1942, ve Adolf Schottlaender, *Die geschichtliche Entwicklung des Satzes "Nulla poena sine lege"*, (*Strafrechtliche Abhandlungen No: 132*) Breslau 1911.

¹⁶⁸ Cf. E. Löning, *Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preussen*, Halle 1914, ve O. Hintze'nin bu çalışma üzerine önemli bir eleştiri makalesi, "Preussens Entwicklung zum Rechtsstaat", in O. Hintze, *Geist und Epochen der preussischen Geschichte*, Leipzig 1943, ss. 105-171.

Kıta geleneği üzerinde derin bir etkisi vardı ve bu kavramın *état du droit* ya da *stato di diritto* şeklinde Fransız ve İtalyan hukuk terminolojisine girmiş olması gerçeği bu etkinin derecesini göstermektedir. Almanca terimin hala az çok muğlak olan bir çağrışımla ilk olarak 1813 tarihli bir ¹⁶⁹Alman incelemesinde ortaya çıktığı görülmektedir. Ancak kavrama kesin anlamını veren ve yaygın bir şekilde kullanılmasını sağlayan, 1824'te Birleşik Devletler Anayasası¹⁷⁰ üzerine yaptığı dikkat çekici bir çalışmada hayli gelişmiş bir hukuk devletinin örneklerini veren ve sonraki otuz yıl boyunca yorulmadan bu ilkeyi inceden incede çalışan ve yorumlayan Robert Mohl'dur.¹⁷¹

9. Kıta Avrupası Liberal Hareketi

19. yüzyılın dördüncü ve beşinci onyılları arasındaki Kıta Avrupası liberalizminin büyük gelişim dönemi, aynı zamanda Rechtsstaat hareketiyle en çok iç içe geçtiği ve müttefik hale geldiği bir dönemdir. Hatta hukuk devletinin liberal hareketin ana hedefi haline geldiği söylenebilir. Fransa'da bu, aşağı yukarı July dönemine tekabül eder; monarşi ve "burjuva kral" yönetimi altındaki bu dönemde liberal hareketin hukuk devleti idealini gerçekleştirmeye koyulduğu görülmektedir. Benjamin Constant, Guizot ve "doktrinler" diye adlandırılan bir grup, birey haklarını devletin el uzatmalarına karşı koruyacak bir denetim sistemi¹⁷² olan bir garantizm doktrini geliştirdiler ki bu doktrin hukuk devleti idealinin tarihçesinde oldukça önemli bir yer tutacaktır. Saltanatının başlangıcında, kral Louis Philippe'in hukuk devletinin tesisini kendisi için rehber ve ideal olarak benimsediği görülmektedir. Bir halk nutkunda bunu şöyle ifade eder:

"Özgürlük, kanunların hakimiyetinden başka bir şey değildir. Özgürlük, hiç kimsenin kanunun öngördüğünden başka bir şey yapmaya zorlanamaması ve herkesin kanunla yasaklanmayan her şeyi yapma hakkına sahip olmasıdır. Bu konuda başka bir şey istemek, özgürlüğü tahrir manasına gelir."¹⁷³

¹⁶⁹ K.T. Welcker devlet tiplerini despotizm, teokrasi ve hukuk devleti olmak üzere üçe ayırır, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, Giessen 1813.

¹⁷⁰ R. Mohl, *Das Bundesstaatsrecht der Vereinigten Staaten von Nordamerika*, Stuttgart 1824.

¹⁷¹ Robert Mohl, *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, 2 vols 1829 ve 1831; *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 1832, *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, 2 vols 1855 ve 1856.

¹⁷² Cf. Guido de Ruggiero, *The History of European Liberalism*, çeviren R.G. Collingwood, Oxford 1927, ve Luiz Diez de Corral, *El Liberalismo Doctrinario*, Madrid 1945.

¹⁷³ H.F.R. de Lamennais'nin *Avenir of Mai 25*, 1831'de Bir denemede rapor ettiği Ulu-

Fakat gerçekte Fransız kurumlarını hukuk devleti idealine uyarlama yönünde bu fırsattan pek yararlanılmamıştır. İdare alanındaki devrim öncesi kurumlar ideolojik bir hareketin etkisine karşı çok güçlü olduklarını kanıtladılar ve July monarşisinin 1848 devrimiyle vakitsizce yıkılması, aynı zamanda onun ideallerini de itibardan düşürdü. Ne III. Napolyon'un saltanat döneminde ne de 3. Cumhuriyette daha ileri gelişim için uygun bir iklim olmadı. Bu yönde daha iyi anlaşılması gereken bazı gelişmeler yok değildi.¹⁷⁴ Fakat burada hem Fransa hem de Almanya'da ki gelişmeleri tartışacak zamanım yok ve bazı nedenlerden dolayı Almanya'da ki gelişmeler bana hem az bilinen hem de daha önemli gözüküyor, bu nedenle dersin geri kalanında bunlar üzerinde yoğunlaşacağım.

Güney Almanya'da¹⁷⁵ hareketin karakteri büyük ölçüde dönemin liberal ajitasyonlarının entelektüel liderlerinin iki anayasa hukukçusu Carl von Rotteck ve K.T. Welcker olmasından etkilenmiştir. K.T. Welcker *Rechtsstaat* kelimesini yerleştirmiş ve Mohl'un *Rechtsstaat* idealini B. Constant ve Guizot'un düşünceleriyle bütünleştirmiştir. Bu idealleri geniş bir şekilde içinde işledikleri bir tür politik ansiklopedi yayınlamışlar ve bu bütün liberal hareket için bir çeşit el kitabı haline gelmiştir.¹⁷⁶ *Rechtsstaat* kavramı aşama aşama muhafazakarların asli muhalefetine karşı geliştirdi ve resmi çevrelerde bile hatırı sayılır ilerleme kaydetti. Çok geçmeden örneğin; Güney Almanya eyaletlerinden

sal Kurula yapılan konuşma ve yeni baskısı *Troisième Mélanges*, 1835, s. 255.

¹⁷⁴ Fransız idari yargı sisteminin önemi ve gelişimi konusunda son zamanlarda iki İngilizce eser yayımlanmıştır: M.A. Sieghart, *Government by Decree*, Londra 1950, ve B. Schwarz, *French Administrative Law and the Common Law World*, New York 1954. Fransa'daki gelişmelerin göz ardı edilmesi biraz da bundan kaynaklanmaktadır. Fakat Almanların konuya daha önemli katkı sağladıklarına da inanıyorum. Almanya'daki gelişmeler nispeten az bilinmesine rağmen özellikle Birleşik Devletler başta olmak üzere bir çok yerde dikkate değer bir dolaylı etki yapmıştır. Alman teorik gelişiminin önemi üzerine bakınız: P. Alex'eef "L'Etat - Le Droit - et Le Pouvoir discrétionnaire des autorités publiques", *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, Brno 1928/9, vol. III, s. 216, ve C.H. McIlwain, "The Fundamental Law Behind the Constitution of the United States", (1938) yeni baskı *Constitutionalism and the Changing World*, Cambridge University Press 1939, s. 270.

¹⁷⁵ Alman liberal hareketinde *Rechtsstaat* idealinin oynadığı rolün en iyi izahı F. Schnabel'in *Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert*, vol. II, 1933, ss. 90-214, özellikle ss. 99-109'da yapılmıştır.

¹⁷⁶ *Staatslexikon oder Enzyklopaedie der Staatwissenschaften*, yayına hazırlayan K. von Rotteck ve K.T. Welcker, 10 vols. Altona 1834-1848. Yazarlar arasında bu bağlamda özellikle önemli olan K.R. Mittermaier ("*Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses*" *Archiv für die zivilistische Praxis*, vol. IV, 1829).

birinin en yüksek mahkemesinin başkanının “her nerede bir özel hakkın tanınıp tanınmadığı ya da resmi makamlarca ihlal edilip edilmediği hususunda bir uyuşmazlık çıkarsa mesele olağan mahkemelerce karara bağlanmalıdır” tezini savunurken görmekteyiz.¹⁷⁷ Doktrinin başarısı, Prusya’daki ezeli muhafazakarların lideri olacak kişinin hukuk felsefesi üzerine yazmış olduğu incelemeye girmiş olmasından anlaşılmaktadır. Hakikaten G.F. Stahl’ın *Rechtsstaat* tanımı muhtemelen en çok alıntılananıdır ve bu bana yaygın bir hatayı düzeltme fırsatı sağlayacak, bunu bir kere daha aktarayım. Stahl, 1837’de yazdığı *Hukuk Felsefesi*’nde şu ifadelere yer vermektedir:¹⁷⁸

Devlet, hukuk devleti (Rechtsstaat) olmalıdır, bu bir slogandır ve gerçekte son zamanların eğilimidir. Devlet, faaliyetlerinin yönünü ve sınırlarını ve yurttaşların özgür alanını açıkça ve değiştirilemez şekilde belirlemeli ve korumalı ve kendiliğinden ya da doğrudan hukuk alanının dışında kalan ahlaki tezleri uygulamamalıdır. Bu ‘Rechtsstaat’ anlayışıdır ve devletin kendini hukuku icra etmekle sınırlaması ve hiçbir idari amacın peşine düşmemesi ya da yalnızca bireyin haklarını korumakla yükümlü olması anlamına gelmez. Bu, devletin amacı ya da muhtevası hakkında hiçbir şey söylemez; fakat sadece bunları başarmanın yolunu ve yöntemini ortaya koyar.”.

Bu tanıma eklenen şartlar, devlet zorlama uygularken hukukla sıkı sıkıya bağlı olmalıdır tezi ile [W. von Humboldts’un *Sphere Duties of Government* (Yönetimin Görev Alanı) başlıklı makalesi ve Kant’ın diğer takipçilerince temsil edilen] devletin tek faaliyeti hukukun uygulanması olmalıdır iddiası arasındaki karışıklıktan kaynaklanmaktadır. *Rechtsstaat* ilkesi sadece devletin cebri faaliyetlerine ilişkindir ve zorlama içermeyen diğer devlet filleri hakkında hiçbir şey söylenemez. Ancak bu doğru görüş tabii ki, daha sonra anlaşıldığı gibi, gerekli olan tek şeyin bütün devlet fillerinin salt yasallığı anlamına gelmemelidir.

İdealin yüzyılın ortasında nasıl ekseriyetle kabul gördüğünü 1848 yılında Frankfurt Parlamentosunun kabul ettiği Almanya için Anayasa taslağı göster-

¹⁷⁷ Minnigerode, *Beitrag zu der Frage, was ist Justiz und Administrativsache*, Darmstadt 1835.

¹⁷⁸ F.G. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, II. *Rechts und Staatslehre*, Abt. 2. (1837), 5. baskı Leipzig 1878, s. 137. Rechtsstaat idealinin muhafazakarlar tarafından genel reddi noktasında önemli olanlardan biri İsviçreli şair Jeremias Gotthelf’in *Joggi der Schuldenbauer oder der Rechtsstaat* olarak adlandırılan bir roman taslağıdır. Cf. Oswald, “Jeremias Gotthelf über Recht, Stat und Gesellschaft”, *Deutsche Juristen Zeitung*, Ocak 15, 1934, özellikle s. 1263.

miştir. Bu bütün idari yargının (terimin o zaman anlaşıldığı anlamda) sona ermesini ve özel haklara bütün tecavüzlere adalet mahkemelerince¹⁷⁹ hüküm verilmesini şart koşuyordu. Bu anayasa asla yasallaşmadı ve bu problemlere tatminkar bir düzenleme için mücadele devam etti. Hukuk devleti büyük ölçüde Prusya'da gelişen uygulamaları hedef almıştı ki bu uygulamalar Prusya'yı *Rechtsstaat* idealinin karşıtı olarak gösterilen polis devletinin tipik bir örneği haline getirmişti. Kuzey Almanya'daki *Rechtsstaat* mücadelesinin lideri, Fransız örneğinden ziyade İngiliz modeline ve eski Alman geleneklerine dayanan ve "*Rechtsstaat*'ın idealisti" olarak anılan Prusyalı parlamenter Eduard Lasker Bismark'ın en çok nefret ettiği düşmanlarından biriydi. Konu hakkında yazdıkları önemlidir çünkü 1860'larda Prusya'da kontrolsüz ve keyfi idari faaliyetlerin ulaştığı boyutları gösteren canlı resimler vermektedir.¹⁸⁰

Teorik yönden, gelişimin bu safhası, ünlü hukuk tarihçisi Otto von Gierke'nin¹⁸¹ çalışmalarıyla ve O. Bähr'in¹⁸² *Rechtsstaat'a* vakfedilen özel çalışmasıyla sonuçlandı. Bu dönemin özelliği, bir dereceye kadar İngiliz modelinden hareketle idarenin işlemlerinin hukukîliğinin denetiminin olağan mahkemelere verilmesini amaçlamasıydı. Daha sonra genellikle "justicialism"¹⁸³ olarak anılan bu *Rechtsstaat* anlayışının yerini kısa sürede başka anlayışlar aldı.

10. Kıta Avrupası İdaresinde Teori ve Uygulama

Olağan yargı ile idarenin işlemlerinin yargısal denetiminin niçin ayrılması gerektiği hususunda iki farklı neden vardır. Bunların her ikisi de nihai olarak Almanya'da ayrı bir idare mahkemeleri sisteminin kurulmasına katkıda bulunmuştur (ve muhtemelen Fransız *droit administratif* sisteminin korunmasına

179 Cf. E. Forsthoft, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. I, 1950, s. 394.

180 E. Lasker, "Polizeigewalt und Rechtsschutz in Preussen", *Deutsche Jahrbücher für Politik und Literatur*, I. October 1861, yeniden basım *Zur Verfassungsgeschichte Preussens*, Leipzig 1874.

181 Otto von Gierke, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, 1868.

182 O. Bähr, *Der Rechtsstaat Eine Publizistische Skizze*, Kassel 1864.

183 Almanca karşılığı "*Justizstaat (Yargı Devleti)*" olarak ifade ediliyordu. Cf. G. Anschütz, "Verwaltungsrecht" *Systematische Rechtswissenschaft (Die Kultur der Gegenwart III/viii)* de, Leipzig 1906, s. 355. F.L. Neumann ("The Concept of Political Freedom", *Columbia Law Review*, LIII/7, Nov. 1953, s.910) "İngiltere'deki rule of law doktrini ile Alman *Rechtsstaat* doktrini arasında müşterek hiçbir şey yoktur" şeklindeki iddia, Alman gelişiminin bu erken dönemi dikkate alındığında kesinlikle doğru değildir. Bu aşağıda tartışmamız gereken ancak ne yüzyılın birinci yarısında liberal hareketin esinlendiği kavramlar ne de Prusya'da idari yargı yetkisi reformlarına yol açan fikirlere değil, yüzyılın sonundaki kısırlaştırılmış *Rechtsstaat* kavramı için yeterince doğrudur.

da katkıda bulunmuştur). Sıklıkla birbirleriyle karıştırılmalarına rağmen, bu iki neden açık bir biçimde birbirinden ayrı tutulmalıdır, çünkü bunlar tamamen farklı ve hatta birbirine zıt amaçları hedeflemektedirler.

Birinci tez idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünün hem hukuk bilgisi hem de esas olarak ortak hukuk (common law) ya da kıta hukuku (civil law) eğitimi alan olağan yargıçların sahip olması beklenmeyen idari işleyişe ilişkin bilgileri gerektirdiğini ileri sürmektedir. Bu oldukça güçlü ve muhtemelen ikna edici bir tezdır, ancak idare mahkemelerinin adliye mahkemelerinden ayrılmasını gerektiren sebepler ceza mahkemelerinin ticaret mahkemelerinden (ya da Londra'daki Yüksek Mahkemenin Deniz Hukuku ve Boşanma dairelerinin) ayrılmasını gerektirenlerden daha güçlü değildir. Yine de bu tür ayrı idari mahkemeler adli mahkemeler kadar yönetimden bağımsız olabilir ve salt olarak hukukun uygulanmasıyla, yani önceden var olan kuralların uygulanmasıyla ilgilenebilir.

İkinci olarak ayrı idare mahkemelerinin gerekli olduğu savunulabilir çünkü meşruluk ya da idari işlemler hakkındaki farklılıklara basitçe bir hukuk meselesi olarak karar verilemeyeceğine inanılır. Bunlar her zaman idari politika ya da kamu yararı sorularını içerebilir. Böyle mahkemeler zamanın yönetiminin amaçlarıyla ilgilenebilirler ve tamamen bağımsız olmazlar fakat idari mekanizmanın bir parçası olmalı ve en azından yürütmenin başının direktiflerine tabi olmalıdırlar. Bunların amacı idarenin özel alana müdahalesine karşı bireyleri korumaktan ziyade, idarenin amaçlarına ve talimatlarına müdahale edilmemesini güvence altına almaktır. Bu nedenle bu mahkemeler bireyi koruma aracından ziyade, idarenin alt kademelerinin hükümetin iradesine (genel kuralları koyan yasamanınki de dahil) uyulmasını sağlayan bir araçlardır.

İdarenin işlemlerini sınırlamak ve yönlendirmek için detaylı bir hukuk kuralları külliyatının bulunduğu bir zamanda bu ayırım yeterince açık olabilir. Fakat böyle kuralların biçimlendirilmesinin gelecekteki yasama ve yargı organları için bir görev olduğu bir zamanda idare mahkemelerinin kurulması kaçınılmaz olarak bu ayırımı muğlaklaştıracaktır. Bu durumda, o zamana kadar sadece idarenin iç kuralları olan ilkelerin hukukî normlar olarak biçimlendirilmesi zorunlu olarak mahkemelerin görevlerinden biri haline gelir ve böyle bir durumda gerçekten neyin genel kuralların niteliği olduğu ve neyin salt politik amaç olduğunu ayırt etmek fazlasıyla zorlaşacaktır.

Ancak 1860'lar ve 1870'lerde uzun süredir yüceltilen *Rechtsstaat* idealini uygulamaya koyma çabasına girişildiğinde Almanya'daki mevcut durum buydu. Almanyada uzun süre hakim olan "justicialism" (yargı birliği) akımını nihayet alt eden ve günümüze kadar gelen tez idari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ortaya çıkabilecek hayli teknik meselelerin, esasen civil meselelerle ilgilenen olağan yargıçlara bırakılmasının pratik ya da uygulanabilir olmadığı tezidir. Ancak, o zaman oluşturulan yeni idare mahkemelerinin hukukî sorunlarla ilgilenen bağımsız mahkemeler olması amaçlanmış ve zamanla bunların idari işlemlerin hukukî denetimini tamamıyla başarması umulmuştu. Aynı bir idari yargılamanın yaratılması, bunun o zamanki esas teorik savunucusu olan Rudolf Gneist¹⁸⁴ ve sonraki Alman idare hukuku¹⁸⁵ teorisyenlerine, *Rechtsstaat* binasının temel taşı ve hukuk devletinin nihai gerçekleşmesi olarak görünmüştü. O zamanlar fiilen idari işlemlerin keyfililiğine kapı aralayan bir dizi yasal boşluğun mevcudiyeti sadece küçük ve geçici bir eksiklik olarak ve kaçınılmaz nitelikte görüldü, çünkü eğer idari mekanizma işlemeye devam edecekse, bu faaliyetleri düzenleyen kurallar zamanla oluşuncaya kadar idareye geniş bir takdir alanı bırakılması gerekiyordu. Ancak, Fransız etkisinin hakim olduğu Güney Almanya'da ta başlangıçtan beri idarî makamların takdir yetkisini içeren sorunlar açıkça yargı denetimi dışında tutulurken¹⁸⁶ en azından İngiliz ve yerel Alman geleneklerinin daha güçlü olduğu Prusya'da, yargısal denetimin en azından ilkesel olarak bunları da kapsamı önemlidir.

Fakat idare mahkemeleri sisteminin yaratılması çağdaşlarınca haklı olarak hukukî yönetimin başarılmasında belirleyici bir adım olarak addedilirken, eğer bu bir gerçeklik kazanacaksa en önemli görev hala gelecektekilere düşmektedir. Köklü bir bürokratik yapı üzerine bir yargı denetimi mekanizması ancak bu mekanizmayı yaratan ruhla kurallar konulmaya devam edilirse etkin olabilirdi. Ne var ki uzun zamandan beri arzulanan *Rechtsstaat*'ın kurulması, bu ideali ortaya çıkaran fikirlerin terkedildiği bir zamana denk geldi; bu öyle bir zamanda gerçekleşti ki, o sırada hukuk devletini kendisine temel amaç edinen liberalizmin terki şeklinde tanımlanabilecek olan büyük entelektüel dönüşüm gerçekleşiyordu. Alman eyaletlerinde (ve de Fransa'da)

¹⁸⁴ Rudolf Gneist, *Der Rechtsstaat*, Berlin 1872.

¹⁸⁵ Bakınız örneğin G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2. basım Leipzig 1913, s. 108, ve F. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes*, 8. basım Tübingen 1928, s. 39.

¹⁸⁶ Bakınız Forsthoff, I.c., s. 396.

idare mahkemeleri sisteminin son şeklini aldığı 1870'ler ve 1880'ler aynı zamanda bu ülkelerde devlet sosyalizmi ve refah devletine doğru yeni bir hareketin başladığı zamanlardı. Ondan sonra reformun ayakta kalabilmesi için idari otoritelerin takdir yetkisini kademeli olarak yasamayla daraltarak, idare mahkemelerinin kurulmasının nedeni olan sınırlı yönetim düşüncesini uygulama niyeti pek yoktu. Tersine kademeli olarak açıkça, idari kararların yargısal denetim dışında tutulması yoluyla hukukî boşlukları genişletme yolunda güçlü bir eğilim vardı.

11.Tarihçi ve Pozitivist Tepki

Rechtsstaat idealinden bu uzaklaşma ekonomik ve sosyal politikadaki yeni yaklaşımların sonucu olduğu ölçüde, bu benim son dersimin ana konusu olacak. Bugün, incelemek için vaktim olmayan diğer yeni eğilimlerle ilişkili olmakla birlikte, yaklaşık aynı zamanlarda etkin hale gelen diğer bir etkiyi kısaca ele alacağım. Kastettiğim hukuk devleti idealinin zayıflamasına ve kavramının içinin boşaltılmasına büyük ölçüde katkıda bulunan ve birbirleriyle dayanışma içinde olan tarihçi okul ve hukukî pozitivistlerin akımlarıdır.

Şimdiye kadar doğal hukuk ya da *Naturrecht* ile *Rechtsstaat* ideali arasında mevcut olan sıkı tarihi bağa kasten değinmedim. Bundan kaçındım çünkü bu bağ tarihsel olarak çok önemli olmasına rağmen bir bakıma ana sorunları karıştırmaktadır. Bütün hükümetlerin yetkileri üzerinde bir sınırlama olarak hukuk devleti elbette bir kuraldır fakat ileride göreceğimiz gibi bu kendiliğinden hukuk olamayan, fakat iyi hukukun sahip olması gereken nitelikleri belirleyen bir düşünce olarak var olabilen, hukuk dışı (extra-legal) bir kuraldır. Bu ilkeye insan iradesinin dışında nesnel geçerlilik tanımak için insan düşüncesinin dışında varlık atfetmek çok kolay bir çözümdür. Bu ilke belli temel değerleri paylaşan ve nesillerin deneyimlerinin biriktirdiği insan ilişkileri anlayışına sahip olan herhangi bir bireyin onu arzu edilir görmesi anlamında sürekli bir geçerlilik kazanabilir. Fakat bu, onun idrakinin sürekli yenilenen bir anlama ve irade etme eylemi gerektirdiği ve onu muhafaza etmek için daimi bir self-disiplin istediği gerçeğini değiştirmez. Ancak hukuk devletine geleneksel yaklaşım onu, genellikle kaynağını insan iradesinin dışında bulan bir tür yüksek hukuk olarak gördü. Bu bağlantı, konuya ilişkin modern Kıta Avrupası teorisinin (kısmen de İngiliz yaklaşımlarının), modern tabii hukuk teorisinin kurucusu Hugo Grotius¹⁸⁷ öğretisine dayanmasıyla daha da kuv-

¹⁸⁷ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis* (1625), özellikle kuralların genelliği üzerine

vetlenmektedir.

Tarihçi okulun ve pozitivistlerin eleştirileri hukuk devleti ilkesinin bu açık kaynağına yönelikti. Bu teoriler yasama organı tarafından değiştirilemeyecek herhangi bir sabit ve mutlak hukukun varlığını tanımayı (sözkonusu olan dar anlamda hukuk kavramı olduğu sürece haklı olarak) reddediyorlardı. Her iki teori de yöntem olarak belli bir zamanda yürürlükte olan hukukun ne olduğuyla ilgilenen saf hukukçu okullarıydı ve hukukun ne olması gerektiğini araştırmanın kendilerini ilgilendirmediğini düşünüyorlardı. Bunun sonucu olarak herhangi bir kuralı (meşruiyet açısından) değerlendirmek için yasalık ya da anayasallık ilkesi dışında herhangi bir standarta sahip değillerdi. Oysa hukuk devleti ya da *Rechtsstaat* düşüncesi mevcut hukukî durumu değerlendirebileceğimiz ideal bir standarda işaret ediyordu; bu adına modern özgürlüğün gerçekleştirildiği ve insanların zihinlerini yönettiği ve yönlendirdiği için çok yakından takip edilen bir idealdi. Herhangi bir çağda etkin olan düşüncelerin çoğu gibi ona da mantığı (*rationale*) çok iyi anlaşıldığı için değil, daha ziyade ona sahip çıkan grup ya da medeniyetlerin onu hakim kılmadaki başarısı nedeniyle sahip çıkılmıştı. Bu ideal, inançlarını üyelerinin kapasitelerini en iyi kullanmalarına vesile olacak şekilde evrimleştirenleri geliştiren, toplumlar arasındaki bir doğal seleksiyon sürecinin ürettiği bir adalet anlayışının parçası haline geldi.

Hukukun gelişimini her devrin ihtiyaçları ve amaçlarıyla açıklamaya kalkan tarihçi yaklaşım, bütün hukukun uyması gereken prensiplere olan inancı yıkmaya yöneldi. Hukukun değişebilirliğine yaptığı vurguyla, herhangi bir amacı gerçekleştirmek için en etkin araç olarak görülüyorsa denenmeyecek hiç bir şey, eğer yararlı görüyorsa yasama organının değiştiremeyeceği hiç bir kural yoktur inancını teşvik ediyordu. Tarihçi okul bir şekilde tarihte akıl dışı güçlerin gerçekten anlaşılmasının oluşturacağı tavra aykırı olarak kurumlar ve geleneklerde somutlaşan herhangi bir deneyimin değerinin inkarı anlamına gelen bir ahlakî ve hukukî rölativizm yarattı.¹⁸⁸

Hukukî pozitivism bu inançların mantıksal bir sonucudur.¹⁸⁹ Pozitif huku-

olan önemli tartışmaya bakınız L.I, c.iii, § 6, Grotius doğal hukuk teorisini geliştirdiğinde muhtemelen erken bir tarihte Hollanda'da böyle büyük ölçüde başarılı olan hukukun üstünlüğü için bir teorik temel sağlama girişimi içindeydi fakat Hollanda'daki gelişmelerle bütün geleneğin bu bağlantılarının hala incelenmeye ihtiyacı vardır.

¹⁸⁸ Cf. E. Brunner, *Justice and Social Order*, New York 1945, s. 6.

¹⁸⁹ Cf. H. Heler, "Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der

kun dışında hiçbir ilke tanımadığı için, herhangi bir hukukun iyi ya da kötü olduğuna hükmedecek hiçbir ölçütü yoktur. Sadece hukukun ne olduğuyula ve belirli bir fiilin bu hukuka göre yasal olup olmadığıyla ilgilidir. Yürütmenin istediği herşeyi yapmasına sınırsız yetki veren bir kanun, bu bakış açısına göre, en az diğer kanunlar kadar iyidir. Yasama üzerinde bir sınırlama olarak hukuk devleti ilkesi, pozitif hukukun bir parçası olmayan ancak pozitif hukukun uyacağı ya da uymayacağı, bir tür hukuk ötesi (meta-legal) ilke olduğu için, pozitif hukuk sınırları içinde hiçbir anlam ifade etmez. Sonuç olarak bu okulların temsilcilerine göre *Rechtsstaat* ya da hukuk devleti ilkesi, yalnızca yasallık talebi, devlet faaliyetleri için yasal bir dayanak gereksinimi anlamına gelmekteydi.¹⁹⁰ Böylece, ne kadar keyfi ya da ayırımçı olursa olsun bir baskı, herhangi bir yetkilinin bu şekilde davranmasına yetki veren bir kural tarafından yasallaştırılabileceği için hukuk devleti bireysel özgürlüğün güvencesi olarak önemini kaybetti.

Rechtsstaat kavramını bütün ayırdedici anlamından yoksun bırakan bu görüş, geçen yüzyılın sonunda geniş bir şekilde kabul gördü, fakat tam gelişimini bu yüzyılda tamamladı. Pozitivizmin “saf hukuk teorisi” olarak adlandırılan en ileri biçiminin en zorba yönetimlerin bile *Rechtsstaat* olarak nitelendirilmesine -totaliter rejimler tarafından yaygın olarak kullanılacak bir olasılık- karşı öne sürülen bütün teorik itirazları nasıl ortadan kaldırdığı onun en iyi bilinen temsilcilerinden Profesör Hans Kelsen’in 1925 yılında yayımlanan temel eserinde kullandığı şu ifadesinde açıkça görülmektedir:

“Despotizm altında herhangi bir hukuk düzeni (Rechtsordnung) olmadığı iddiası tamamen anlamsızdır, (fakat) orada zorbanın keyfi iradesi hüküm sürer. ...Despotça yönetilen bir devlette de insan davranışlarının bir düzeni vardır. Bu düzen bir hukuk düzenidir. Bunu bir hukuk düzeni olarak adlandırmayı inkar etmek bir zaaf ve tabii hukuk düşüncesinden türeyen bir varsayımdan başka bir şey değildir. ...Keyfi irade olarak yorumlanan şey bir otokratın alt organların faaliyetlerini koşulsuz olarak belirleyecek kararları ve genel nitelikteki ya da özel bir duruma ilişkin olarak ilan edilen normları istediği zaman ortadan kaldıracak ya da değiştirecek kararları üzerine alması hukukî ihtimalinden başka birşey değildir. Böyle bir

Gegenwart”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, XVI, 1929, s.336.

¹⁹⁰ Cf. J.H. Hallowell, *The Decline of Liberalism as an Ideology with Particular Reference to German Politico-Legal Thought*, Berkeley ve Los Angeles 1943; G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Erike Wolf tarafından 4. baskı, 1950; ve F. Darmstaedter, *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates*, Heidelberg 1930, ve *Rechtsstaat und Machtstaat*, Berlin 1932.

koşul, dezavantajlı hissedildiği zaman bile hukukî bir koşuldur. İyi tarafları bile vardır. Modern hukuk devletinde diktatörlük talebinin yaygın olmaması bunu açıkça göstermektedir.”¹⁹¹

12. Dicey'nin Kıta Avrupası Geleneğini Yanlış Anlaması

Geçen yüzyılın sonuna doğru Kıta Avrupasında var olan şartlar, teori ile uygulama arasında garip bir zıtlık olduğunu gösterdi. Bu zıtlık kısmen orada ortaya çıkmış olan kurumların Anglo-Saxon gözlemcilerince yanlış anlaşılmasından kaynaklanıyordu ve bu yanlış anlamının İngiltere ve Birleşik Devletlerdeki gelişmeler için ağır sonuçları olmuştur. Prensipite hukuk devleti ilkesi Kıta Avrupasında sadece uzun süreden beri tanınmakla kalmadı, ayrıca bu idealin kapsamlı ve çok yönlü idari faaliyetleriyle modern devletin şartlarına uyarlanmasına yönelik olarak önemli kurumsal ilerlemeler de gerçekleştirildi. İdare mahkemelerinin başarısı bir bakıma sınırlanmasına rağmen, bunlar hala bu çeşit idari faaliyetleri kesin kuralların kontrolü altına almaya yönelik tek özgün girişimi oluşturuyorlar. Aslında bu sistemin olanaklarını tamamen ortaya koymak için asla tam bir fırsatı olmadı; sadece *Rechtsstaat* öncesi günlerin bazı özellikleri asla tamamen kaybolmamakla kalmadı, aynı zamanda refah devletine doğru ilerleme, İngiltere ya da Birleşik Devletlerdeki pek çok gelişmeye kısa süre içinde yenilerini ilave etti. Sonuç olarak; Fransa ya da Almanya'daki günlük uygulamayı gözlemleyen herhangi bir İngiliz ya da Amerikalı durumun kendi düşüncesine göre hukuk devletinin gereklerinin hala çok uzağında olduğunu düşündü. Sıklıkla alıntılanan bir örneğe değinecek olursak, Londra'daki bir polisin yetkileriyle davranışları arasındaki fark ile Berlin'deki bir polisin yetkileriyle davranışları arasındaki fark her zamankinden çok daha büyük görünüyordu. Ya da bir zamanlar Amerika'da yaygın olarak okunan bir metinde yer alan bu zıtlığa ilişkin tipik bir tartışmada tanımlandığı gibi:

“Bazı durumlarda (İngiltere'de bile) kurulun bir görevlisine kanunen düzenleme yapma yetkisi verildiği doğrudur. Yerel Yönetim Kurulu (Büyük Britanya'da) ve bizim sağlık kurullarımız bunun örneklerini teşkil eder; fakat bu tür durumlar istisnaidir ve Anglo-Saxonların çoğu bu yetkinin özünde keyfi olduğunu ve mutlak bir şekilde gerekli olandan daha fazla genişletilmemesi gerektiğini düşünürler”¹⁹²

¹⁹¹ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, s. 335/6.

¹⁹² A.B. Lowell, *Government and Parties in Continental Europe*, New York 1896, vol. I, s. 44.

A. V. Dicey'nin¹⁹³ daha sonra klasikleşen bir çalışmasında, İngiltere'de hakim olan hukuk devleti ilkesini biraz tek taraflı olmakla birlikte mükemmel bir şekilde ortaya koyduktan sonra, bunu Kıta Avrupasındaki durumla mukayeseye girilerek tamamen yanılıcı bir resim ortaya koyması bunun tipik bir örneğidir. Hukuk devletinin Kıta Avrupasında sadece yarım yamalak hakim olduğu şeklindeki yaygın varsayımıyla başlayarak ve bunu da bir şekilde idarî zorlamanın büyük ölçüde yargı denetimi dışında kalmasıyla bağlantı olarak Dicey, daha önce Alman "justicialistleri"¹⁹⁴ nin yaptığı gibi, idari işlemlerin olağan mahkemeler tarafından denetlenme ihtimalini bu tartışmanın kilit noktası haline getirdi. Dicey'nin sadece Fransız idari yargı sistemini bildiği ve onu da oldukça eksik bildiği ve pratik olarak Alman gelişmelerinden habersiz olduğu anlaşılmaktadır. Fransız sistemine ilişkin olarak, bir modern gözlemcinin işaret ettiği gibi, orada bile Conseil d'Etat o günlerde "zamanla idarenin bütün takdir yetkilerini yargı denetimi altına almayı başaracak" bir gelişmeyi zaten başlatmış olmasına rağmen, onun sert tenkitleri hakikaten bir dereceye kadar haklılık payı yaşıyordu.¹⁹⁴ Ancak bu eleştirilerin, daha baştan itibaren Dicey'nin korunması konusunda hassas olduğu hukuk devletini korumak amacıyla, bağımsız birer yargı organı olarak kurulan Alman idare mahkemeleri sistemine uygulanabilirlikleri zayıftı. Elbette, Dicey 1885'te ünlü Dersler'ini (*Lectures*) yayınladığı zaman Alman idare mahkemelerinin ancak henüz şekillendiği ve Fransız sisteminin bile kesin biçimini henüz aldığı unutulmamalıdır. Bununla beraber Dicey'nin "temel hatası", hayranlarından birinin dediği gibi "bu hata öyle temeldir ki, onun saygınlığında bir yazar için anlaşılması ya da mazur görülmesi çok zordur"¹⁹⁵ ve çok talihsiz sonuçlara neden olmuştur. Ayrı idare mahkemeleri fikri, ve hatta naif bir karışıklıkla "idare hukuku" terimi bile İngiltere'de hukuk devletinin inkarı olarak addildi. Böylece kendi anladığı şekliyle hukuk devletini hayata geçirme çabalarıyla Dicey aslında, belki de hukuk devletini koruma imkanı verebilecek en iyi gelişmeyi engelledi. Kıta ülkelerinin halihazırda sahip olduğuna benzer bir idare aygıtının gelişimini önleyemedi. Fakat daha çok yeni bürokratik mekanizmayı bağımsız mahkemelerin etkin denetimine tabi tutmak için uygun kurumların geliştirilmesinin önlenmesine ya da geciktirilmesine katkıda bulundu.

¹⁹³ A.V. Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, Londra 1885.

¹⁹⁴ M.A. Sieghart, *Government by Decree*, Londra 1950, s. 221.

¹⁹⁵ C.K. Allen, *Law and Orders*, Londra 1945, s. 23.

DERS 3

Bireysel Özgürlüğün Güvenceleri

Düzen, toplum üzerine dışarıdan dayatılan bir baskı değil, onun içinde oluşan bir dengedir.

J. Ortega Y. Gasset¹⁹⁶

13. Hukuk ve Düzen

Bu dersin temel amacı, hepsi birlikte hukuk devletini oluşturan çeşitli ilkeler arasındaki bağı incelemek olacaktır. Fakat bu konuya dönmeden önce kısaca hukuk ve düzen arasındaki ilişkinin daha genel bir yönüne dikkatinizi çekmek istiyorum.

Ne zaman düzenli bir yapı görse bunun kendisinininki gibi bir zihin tara-

¹⁹⁶ Jose Ortega y Gasset, *Mirabeau; o el Politico*, Madrid 1927.

fından tasarlanmış olması gerektiğine inanmak ve böyle bilinçli bir dizayn dışında herhangi bir düzen olamayacağını varsaymak insan zihninin derinlemesine kökleşmiş bir eğilimidir. Fakat eğer pek çok bireysel unsur belli genel kurallara uyarsa bu tabii ki, dışarıdan bir gücün müdahalesi olmadan bütün kümeyi kapsayan belli bir düzen oluşturur. Bu doğa kanunları kadar insanlar tarafından uyulan kanunlara da uygulanır ve fakat hukuk teriminin bu iki anlamı bir o kadar da birbirinden uzaktır, eğer bir an için bu ilişkinin en genel yönlerine bakarsak, sorunumuzun en genel niteliği açığa çıkacaktır.

Elbette doğada, bir çok bağımsız parça ya da unsurun davranışlarındaki düzenliliklerin, onların oluşturacağı herhangi bir karmaşık düzeninin kendine has oluşumuyla sonuçlandığı sayısız durumlar vardır, ve bunun da ötesinde, her bir parçayı teker teker istediğimiz yere koyarak oluşturma ihtimalimiz olmayan bir organizasyon meydana getirmek için sıklıkla bu tür yasalara ilişkin bilgimizi kullanırız. Karmaşık bir kimyasal bileşik üretme yöntemimizi ya da mükemmel güzellikteki kar kristallerinin oluşma biçimini düşünün. Bunlar, her biri sadece yakın çevrelerinde üzerlerine yapılan etkiye cevap veren bireysel moleküllerin davranışının sonucudur. Yine de elementlerin yakın çevrelerine bu karşılıklı uyarlanması bir bütünsel denge, her elementin uygun yeri aldığı bir düzen yaratır. Burada Michael Polanyi'nin çok merkezli bir düzenin kendiliğinden oluşumu olarak tanımladığı şeyle karşılaşırsınız¹⁹⁷ ki; bu düzen bütün faktörlerin tek bir merkez tarafından dikkate alınmasının sonucu değil, fakat her bir elementin ayrı ayrı kendi çevrelerine verdiği tepkinin sonucudur.

Bireysel elementlerin söz konusu özelliklerinin kullanımı, bizim onları bireysel olarak uygun noktalara yerleştirerek asla meydana getiremeyeceğimiz bir düzen içine koymamızı kolaylaştırmaktadır. Eğer bu, bileşiğin karmaşık yapısını oluşturmak için bizim farklı elementlerin her molekülünü bireysel olarak diğer aynı ya da farklı elementlerin bireysel molekülleri ile uygun ilişkiyle koymamıza bağlı olsaydı, asla bir karmaşık organik bileşik oluşturamazdık. Her ne zaman belirli koşullar sağlanırsa moleküllerin kendiliğinden diğer moleküllerle belirli özellikler gösteren bir ilişki içine gireceklerine güvenmeliyiz. Fakat bu sonuca ulaşmak için tek aracımız olan bu kendiliğinden güçlere güven aynı zamanda sürecin belirli boyutlarını kontrol edemeyeceğimiz anlamına gelmektedir. Mesela; aynı anda hem bu güçlere güvenip hem de

¹⁹⁷ Michael Polanyi, *The Logic of Liberty*, Londra 1951, özellikle ss. 114 et seq ve 154 et seq.

aynı zamanda ortaya çıkan yapıda her bir bireysel molekülün belirli yerlere yerleşeceğinden emin olamayız. Mesela belirli bir materyalden bileşim ürettiğimiz her seferde sürekli olarak benzer moleküllerin oluşan maddede en tepe konumda olması fikrinden bazı nedenlerle hoşlanamayabiliriz. Fakat bunun gerçekleşmesi imkansız olmasına rağmen bunu kesinlikle önleyebileceğimiz bir yol bulunmamaktadır. Bu durumda ya bireysel moleküllerin alacağı özel yerleri değiştirmelerine izin vermek ya da bileşiği hiçbir surette üretmemenin dışında bir seçeneğimiz yoktur.

Doğada böyle spontane düzenlerin oluşma biçimi hakkında dikkat edilmesi gereken başka bir nokta vardır. Elementlerin davranışlarının her bakımdan belirlenmesi gerekmez fakat belli niteliklere sahip bir yapının oluşabilmesi için bazı soyut şartlara uymak zorundadır. Gerekli olan tek şey çevre belirli bazı özelliklere sahip olduğunda, elementlerin davranışının da bazı genel özellikler göstermesidir. Başka bir deyişle, spontane bir düzenin oluşumu için elementlerin davranışlarının her bakımdan öngörülebilmesi gerekli değildir: hatta hareketlerinin kısmi bir düzenliliği bile bütün için kesin bir düzen oluşumu için yeterli olabilir.

Tabii ki bütün bunlar, bütün detaylarını bilmediğimiz karmaşık bir fenomen içinde bir düzen meydana getirme çabalarımız için çok büyük öneme sahiptir. Ve toplumda bir düzen yaratmada problem tam olarak da budur. Burada yüzleşmemiz gereken en önemli gerçek, bir kişinin ya da bir grup insanın, herhangi bir anda bütün farklı bireylerin ihtiyaçlarını ve imkanlarını belirleyen koşulların çoğu konusundaki gerekli ve çaresiz bilgisizliğidir.¹⁹⁸ Bu kesinlikle, sadece toplumun bütün farklı üyeleri arasında dağınık olarak ortaya çıkan ve asla tek bir kafada toplanamayan ya da herhangi bir kişi ya da grup tarafından bilinçli olarak manipüle edilmeyen bir bilgidir. Yine de düzenli bir sürecin yönetilmesinde bu bilgiden olabildiğince fazla yararlanılmasını arzu ederiz ki, bu süreç, bütün bireysel aktivitelerin bir bütünde birleşmesini gerektirir ki, bu bütün içinde her bireyin diğer bütün kişilerin aktivitelerinin koordinasyonundan faydalanması sözkonusudur.

Zeki insanoğlunun böyle bir düzenin unsurlarını oluşturduğu bir yerde, bireysel amaçlarına ulaşmak için bireysel bilgilerini mümkün olduğunca başarıyla kullanmasını arzuladığımız insanların, her birinin kendisinin gözlemleyebildiği koşullara kendisini adapte etmek suretiyle bireysel planları

¹⁹⁸ Bu görüşlerin daha ayrıntılı bir açıklaması için bakınız F.A. Hayek, *Individualism and Economic Order*, Londra ve Chicago 1949.

nı ve fillerini karşılıklı olarak ayarlamalarını istemeliyiz. İnsanlığın uğrunda boğuştuğu ve bizim medeniyetimizin üzerine inşa edildiği bu amaç için iki araç; her insanın, bizim kontrol edebileceğimiz ve onun mülkiyeti adını verdiğimiz, eşyalarının kendine ait bilinen bir alanının olması ve bu eşyaların bir bireyin alanından başka bir bireyin alanına yalnızca karşılıklı rıza ile transfer edilebilmesidir. Bu iki genel prensip tabii ki detayda büyük bir çeşitlilik gösterebilir- aslında farklı özel hukuk sistemleri bu konu daki çeşitlilikten başka birşey değildir.

Bu iki prensip her ne kadar oldukça genel görünse de, ekonomik teorinin analizinin de gösterdiği gibi, rasyonel koordinasyonun belli koşullarını yerine getiren insan davranışlarının düzenlenmesini güvence altına almak için yeterlidir. Bu düzenleme tamamıyla arzu ettiğimiz gibi olmayabilir, fakat yalnızca bireyleri özgür bırakarak ve kendi bireysel planlarına göre maksimum belirlilik derecesinde hareket etmelerine imkan vererek başarılabilir. Bu nedenle bunu başaracak kuralların ana gayelerinden biri, bireyler için kaçınılmaz nitelikteki belirsizlikleri mümkün olduğunca ortadan kaldırmak olacaktır. Bu, kişinin mevcut koşullara bakarak neyi yapmakta özgür olduğunu ve hangi şartlar altında ve ne şekilde diğer insanların kendisini kısıtlayacağını anlayabilmesi anlamına gelir. Eğer bilgilerini amaçlarını gerçekleştirmek için en iyi şekilde kullanırsa, etrafındaki dünya mümkün olduğunca kendisine verilmelidir. Elbette değişen dünyada görevinin ve geçerliliğinin büyük kısmı, sürekli değişen koşullara başarıyla adapte olabilmek için değişimleri doğru olarak öngörebilmek olacaktır. Fakat eğer oluşan düzen çok sayıda denge- nin çok merkezli düzenlenmesinin sonucuysa, onun kararı, gözlem sahasının ötesindeki şartlardan dolayı özgürlüğe yapılacak herhangi bir müdahaleyle geçersiz kılınmaz.

Genel kanunları yürürlükte tutarak bir düzen yaratma ihtimalini keşfetmek insanlığın çok uzun zamanını almıştır – ya da belki onu gerçekten anlamadan kullanmayı öğrenmesini demeliyim, çünkü düzen oluşturmanın bu metodu kesinlikle “icat edilmiş” değildi, fakat avantajları bu geliştikten sonra daha çok anlaşıldı. Ve günümüze kadar da insanoğlu, bireylerin uyduğu kuralları iyileştirerek dolaylı yoldan bu spontane güçleri nasıl daha faydalı şekilde çalıştırabileceğini nadiren tam anlamıyla anlayabildi. Aslında insanoğlu hala ne zaman yeni problemlerle karşılaşsa, ilk tepkisi gerekli düzenlemeleri bireylerin spontane etkileşimleri suretiyle değil kaba güç yöntemiyle yapmaktır.

14. Hukuk Ötesi (Meta-Legal) Bir İlke

Hukuk devletinin esas temeli bireyler arasındaki ilişkileri yöneten soyut kuralların uygulanmasına olan bu güvendir. Mademki bu hukuk devleti yönetimin bir bireyi önceden ilan edilmiş kuralların uygulanması (ve bu kuralın uygulanmasından kaynaklanan zorlama) dışında asla zorlayamaması anlamına gelmektedir, elbette bu, bütün devletlerin yetkileri üzerinde, özellikle de yasama gücü üzerinde bir sınırlamadır. Bu nedenle bu, hukukun ne olması gerektiğine ya da kanunların ona uyması için sahip olmaları gereken bazı belirli genel niteliklere ilişkin bir doktrindir. Bu önemlidir, çünkü bazen hukuk devleti bütün devlet işlemlerinin salt yasallığı talebiyle karıştırılmaktadır. Fakat hukuk devleti elbette bu anlamda tam bir yasallığı öngörmekle birlikte, bu yeterli değildir: Eğer bir anayasa hukuku hükümete kendi istediği gibi davranma yönünde sınırsız yetki vermişse, işlemleri hukukî olsa bile artık kesinlikle hukuk devletine uygun değildir. Bu nedenle hukuk devleti salt anayasallıktan öte bir şeydir: Anayasanın içeriğiyle ilgili belli gerekliliklere işaret etmektedir.

Hukuk devletinin bütün yasama üzerinde bir sınırlama olmasının sonucu, bunun bizzat kendisinin yasama organı tarafından yapılan hukuk anlamında bir hukuk olamayacağıdır. Anayasal hükümler hukuk devletinin ihlalini daha zorlaştırabilir ya da süreci erteleyebilirler. Fakat nihai yasayıcı asla hukuk yoluyla kendi yetkilerini sınırlandıramaz, çünkü yapmış olduğu bir kanunu yürürlükten de kaldırabilir. Bu nedenle hukuk devleti (Rule of Law), kanun hakimiyeti değil (rule of law), fakat hukuka ilişkin bir kural (rule about law), hukuk ötesi bir doktrin ya da siyasî bir idealdir. Ancak, kanun koyucu kendisini, ona uymakla bağlı hissettiği oranda etkin olabilecektir. Bu bir demokrasi de, hukuk devletine gerçekten uyulup uyulmayacağına kamuoyu tarafından kabul edilip edilmediğine, yani toplumda hakim olan adalet duygusunun gerçekten bir parçası olup olmadığına bağlı olması manasına gelmektedir.

Kamu oyununa hakim olan ideallere olan bu bağlılık, ilkeye gelecek dersimde anlatacağım ısrarlı saldırıları çok daha meşum hale getirmektedir. Birazdan göreceğimiz gibi, çoğu hukuk devleti uygulamaları da bir anlamda birer idealdir, adım adım onlara yaklaşmayı umabiliriz fakat muhtemelen hiç bir zaman tam anlamıyla gerçekleştiremeyiz. Fakat bunların ne kadar gerçekleştirileceği kamuoyunun durumuna bağlıdır. Eğer hukuk devletine inanç toplumda hakim kanaatlerin bir parçasıysa yasama ve yargı organlarının her ikisi de bu ilkeye daha fazla yaklaşma eğiliminde olacaktır. Diğer yandan, eğer

ilkeler uygulanamaz hatta belki de istenmeyen nitelikte görülürse ve insanlar bunları gerçekleştirme çabasından vazgeçerse, süratle ortadan kalkacaklardır; bunun gerçekleştiği bir toplum hızla hukuk devleti hareketinin ortadan kaldırmaya çalıştığı keyfi tiranlık devletine geri dönecektir. Göreceğimiz gibi son iki ya da üç nesil boyunca tüm dünyada olan şey tamamen budur.

15. Hukukun Genellik, Eşitlik ve Kesinliği

Şimdiye kadar birden fazla defa, hukuk devletinin değişik zamanlarda formüle edilmiş ve yalnızca aynı amaca hizmet etmekle birbirine bağlanan bir doktrinler ağı olduğunu ileri sürdüm.¹⁹⁹ Bu amaç, devlet gücüyle baskıyı, sadece önceden ilan edilmiş, tüm insanlara eşit olarak uygulanan ve herkes tarafından bilinen koşullara işaret eden, genel ve soyut nitelikteki kuralların açıkça gerektirdiği durumlarla sınırlamaktır. Bireyin devlet tarafından zorlanma aracı cezalandırma olduğu için, ilkenin en önemli uygulaması *nullum crimen, nulla poena sine lege*, yani önceden var olan kanunun suç olarak nitelmediği hiç bir fiilin suç sayılmaması ve böyle bir fiil nedeniyle kimsenin cezalandırılmaması kuralıdır. Her ne kadar bu kural ilk bakışta açık ve kesin gibi görünse de, bu formüldeki “hukuk” kelimesiyle tam olarak neyin kastedildiğini soracak olursak, bir anda hukuk devletinden kaynaklanan bütün problemlerle karşı karşıya kalırız. Eğer hukuk sadece “her kim bir memurun, diyelim ki bir polis memurunun, emirlerine uymazsa, falan filan şekilde cezalandırılacaktır” demişse kuralın gereği yerine gelmiş midir? Kesinlikle

¹⁹⁹ Tabii ki Hukuk devletinin anlamı üzerine yazın muazzamdır ve başka yerde atıfta bulunmaya fırsatımın olmadığı çok önemli yayınlardan birkaçını burada sıralayacağım: F. Barker, “The Rule of Law”, *Political Quarterly*, Londra 1914, ss. 116-140; F. Battaglia, “Stato etico e stato di diritto”, *Revista Internazionale di Filosofia di dritto*, XIII, 1937, ss. 237-287; F. Böhm, “Freiheitsordnung und Soziale Frage”, *Grundfragen der Wirtschaftsordnung* (Wirtschaftswissenschaftliche Abhandlung, Heft 2) Berlin 1954; C.J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, New York 1941; F. Garzoni, *Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts*, Zürich 1953; Werner Kagi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich 1943, ve “Rechtsstaat-Sozialstaat-Sozialer Rechtsstaat”, R.M. MacIver, *The Modern State*, Oxford 1926, Bölüm VIII/3; C.H. McIlwain, “Government by Law”, *Foreign Affairs*, XIV/8, 1936; Maxime Leroy, *La Loi, Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Paris 1908, Bölüm X; H. Von Mangoldt, *Rechtsstaatsgedanke und Regierungsform in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Breslau-Neukirch 1936; J.R. Pennock, *Administration and the Rule of Law*, New York 1941; A. Picot, “L'Etat fondé sur le droit pénal”, *Actes de la Société des juristes*, Bale 1944; Roscoe Pound, “Rule of Law”, *Encyclopaedia of Social Sciences*, Cilt XIII, New York 1934; Marcel Waline, *L'Individualism et le droit*, Paris 1949.

hayır! Ancak, en özgür ülkelerde bile hukuk her zaman ilk bakışta buna çok benzeyen bazı kurallar içerir. Belirli şartlarda bir polis memuruna itaatsizlik ettiğinizde, dünyada cezalandırılmak için “kamu aleyhine işlenmiş fiil”, “kamu düzenini bozmak”, “polise engel olmak” ya da yerel kanun fiilinizi nasıl adlandırmışsa o suçtan sorumlu tutulmayacağınız hiçbir ülke yoktur. Doktrinin bu kısmını aynı zamanda diğer kısımlarının çoğunu incelemeksizin anlayamayız.

Hukuk devleti olduğunu iddia eden bir hukuk sisteminin her şeyden önce yerine getirmesi gereken üç klasik gerekliliği ele alarak başlamak yararlı olacaktır. Bunlar, hukukun genel, eşit ve kesin olması gereklilikleridir.

Sıradan vatandaşı bağlayan hukukun genel olması gerekliliği ilkin bize günümüzde hukuk terimini iki farklı ve büyük ölçüde birbirinden bağımsız anlamda kullandığımızı hatırlatmaktadır.²⁰⁰ Yasama organının her işlemine kanun adını veririz; fakat bunların yalnızca bir kısmı, muhtemelen günümüzde çok küçük bir azınlığı, özel bireylere uygulanan genel kurallardır. Devletin ortak amaçlar için kullanmak zorunda olduğu kendi araçları ve bu araçları idare edecek kendi hizmetlileri vardır. Günümüzde her yerde, bu araçların kullanımını yönetmek ve özel vatandaşların uyması gereken genel kurallar koymak, aynı yasama organının görevidir. Ancak hükümet, kendi talimatlarını yerine getirmek üzere çalıştırılanlar da dahil, kendi uhdesine verilen araçları yönetmesi gerekirken, bu aynı şekilde özel vatandaşın çabalarını da “yönetmesi” gerektiği ya da yönetebileceği anlamına gelmez. Özgür ve sosyalist ya da totaliter bir toplum arasındaki ana fark; birincisinde açıkça kamu alanından farklı bir özel alan vardır ve özel vatandaş emir verilemez, fakat sadece herkese uygulanan genel kurallara uyması sağlanır. Geçmişte çok kesin olan bu ayırım, giderek bulanık hale gelmektedir. Bilinen kanunlara uydıkları sürece, hiçbir makam ve memurun onlara bir emir verememesi ve günlük meşgalelerinde hiç kimseden izin istemek zorunda olmamaları, özgür insanların gururuydu. Dünyada hala böyle bir uygulamadan dolayı övünecek durumda olan birilerinin olup olmadığından oldukça şüpheliyim.

Bahsetmiş olduğum iki tür yasama işleminden, devletin emrine verilen vasıtaların kullanımına ilişkin olanlar, gerçekte memurlarına yönelik emirlerdir. Genel kurallar şeklinde olmamalarına ve fakat zamanın ve mekanın özel şartlarına ilişkin olmalarına rağmen, devlet aygıtının teşkilatlanmasını be-

²⁰⁰ Bakınız A. Haenel, *Gesetz im formellen und materiellen Sinn* (Studien zum deutschen Staatsrecht, cilt II), Leipzig 1888.

lirleyen, kaynakların kullanımını, faaliyetlerinin yönünü ve diğer devletlere karşı faaliyetlerini düzenleyen bütün bu kurallar da kanun olarak adlandırılır. Bunlar devlet mekanizmasının iç işleyişini düzenler ve bu mekanizmanın parçası olan herkesi bağlarlar: Fakat vatandaş gönüllü olarak -ya da zorunlu askerlikte olduğu gibi genel kurallara uymanın gereği geçici olarak- bu mekanizmanın parçası haline gelmedikçe bu kuralların uygulama alanının dışında kalması gerekir. (Devlet) mekanizma(sı)nın vatandaşa hizmet ettiği varsayılır ve sadece vatandaşların kendi aralarındaki ilişkilere ve onların devletle arasındaki ilişkilere aynı şekilde uygulanan genel kurallara uyulmasını sağlamak için onlara zor kullanabilir.

Sadece bu sonraki tür kurallar, kanunları emirlerden ayırdığımız özel mada gerçek hukuktur: bunlar sadece bütün insanlara eşit olarak uygulanma anlamında değil, fakat belirli özel kişi ya da durumlara işaret etmedikleri, yani ne zaman soyut olarak tanımlanmış koşullar gerçekleşirse o zaman uygulanmaları anlamında da geneldir. Bunun ne anlama geldiğini daha genel değerlendirmelerimizde gördük: kuralın uygulanmasıyla ilgili olarak gerçek hayatın karmaşık durumlarının yalnızca belirli seçilmiş yönleri istisna tutulmuştur. Burada size yalnızca, eğer kural uygulandığı kişiler tarafından bilinmesi halinde insan davranışlarını yönetiyorsa, sadece bu insanlar tarafından bilindiği varsayılan durumları kapsaması ve diğer durumlara uygulanmaması gerektiğini hatırlatmakla yetineceğim.

Bu noktada genellik koşulu, ikinci ve en zor, belki de en önemli koşul olan kanun önünde eşitliğe çok yakın durmaktadır. Bu konu üzerinde muazzam ve kısmen çok engin bir literatür bulunmaktadır²⁰¹ bu konuya ayırabileceğim çok kısa süre içinde yeni bir şey ilave etmeyi ummak çok zor olmakla birlikte, bütün hasredilen çabalara rağmen kavramın hala netlikten uzak olduğunu kabul etmeliyiz. Hedefi açıkça belirlemeksizin, bir yöne işaret eden ideallerden biri gibi görünmektedir. Bununla beraber, sonsuza dek bu ideali tam olarak kavrayamayacak olsak da daima onun için çabalayacak olmamız az önemli değildir. Bazı bireylerin sahip olduğu ve diğerlerinin olmadığı hiçbir özelliğin bu kişilerin hukuk önündeki durumlarını değiştirmemesi anlamında hukuk önünde tam eşitlik, hem gerçekleştirilemez olmasına hem de isten-

²⁰¹ Bakınız G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlin 1925; M. Rümelin, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Tübingen 1928; Carl Schmitt, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin ve Leipzig 1926; E.L. Llorens, *La Igualdad ante la Ley*, Murcia 1934; H. Nef, *Gleichheit und Gerechtigkeit*, Zürich 1941.

memesine rağmen, hukuk herkes için aynı olmalıdır talebinde açık bir anlam vardır. Hukuk hiçbir yersiz ayırım yapmamalıdır ya da hukuk kendi amacıyla hiçbir bağı olmayan nedenlerle insanlar arasında ayırım yapmamalıdır diyerek kolay kaytarma yolunu seçmek de bizi tatmin edemez. Sıklıkla kullanılan bu cümlecikler, ya sorundan kaçmakta ya da gerçekte hukukçuların yapmak istediği bütün ayırımları kabul etmektedir. Belki de gerçek nokta şudur ki; hukuk insanoğlu arasındaki doğuştan gelen bazı farkları mesela kadınlar ve erkekler arasındaki fark gibi, kabul etmek zorunda olmasına rağmen yaptığı ayırımla belirli insanları yararlandırmayı amaçlamamalıdır.

Nihayet, toplumun ekonomik faaliyetlerinin işleme için muhtemelen en önemli olan gereklilik hukukun kesinliği veya belirliliğidir (certainty).²⁰² Hukukun belirliliğinin ekonomik hayatın düzgün ve etkin çalışması için taşıdığı öneminin abartılıp abartılamayacağından kuşkuluyum ve Doğuyla karşılaştırıldığında Batı Dünyasının büyük refahına, Batıda daha erken başarılan hukukun nisbi belirliliğinden daha fazla katkıda bulunan muhtemelen tek bir faktör yoktur. Elbette bu da sadece yaklaşılabilen fakat asla tamamen gerçekleşmeyen bir idealdir. Yine de hukukun kaçınılmaz olarak ne oranda belirsiz olması gerektiği de kolaylıkla mübalağa edilebilir ve hukukçuların bunu özellikle böyle yapmaya eğilimli olmalarının sebepleri vardır. Bunlar çoğunlukla meselenin belirsiz olması nedeniyle hukukî ihtilafa (dava açılmasına) yol açacak vakalarla ilişkilidir. Fakat herhangi bir ülkede hukukun ulaşılan belirliliğinin derecesi tabi ki dava açılmasına yol açmayan uyuşmazlıklar bağlamında ölçülmelidir, çünkü hukukî durum incelendiği anda sonuç adeta kesindir. Hukukun belirliliğinin ölçüsü, mahkeme önüne gelen uyuşmazlıklar değil, asla gelmeyen uyuşmazlıklardır. Eğer hiç bir zaman ortadan kaldırılamayacak minimum bir belirsizlik devam ederse bunun nedeni insanoğlunun bütün kurumlarının kusurluluğudur. Bu belirsizliğin çapını abartan modern eğilim, daha sonra üzerinde duracağım, Hukuk devleti idealine karşı kampanyaların bir parçası olarak gözükmektedir. Oysa bu ajitasyonun sıklıkla, yargı kararlarının öngörülmesini hukuk biliminin tek amacı olarak gören yazarlardan gelmiş olması dikkat çekicidir. Eğer hukuk bu kişilerin iddia ettiği kadar belirsiz olsaydı, asla bunların tanımladığı anlamda bir hukuk bilimi söz konusu olamazdı.

²⁰² Bakınız H.W. Wade, "The Concept of Legal Certainty", *Modern Law Review*, IV, 1941; C.A. Emge, "Sicherheit und Gerechtigkeit", *Abhandlungen der Preussischen Akademie der Wissenschaften* (Phil-Hist. Klasse) 1940, no. 9; ve P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris 1946, özellikle ss. 269 et seq.

16. Kuvvetler Ayrılığı

Bir anlamda kuvvetler ayrılığı ilkesi hukuk devleti doktrininin önemli bir parçasıdır;²⁰³ fakat o kadar çok yanlış anlama ve karışıklığın sorumlusudur ki, özel bir dikkatle ele alınması gerekir. Hatta öyle bir şekilde yorumlanabilir ki -belirli bir ölçüde Fransa'da olduğu gibi- desteklemeyi hedeflediği Hukuk devleti idealine tamamen zıt sonuçlar doğurabilir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin gerçekten bir parçası olan yasama yetkisinin devri yasağı gibi, kuvvetler ayrılığı da hukuk devletini güvence altına aldığı ve ona hizmet ettiği sürece yararlı olan fakat daima bu yönüyle ele alınması ve sanki bağımsız bir geçerliliği

²⁰³ Devamıyla ilgili olarak burada en azından en önemli paragrafını aktarmaktan memnunluk duyacağım (s. 587) A.V. Dicey'nin *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* kitabının 9. baskısına W.S. Holdsworth'un yaptığı önemli eleştiriye özellikle bakınız, *The Law Quarterly Review* cilt 55, 1939'da H.W.R. Wade (Londra 1939) tarafından yayınlanmıştır: "Devletin yargılama yetkisinin büyük çapta idarecilerden ve yasama organından ayrı olması Hukuk devletinin bu konseptinin tabii sonucudur. Başlangıcından beri hukuk devleti konsepti içinde zımnen varolan bu tabii sonuç Montesquieu ve Blackstone tarafından vurgulandı ve doğru olarak vurgulandı. Bu nedenle hukuk devleti konsepti Krallığın güçlerini sınırlamak ve anayasal hükümet kurmak için Parlamente'ya yardım etmiş olan ve modern devletin gerekliliklerine uyum sağlamış ortaçağ hukukunun yaşayan yönlerinden biridir. Şimdi eğer bu, hukuk devletinin gerçek anlamı olacaksa devletle ilgili olarak kanunlar tarafından emredilmemiş hükümleri dayatmasına izin verilen yargıçların hukuk devletine göre hareket ettiğini söylemek açıkça doğru değildir. Böylesi durumlarda onlar yargıç gibi değil fakat idarecinin birimi gibi hareket etmektedir. Eğer onların hukuk devletine göre hareket ettiği çünkü hukukun onların böyle hareket etmesine izin verdiği söylenirse cevap şudur; eğer kanunlar böyle bir hareket seyrine izin verirse gerçekte hukuk devleti yasama organı tarafından yürürlükten kaldırılmış olur. Böyle bir durumda hukuk devletinin asıl özelliklerinden biri olan yargı yetkisi ve idareci arasındaki ayırım ortadan kalkmıştır. Bunun gibi eğer Stuart Kings Parlamente'yu yenmiş olsaydı ve eğer kanun koyma ve vergilendirme gücüne sahip olmuş olsalardı Coke ve Blackstone ve daha sonraki hukukçular tarafından konseptin anlaşıldığı anlamında hukuk devleti yürürlükten kalkmış olurdu. Hakikaten hukuk devleti konsepti tam bir hukuki konsepttir: Sadece 'politik tedbir prensibi' değildir! Dr. Jennings'in karşı açıklamaları tamamen gerçeğin tersidir.

"Hukuk devleti günümüzde her zaman olduğu kadar değerli bir prensiptir. Çünkü o, mahkemeler memurların ve hükümette görevli olan insanların resmi birimlerinin yetkilerini aşıp aşmadığıyla ve kötüye kullanılıp kullanmadığıyla ve hukuka uygun olarak belirlenen vatandaşların haklarının yürürlüğe konması ve konmamasıyla ilgilienmelidir anlamını taşımaktadır. Hukuk devleti mahkemelerin yargı yetkisine son verildiği ve memurlar ya da resmi personel birimlerine tümüyle bir idari takdir yetkisi verildiği oranda yürürlükten kalkar. Kuralın uygulandığı mekanizma bu mahkemeler olmamasına rağmen, eğer bu resmi birimlere bir yargısal takdir ya da benzeri verilirse yürürlükten kalkmaz".

varmışcasına muamele edilmemesi gereken usulî ilkelerden biridir.

Yasama ve yargı arasındaki ilişki söz konusu olduğunda kuvvetler ayrılığı talebinin önemi aşıkardır. Genel kurallar belirli vakalara uygulanmalarından bağımsız olarak konulmalıdır ilkesi, aynı zamanda bu farklı fonksiyonların farklı insan grupları tarafından yerine getirilmesini gerektirmektedir. Kuralların belirli özel durumlar için değil de genel önemleri nedeniyle yapılması için, bu belki sadece makul değil fakat neredeyse hemen hemen tek elverişli güvencedir. Mesela hiçbir kuralın onaylandıktan veya ısdar edildikten sonra bir yıl gibi, belirli bir süre geçmeden uygulanması gibi, aynı amaç için önerilebilecek diğer önlemlerin, etkili olması zor görünmektedir. Bir kimsenin kendisini kendisinin şekil verdiği bir kuralın sözleriyle sıkı sıkıya bağlaması her zaman zor olmuştur. Dikkate alınması gereken kuralları koyanların gizli maksatları değil, yürürlüğe konulan kuralların tarafsız bir gözlemci için ne anlama geldiği olduğu için, bunların uygulamalarının bağımsız bir otoriteye bırakılması gerekli gözükmektedir. Burada bunun neden, yalnızca hukukla sınırlandırılmış ve azledilememe ve benzeri güvencelerle her türlü baskıya karşı korunmuş bir bağımsız yargıçlık makamı gerektirdiğinin detaylı tartışmasına girmeye gerek görmüyorum. Ve ayrıca bu ilkenin kanunların geriye yürütmesi yasağı ya da sadece belli kişileri cezalandıran yasaların yapılması gibi diğer uzantılarını da atlayacağım. Eklemek istediğim sadece eğer bu ideal tam olarak gerçekleştirilebilseydi, yargıyı ayrı bir kuvvet olarak kabul etmek neredeyse imkansız hale gelirdi, çünkü o zaman yargıç, Cicero ve Montesquieu'nun meşhur "hukukun ne olduğunu söyleyen dil" tanımlamasındaki gibi, hukuku uygulayan bir çeşit makine haline gelecektir. Fakat, anlamı tam olarak açık olmayan bazı genel kavramların kanunlara girmesi nedeniyle hukukun yorumlanması kaçınılmaz olduğu ve gerçek güçler çatışmasında hukuku uygulayacak olan kişiler en önemliler arasında olduğu için, en azından onları ayrı bir "güç" olarak tanımlamak için bazı iyi nedenler vardır.

Hukuk devletinin katı bir uygulaması altında diğer iki kuvvetle eşit terimlerle düzenlenmiş olan yürütme ya da idareyi farklı ve ayrı bir kuvvet olarak tanımlamanın yanıltıcı olup olmayacağı çok şüphelidir. Eğer bu, idarenin özel kişilerle ilişkilerinde yasama tarafından yapılan ve bağımsız mahkemelerce uygulanan hukuka tabi olmayacağı şeklinde yorumlanırsa kesinlikle hukuk devletiyle bağdaşmaz. İdarî otoritelerin böyle bir güç iddiası gerçekte hukuk devletinin tam anti tezidir. Şüphesiz idarî otoritelerin sahip olduğu ve hemen

hemen bütün akla uygun sistemlerde bağımsız mahkemelerin denetimi dışında kalan çok sayıda yetkiler bulunmaktadır, fakat bir hukuk devletinde “Kişiler ve Mülkiyet üzerindeki İdarî Yetkiler” (etkileyici bir çalışmanın başlığını alıntılırsak)²⁰⁴ bunların arasında olamaz. Bir hukuk devletinde yürütme cebri işlemlerinde yalnızca hangi alanlarda faaliyet göstereceğini değil, aynı zamanda nasıl hareket edeceğini de tanımlayan kurullarla bağlıdır. İdari otoriteleri bu şekilde bağlamanın tek garantisi, onların bu çeşit işlemlerini yargı denetimine tabi tutmaktır.

Bu kuralların yasama tarafından mı konulması gerektiği yoksa yasama tarafından yetki verilen diğer bir organ tarafından mı konulacağı, büyük ölçüde bir ilkedен çok amaca uygunluk meselesidir; ya da belki de bu sorunun hukuk devletinden ziyade farklı bir ilke olan hükümetin demokratik kontrolüyle ilgili olduğunu söylemeliyim. Hukuk devleti ilkesi söz konusu olduğunda, günümüzde sıklıkla yetki devrine sebep olan gerçek nedenler endişe verici olsa da, yetki devrine böyle bir itiraz söz konusu değildir. Kural koyma yetkisinin, bölge meclisi ya da şehir konseyi gibi yerel yasama organlarına devri her iki bakış açısından da kesinlikle sakıncalı değildir. Hatta kural koyma yetkisinin bir tür seçilmemiş organa devri bile, bu otorite devlete bağlı olduğu, kuralları uygulanmalarından önce yayınladığı ve kurallara etkin bir biçimde uymayı sağladığı sürece hukuk devletine aykırı olmaz. Yetki devrinin günümüzdeki yaygın kullanımıyla ilgili sıkıntı, genel kurallar koyma yetkisinin devri değil, fakat bu organlara gerçekte kuralsız baskı kullanmak için yetki verilmesidir çünkü söz konusu yetkilerin kullanılması için hiçbir genel kural formüle edilemez. Bunun, maddî kanun anlamında, hukuk yapma yetkisinin devriyle bir alakası yoktur: bu sadece bazı organların belli konulara ilişkin kararlarına biçimsel bir hukukî geçerlilik tanıdığı anlamına gelir, yani bunlar mahkemeler tarafından hukukî kabul edilmelidir. Daha önce zaten burada meseleyi tekrar bulandıran hukuk terimindeki bu muğlaklığa işaret etmiştim. Yasama yetkisinin devri olarak nitelenen şey çoğunlukla -politik açıdan akıllıca olmayan fakat bireysel özgürlük için zorunlu olarak tehlikeli olmayan- kural koyma yetkisinin devri değil, fakat organa yetki verilen alanda neye karar verirse bunun hukuk gücünde olması ve mahkemelerce yasamanın işlemleri gibi tartışmasız bir şekilde kabul edilmesi ayrıcalığının devridir.

²⁰⁴ Ernest Freund, *Administrative Powers over Persons and Property*, Chicago University Press 1928.

17. İdari Takdirin Sınırları

Bu beni, hayati ve son kertede belirleyici nitelikteki, idari takdirin sınırları sorununa getirmektedir. Bu probleme ilişkin tartışma “takdir” teriminin çeşitli anlamları arasındaki bir karışıklıkla gölgelenmiştir. Bu anlamlardan birisi, yukarıda tartıştığım hukukun kaçınılmaz derecede belirsizliği ile yakından ilgilidir. Bu belirsizlik, ister yargıç ister idari bir memur olsun kanunu uygulamak zorunda olan kişiye, kanunu yorumlarken belli bir takdir yetkisinin verilmesini gerekli kılmaktadır. Fakat bir kuralı yorumlama yetkisi aslında bu anlamda takdir değildir:²⁰⁵ Bu hukukun tüm geçerli kurallarının bir bütün sistem olarak ruhunun ne olduğunu keşfetme görevidir, kanun koyucunun açıkça ifade edilmeyen fakat genel bir kural olarak ifade edilmesi gereken öngörüsünün ya da kusurlu yazım tarzının ne olduğunu bulmak görevidir. Hukuku yorumlama görevinin katı manada gerçek bir takdir olmadığına kanıtı, genellikle başka bir otorite, bir mahkeme ya da bir yüksek mahkeme tarafından denetime tâbi tutulmasıdır. Aslında, kararın esasının, sadece mevcut kuralları ve ilgili taraflar tarafından bilindiği farzedilen gerçekleri bilmesi gereken bağımsız bir organın denetimine tâbi tutulabilmesi muhtemelen bir kararın hukuka bağlı ve organın takdirine bırakılmadığının en iyi ölçütüdür. Hukukun belli bir yorumunun doğru ya da yanlış olup olmadığı üzerinde tartışılabilecek bir sorundur; ve bazen tamamen ikna edici bir sonuca ulaşmak imkansız olsa da hala, basit bir iradi eylemle (tercih) değil fakat kurallara başvurarak karar verilmesi gereken bir meseledir.

Takdirin tamamen farklı ve yine bizim amacımız açısından ilgisiz olan bir anlamı, egemen yasama meclisinden, idari birimlerin başındakiler yoluyla en alttaki memura kadar bütün bir devlet hiyerarşisinde görüldüğü gibi, asıl ile vekil arasındaki ilişkiden doğmaktadır. Buradaki sorun gerçekte devlet otoritesinin hangi kısmının bir bütün olarak belli bir birim ya da memura devredildiğidir. Bu görev dağılımı da büyük oranda hukuk tarafından düzenlendiğinden, belirli bir birimin neleri yapmaya yetkili olduğu sorunu yani devlet yetkilerinin hangi kısmını kullanmaya izin verildiği de genellikle takdir olarak nitelenmektedir. Hükümetin bütün işlemlerinin değişmez kurallara bağlanamayacağı ve hiyerarşinin her aşamasında hatırı sayılır bir takdir

²⁰⁵ Özellikle bakınız E. Forsthoﬀ, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, cilt I, Tübingen 1950; Ayrıca P. Alex'eef, “L'Etat-Le Droit-et Le Pouvoir discrétionnaire des autorités publiques”, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III, Brno 1928/29; ve G.E. Treves, “Administrative Discretion and Judicial Control”, *Modern Law Review*, X, 1947.

yetkisi verilmesi zorunluluğu açıktır. Ve hükümet kendi kaynaklarını veriliş amaçlarına uygun olarak kullandığı sürece, benzer koşullarda bir işletme yönetiminin sahip olacağı kadar takdir yetkisi verilmesi gerektiği yönünde güçlü tezler vardır. A.V. Dicey'nin bir seferinde yazdığı gibi, tabiri caizse devlet kendi işlerinin yönetiminde, her özel bireyin kendi işlerini yönetirken zorunlu olarak sahip olduğu kadar, hareket özgürlüğüne ihtiyaç duyacaktır.²⁰⁶ Yasama organlarının kıskançlığının çoğunlukla idari birimlerin bu konulardaki takdir yetkisini kendi görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmek için gerekli olandan daha fazla kısıtladığı kolaylıkla söylenebilir. Eğer bu bir dereceye kadar kaçınılmazsa ve bürokratik yapıların ticari işlemlere göre büyük oranda kurallara bağlı olması gerekiyorsa, bu da bizim problemimizle alakası olmayan sebeplere bağlıdır: mesela ticari işletmelerde karlılığın sağladığı türden otomatik bir etkinlik testi geliştirmenin imkansızlığına dayandırılabilir.²⁰⁷ Aslında sonuçta takdir probleminin ortaya çıktığı büyük bir organizasyonda bireylerin eylemlerinin neden bir dereceye kadar kurallara bağlı olması gerektiğini gösteren bir çok neden vardır- her ne kadar bizim problemimizle bağı olmasa ve onunla karıştırılmaması gerekse de.

Hukuk devletiyle ilgili olan takdir yetkisi problemi hükümetin belirli birimlerinin yetkilerinin sınırları problemi değil, fakat bir bütün olarak idarenin yetkileridir; ya da belki de genel olarak idarenin kapsamı problemi demeliyim. Tasarrufuna bırakılan araçları etkin bir şekilde kullanabilmesi için yönetimin geniş bir takdir yetkisine sahip olması gerektiği konusunda bir tartışma olmamalıdır. Fakat önemli olan nokta birey ve mülkiyetinin bu anlamda hükümet tarafından kullanılan bir yönetim nesnesi, idari birimlerin amaçlarına ulaşmak için istedikleri şekilde kullanabileceği bir araç olmamasıdır. Bireyi kendi kaynaklarını kamu yararı için kullanmaya ikna etmenin yolu onu yönetmek değil, onun genel kurallara uymasını sağlamaktır. Bu bağlamda takdir sorunu ancak idarenin bireyin özel alanına müdahalesi söz konusu olduğu takdirde gündeme gelir ve hukuk devleti idari otoritelerin bu anlamda bir takdir yetkisine sahip olmamasını gerektirir.

Daha önce değindiğim gibi, yürütmenin hukukla sıkı sıkıya sınırlanması ve takdir yetkisi kullanamaması gereken yetkileri, özel bireylere yönelik cebri işlemleridir. İdarî makamlar, hukuk kurallarına uygun hareket ederken de,

²⁰⁶ A.V. Dicey, "The Development of Administrative Law in England", *Law Quarterly Review*, XXXI, 1915, s. 150.

²⁰⁷ Cf. L. von Mises, *Bureaucracy*, Yale University Press 1948.

yargıcın hukuk kurallarını yorumlarken kullandığı takdir yetkisi anlamında, sık sık takdir yetkisi kullanmak durumundadır. Fakat bu, idarî kararın esasının bağımsız mahkemelerce denetlenmesi olasılığınca kontrol edilebilen ve edilmesi zorunlu olan bir takdir olacaktır. Bu, kararın hukuk kurallarından ve kanunun işaret ettiği ve etkilenecek özel grupların önceden bildiği şartlardan çıkarsanması gerektiği anlamına gelmektedir. Kararda yer almaması gereken şeyler, yönetimin anlık çıkarları, farklı somut amaçlarla ilişkili belli değerler ya da işlemlerinin farklı insanlar üzerindeki etkileriyle ilgili tercihlerdir. Burada, hukuk ve politika arasındaki önemli ayırma gelmekteyiz ve ileri sürdüğüm şey esasında, eski fakat bir bakıma unutulmuş olan hukuk devletinde zorlamaya belli bir siyasi amacı gerçekleştirmek için değil sadece genel bir kuralın uygulanmasıyla ilgili olarak izin verilebileceği ilkesidir. Son tahlilde, Hukuk devletiyle keyfi yönetim arasındaki fark bu ayırımdan kaynaklanmaktadır.

Defalarca idari kararların esasının bağımsız mahkemelerin denetimine tâbi olması gereğinden söz etmeme rağmen, burada “esas” (substance) kelimesiyle işaret ettiğim ayırımı hala belki yeterince ortaya koyamadım. Ancak ilk dersimde işaret ettiğim gibi, özgürlüğümüzün dayandığı yer, sıradan insana küçük bir teknik ayrımı, kendisini ilgilendirmeyen ve anlamadığı ince bir hukukî nokta gibi gözüken burasıdır. Fakat kamuoyu, bu noktanın önemini tamamen farkına varmadıkça ve yönetimin yetkilerinin sınırlandırılması mücadelesinde temel mesele haline gelmedikçe keyfi gücün önüne etkili bir engel koymada başarılı olamayız.

İdarenin yasallığını önemseyen bütün ülkelerde bazı mahkemelere idarî otoritelerin işlemlerinin yasallığını denetleme yetkisi tanınırken, bu yetki çoğunlukla ve giderek artan bir şekilde, alınan belli bir kararın hukukun gereği olup olmadığı sorusuna değil, sadece sözkonusu makamın, söz konusu alanda işlem yapma yetkisinin olup olmadığı sorusuna gönderme yapmaktadır. Ya da yerleşik hukuk terminolojisini kullanacak olursak denetim mahkemelerinin yetkisi çoğunlukla, yetkili makamın verdiği kararın önceden varolan bir kanundan türeyüp türemediği sorununu değil, sadece idari işlem sözkonusu otoritenin yetkisi içinde mi (*infra vires*) yoksa yetkisi dışında mı (*ultra vires*) olduğu sorununu kapsamaktadır. Kıta Avrupası ülkelerinde idare mahkemeleri ilk kurulduğunda oldukça gelişmiş olan bürokrasinin - fakat işlemlerine yol gösterecek hiçbir detaylı kural henüz düzenlenmemişti- yerleşik işlevlerine bazı sınırlamalar getirmek için bu ayırımın nasıl gerekli hale geldiğini

gördük. Ancak son zamanlarda ortak hukuk ülkelerinde, yasanın yargı denetimini açıkça bir işlemin *ultra vires* olup olmadığı sorusuyla sınırlaması ve idari otoritelere bu sınırlar tahilinde tam özgürlük içinde işlem yapmak için tam yetki vermesi, giderek yazılı hukuka sahip ülkelerden bile daha fazla kural haline geldi. İdarî despotizmin başladığı yer burasıdır.

Bir kere daha vurgulamalıyım ki; bu sadece idari işlemlerin bireylere zorlama içerdiği, yani onların korunan özel alanına müdahale ettiği durumlarda ciddi sorunlar doğurur. Fakat elbette, bu zorlamanın bir bireyin özel bir emirle belirli bir işlemi yapmaya ya da yapmamaya zorlanması şeklinde mi yoksa genel bir yasanın bu görevleri bütün yurttaşlara emtermesi ve idari otoriteye istisna yapma yetkisi verme şeklinde mi olduğu büyük bir önem taşımaz. Bu iki yöntem sadece şekil yönünden farklıdır fakat sonuç tamamen aynıdır. Önemli olan husus her iki halde de aynı kuralların herkese uygulanmaması, bir kimsenin yapmasına izin verilmeyen ya da yapmaya zorlandığı bir şeyi başka bir kişinin yapmasına izin verilmesi ya da yapmaya zorlanmaması, idari otoritenin objektif bir kurala göre değil, istediği sonuca ulaşmak için gerekli olduğunu düşündüğü şekilde bireyler arasında ayırım yapma yetkisine sahip olmasıdır.

18. Yasama ve Politika

Burada detaylı bir şekilde incelenemeyecek kadar kapsamlı olmakla birlikte politika ve yasama arasındaki önemli ayırım hakkında burada birkaç cümle daha söylemeliyim. Mevcut kullanımda ayırım genelde muğlaktır fakat iki kavramın kasten bir birinin karşıtı olarak kullanılmasının bir anlamı vardır. Elbette bir anlamda yasama daima politika içerir, yani uzun dönem politikası. Yine de kuralların bir bütün olarak ele alındığında öngörülemeyen koşullar ve etkilenen herkesin yararı için yapılmasıyla, işlemlerin belli somut amaçlara yöneltilmesi arasında açık bir fark bulunmaktadır. Yönetimin belirli bir anda belirli bir sonuç elde etmesi için yapması gereken en etkin işlemin ne olduğu sorusu ile insanlar benzer bütün durumlarda aynı kuralları izlemek zorunda olacaksa bu durumlarda uygulanacak en yararlı kural hangisidir soruları açıkça farklı ve sıklıkla birbirleriyle çelişen düşüncelerdir. Eğer hükümet/idare yapacağı her işlemde işlemin sonucu vatandaşlar tarafından belirlenecek şartlara bağlı olacak biçimde şekli kurallara bağlı ise, yapacağı işlemlerin belli kişiler üzerindeki etkilerini belirlemesi mümkün olmayacaktır. Diğer yandan eğer hükümet/idare belirli insanlar için belirli etkiler yaratmak istiyorsa bi-

çimsel kurallarla bağlı olmamalıdır ve insanların bu kurallardan diledikleri gibi yararlanmasına izin vermemelidir.

Yasamanın zıttı olduğu düşünülen dar anlamda politika, yönetimin tasarrufuna tahsis edilen araçları -fakat sadece onun kullanımına sunulmuş olan araçları ki bunlar özgür bir toplumda normal olarak özel bireyleri ve mülkiyetlerini içermez- günün değişen ihtiyaçlarına göre ayarlama görevidir. Kelimenin teknik anlamıyla yönetim bu manada politikanın icrasıdır: O belirli bir anda en önemli ve acil görevin ne olduğuna karar vermektir. Yönetimin, savunmadan yol yapımına ve sağlık politikasına kadar vatandaşlara sunduğu bütün hizmetler politikanın böyle günlük kararlarını içermektedir. Fakat bir hukuk devletinde herhangi bir vatandaşa baskı uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa nasıl uygulanacağı bu anlamda bir siyaset meselesi değil, fakat yönetimin günlük amaçları hakkında hiçbir şey bilmeyen ve sadece hukukun kurallarını dikkate alan bir otorite tarafından kararlaştırılması gereken bir kural meselesidir.

“Politika” kelimesinin mahkemelerin uygulamak zorunda olduğu ilkelerle ilgili olarak da kullanılmasıyla mesele daha da bulanıklaşmaktadır. Mesela, sözleşmelerin ahlaka aykırılık nedeniyle uygulanmaması bir “kamu politikasıdır” denirse, bu spesifik anlamda yasamadan farklı olan “politika” ya işaret etmez, fakat aksine hukukun bir kuralı olarak kabul edilen bir ilkeye işaret eder.²⁰⁸

19. Temel Haklar ve Korunan Özel Alan

Şimdi hukuk devleti doktrininin son ana unsuruna gelelim. Şimdiye kadar muhtelif defalar belirttiğim gibi; eğer zorlama kavramının kesin bir anlamı olacaksa, içinde bireyin kendi planlarını uygulayabileceği belli bir alanın belirlenmesi ve koruma altına alınması gerekir. Birey, bu alanı belirleyen kurallar içinde kaldığı sürece hiç kimsenin kendisini yapmak istediklerinden alıkoymayacağını ve aynı şartlar altında başka herkesinde yapmaya izinli olduğu şeyleri yapmak için hiçbir otoritenin iznine gerek olmadığını bilmelidir. Bireyin bu özgür alanını belirtmek için Anayasalarda genellikle bireysel temel hakların bir listesi yer almaktadır. Elbette ifade, din, basın ve örgütlenme öz-

²⁰⁸ W.A. Robson'un “İngiliz hukukunun her bölümü” ne “politika”nın nasıl girdiğini aktardığı bölümde verdiği örnekler, önemli ölçüde genel kuralların örneğidir ve genel anlamıyla politika yol göstermektedir, özel anlamıyla politikaya değil. *Justice and Administrative Law*, 3. baskı Londra 1951, s. 410.

gürlükleri de önemli olmakla birlikte, bu özel alanın en önemli unsurları hala “hayat, hürriyet ve mülkiyet” klasik formülüyle gösterilmektedir. Burada, bu temel haklar arasından sadece biri, son dönemlerde özellikle sözde ilerlemeler tarafından sıkça sorgulanan, ve yine de bedensel özgürlükle birlikte en hayati olan özel mülkiyet hakkı üzerinde duracağım. Maddî dünyada hangi şeyleri kontrol edebileceğini ve onları nasıl kontrol edebileceğini bilmedikçe, istediği amaçları gerçekleştirebilmek için herhangi bir anda hangi vasıtaları kullanabileceğini bilmedikçe, birey için özgür bir alan olamaz. Aslında özel mülkiyet kurumu olmadan hiçbir surette hukuk dediğimiz şeyin olup olmayacağı çok şüphelidir. Eğer hukuk bireysel özel alanlar arasındaki ilişkileri belirleyen kuralları sağlıyorsa bu kurallar her şeyden önce maddî dünyadaki bu alanların sınırlarını belirlemelidir ve bireylerin rızai tasarruflarıyla bu sınırların nasıl değiştirilebileceğini söylemelidir.

Bu kuralların içeriğiyle ilgili çok çeşitli ihtimaller vardır ve “özel mülkiyet” ve “sözleşme özgürlüğü”ne ilişkin klasik formül bu kuralların içeriğinin ne olması gerektiği hakkında fazla bir şey söylemez. Ancak önemli olan husus bunların sadece genel kurallar şeklinde ifade edilmesi, bireyin içinde kendi iradesini takip edebileceği alanın ve kendisinin hangi koşullarda ve nasıl zorlanabileceğinin açıkça bilinmesidir.

Böyle bir özel alanın tanınması elbette onun her şart altında dokunulmaz olması gerektiği anlamına gelmez ve ne zaman müdahale edilebileceğini belirleyen kuralların açık niteliği belkide onun sınırlanması kadar önemlidir. Bir hukuk devletinde bireyin kendi işlerini başarılı bir biçimde planlayabilmesi için, bildiği ya da öngörebildiği şartlardan ne yapmamıza izin verildiğini ya da verilmediğini tahmin edebilecek durumda olması gerektiğini gördük. Bu, genel bir kural olarak bireyin görüş alanının dışında olan (öngöremediği) şartların onun zorlanması için bir temel oluşturmaması gerektiği anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, toplumun yüksek menfaatleri için, belli bireylerin bilmedikleri olayların sonucu olarak ve hiçbir kuralın öngörmediği bir biçimde bazı şeyleri yapmaya zorlanabileceği istisnai durumların ortaya çıkabileceğini kabul etmeliyiz. Gerçekleri bilen insanlar tarafından yönetilen bir toplu hareketi gerekli kılan doğal afetler, savaş ve diğer ani tehlikeler meydana gelmektedir ve bunların karşılanması gerekir. Eğer olağan koşullarda birey kendi işlerine bakarak ortak refaha daha çok katkıda bulunuyorsa, bazı ortak amaçların kendi özel işinden daha önemli olup olmadığına karar veremeyi her zaman bireye bırakamayız. Normalde bireyin hiçbir şey bilmediği

olaylara hareketlerini uyarlamasına yardım yardım eden fiyat ilişkilerinde şu ya da bu nedenle yansıtılamayacak bazı düşünceler vardır. Ve bazı hallerde gerekli olan hareket hızı özel vatandaşın bile kendisini otoritenin emri altına koymasını gerektirebilir.

Ama eğer günlük amaçlar için bireylerin özgür kararlarına güvenmek zorundaysak, özel alana böyle müdahalelerin istisnai olması ve bunlara boyun eğmek zorunda olanların meşru beklentilerinin ihlal edilmemesi önemlidir. Kamu yararının olağanüstü hal yetkileri kullanabilecek koruyucuları olmak zorundaysa da, bu yetkilerin bağımsız bir otoritenin denetimi altına alınması önemlidir. Bu amaç için geliştirilmiş ve bu amaçla yakından ilişkili olan araçlar, bu yetkilerin özel amaçlarla (kamulaştırma hukuku gibi) ve özel şartlarla (Amerikan “açık ve mevcut tehlike” kuralı gibi) sınırlandırılmasıdır. Ve bu tür bir müdahalenin bireye yüklediği tüm maliyetlerin toplum tarafından karşılanması ya da diğer bir deyişle özel mülkiyet haklarının ya da diğer hakların ihlali halinde tam tazminat verilmesidir. Böyle durumlarda belirli bir bireyden fedakarlık talep etmek için ve aslında bu müdahaleleri sadece sosyal getirisi cömert bir tazminatı göze aldırarak kadar çok yüksek olan durumlarla sınırlamak için her durumda haklı gerekçe yoktur. Bütün bu örneklerde bağımsız bir mahkemenin sadece müdahalenin meşruluğu hakkında değil fakat ayrıca uygun tazminat hakkında da genel soyut prensipler doğrultusunda karar vermesi açıkça arzu edilir. Yargı denetimi yalnızca bireyin özgür sahasını korumak için değil, fakat aynı oranda yönetsel birimleri bütün avantajları ve dezavantajları düşünmeye zorlamak için de gereklidir. Çünkü önlerindeki hedeflerin önemini abartma ve onun sebep olduğu daha dolaylı tahribatlara yetersiz ilgi gösterme bütün uzman idarelerin kalıtsal bir eğilimdir.

O zaman bütün bunlardan çıkarılacak sonuç hukuk devletinin, zorlayıcı işlemlerde (yani kişiye ve mülkiyetine müdahale eden işlemlerde) idari takdir yetkisinin, bağımsız bir mahkeme tarafından denetime tâbi tutulmasını gerektirir. Bu mahkemeler mevcut hükümet politikasının amaçlarının bir aracı olmamalı ve hatta bundan haberdar bile olmamalıdır. Bu denetim sadece işlemin idarenin yetkisinde (*infra* ya da *ultra vires*) olup olmadığını değil, idari işlemin esasını da kapsamalıdır. Ve eğer bu mahkemeler özel vatandaşların haklarının ihlal edildiğini tespit ederse, sanki bu kişinin hakları diğer bir özel vatandaş tarafından ihlal edilmişçesine zararı tespit etmelidir. Bu, hukukun meşhur genellik, eşitlik ve belirlilik gereklerinin yanısıra meselenin can damarıdır, hukuk devletinin hakim olup olmadığını gösteren bir mihenk taşıdır.

DERS 4

Hukuk Devletinin Düşüşü

İhyiyaç, insan özgürlüğünün her türlü ihlalinin bahanesidir. Tiranların savı; kölelerin itikadıdır.

William Pitt²⁰⁹

20. Özgürlük İçin Asgari Bir Program

Hukuk devletine atfettiğim bireysel özgürlüğün baş güvencesi olma rolüne karşı en açık itiraz onun bu amaç için yetersiz olduğudur. Bunun için bazı haklı gerekçeler vardır. Hukuk devleti bize sadece bireysel özgürlük için gerekli fakat yeterli olmayan koşullar sağlar: hukuk devletinin yasama ve yürütme için bıraktığı alan içinde bunlar hala zararlı hale gelebilirler. Fakat

²⁰⁹ William Pitt'in 18 Kasım 1783 tarihinde Avam Kamarası'nda yaptığı konuşmadan alınmıştır.

hukuk devleti bana hala sadece özgürlüğün temel asgari koşulu olarak değil fakat uygulamada en önemli olan şeyi güvence altına alan bir ilke olarak görünmektedir. Sonuç olarak; hukuk devleti idealini ihlal eden tüm kanun ve kurumlara ilke olarak karşı çıkılması gerekirken, hukuk devletiyle uyumlu herhangi bir kanun kendi erdemleri açısından değerlendirilmelidir. Böyle bir kanun hala budalaca ya da zararlı olabilir fakat buna itiraz edilmesinin nedeni müdahale yasağı, laissez-faire (bırakınız yapsınlar) vb bir genel ilkeyi ihlal etmesi değil, kendisinin doğurduğu özel sonuçları olacaktır. Aslında, hukuk devleti kavramı bana, müdahale etmeme talebini meşrulaştırdığı için “müdahale” kavramının tek makul anlamını veriyor gözükmektedir. Devlet müdahalesine karşı olan hiç kimse elbette, devlet asla hiçbir şey yapmamalı demek istemiyor: Fakat, devlet her ne zaman bir işlem yapsa, bazı şeylere “müdahale” etmektedir. O zaman müdahale etmeme ilkesi gerçekte devletin, yurttaşların genel kurallarla açıkça belirlenen özel alanına tecavüz etmemesi gerektiği anlamına gelmektedir.²¹⁰ Çok ciddi “laissez-faire” savunucularının bu deyimden kastettiklerinin de bu olduğuna inanıyorum.

Prensibimizin olası devlet faaliyetleri için açık bıraktığı alan hala çok geniştir. Bütün insanlara eşit olarak uygulanabilen, genel kuralları koyarak ve uygulayarak başarılabilecek her şeye bir hukuk devletinde kural olarak izin verilebilir. Bu, özellikle güvenlik, sağlık ya da ürün kalitesiyle ilgili gereklilikler belirleyen üretimle ilgili düzenlemeleri kapsamaktadır. Bu, kendi yaptığı işleri özel şahısların yapmasını engellemediği sürece, devletin ticaret ve üretimle uğraşmasına itiraz etmek için gerekçe oluşturmaz. Hatta hukuk devleti ilkesi genel üretim yasakları ya da “lüks yasaları” gibi belli bir malın tüketimini yasaklayan saçma düzenlemelere bile izin verir. Ve kurallar gerçekten genel olduğu ve hiç kimseye muafiyet tanıma yetkisi vermediği sürece hukuk devleti, tavır ve davranışlarda yüksek derecede bir uyumu zorlamak için kullanılabilir. Binaenaleyh, kural olarak, hukuk devletinin gereklerine mutlak surette uyulduğu sürece, -özgürlük sevdalısı bir insan için kesinlikle zulmün en sakıncalı biçimlerinden biri olan- dinsel uyumluluk gibi bir şeyi zorlamak bile mümkün olabilir.

Yine de, bir hukuk devletinde hala çok sayıda gülünç ya da zararlı kanunlar koymak mümkün olabilirken, en azından baskıcı kanunlar çıkarılma olasılığı yoktur. Kanunların herkese eşit uygulanması, hiç kimsenin bunlardan muaf tutulmaması gibi gereklilikler bunu oldukça zor hale getirmektedir. Bazı

²¹⁰ Cf. Ludwig von Mises, *Kritik des Internationalismus*, Jena 1929, ss. 5 et. seq.

dinsel fanatiklerin değerlerinin özgürlüklerinin çok sert kısıtlanması olarak algılayacakları genel kuralları zorla uygulamayı, arzulanabileceklerini itiraf etmeliyim. Fakat en azından insanların bütün bu tür kısıtlamaları dayatma arzularını dayandırabilecekleri bir kaç rasyonel gerekçe vardır -alkollü içkilerin yasaklanması vb. örneklerde görüldüğü gibi buna teşebbüs edilen yerlerde eğer önemli sayıda insan bunu baskıcı görüyorsa bu tür yasakların uzun süre etkin kalma ihtimali çok düşüktür.

21. Bir Hukuk Devletinde Ne Yapılamaz?

Öyleyse, devletin faaliyetlerine böyle geniş bir saha bırakan ve uygulanmasında hemen hemen sınırsız bir deneyim ve ilerleme için faaliyet alanı olarak görünen bir ilke neden en ısrarlı saldırılara maruz kaldı ve sonuç olarak gidecek terk edildi? Cevap, belli türde devlet faaliyetlerini, özellikle de sosyalist doktrinlerin etkisi altında son yüzyılda çok popüler olan türden faaliyetleri engellediği için. Hukuk devleti ilkesi özel mülkiyetin tanınmasıyla çok yakından ilişkilidir, özellikle de sosyalizmin reddettiği üretim araçlarında özel mülkiyetle. Ve bugün “ekonomik planlama” olarak bilinen ve sosyalizmin özel mülkiyet ve piyasa sistemiyle değiştirmek istediği ekonomik faaliyetlerin merkezden yönetimiyle bağdaşmaz.

Toplum düzenine ilişkin bu iki anlayış arasındaki uyumsuzluk o kadar aşıkardır ki, bugünkü yandaşları inkar etse de sosyalizmin kurucularının bu konuda şüphesi yoktu. Bireysel kapasiteleri, eğilimleri ve mizaçlarıyla yaratılıştan çok farklı olan bireylere eşit kuralların uygulanması, onların pozisyonlarında çok eşitsiz etkiler yaratır. Eğer çoğu bakımdan eşit olmayan insanları eşit yapmak istiyorsan onlara farklı muamele etmek zorundasın. İnsanların topluma kazandırdıkları ürünlerin değerine göre değil de kişisel erdemlerine göre ödüllendirildiğini görmek istiyorsan, birilerine bu erdemi belirlemesi ve buna göre bir ödül tayin etmesi için yetki vermek zorundasındır. Eğer devletin bireyler üzerindeki faaliyetlerinin şu ya da bu belirli bireyler için özel sonuçlar doğurmasını istiyorsan, devletin faaliyetinin münhasıran soyut kurullarla belirlenmesine izin veremezsin, devletin faaliyetini, işlemi yapan otoritenin kendi bilgisi ve ulaşmak istediği amaç ışığında uygun gördüğü şekilde zamanın ve mekanın özel koşullarına uyarlamasına izin vermelisin.

Aynı zamanda farklı üretim güçlerinin nasıl kullanılacağına yani herşeyden önce kimin neyi yapacağına karar vermeden, neyin ne kadar ve nasıl üretileceğine karar vermek imkansızdır. Hükümet malların fiyatları ya da miktarları-

nın kontrolünü üstlendiğinde bu hemen kendini göstermektedir. Piyasa fiyatından farklı bir fiyatı sürdürmek için kime sabitlenmiş fiyattan satın almaya ya da satmaya izin verileceğine karar vermek gerekecektir. Kimin üreteceğine ve kimin üretemeyeceğine karar verilmeksizin bir malın belli miktarda üretiminin emin olmak aynı ölçüde imkansızdır. Bu zaten, arzı “yerel ihtiyaçlara” ya da bazı benzer düşüncelere uyarlamak için lisanslamanın kullanıldığı en basit örneklerde bile görülmektedir. Çoğu vakada bu da şüpheli olmasına rağmen belki “ihtiyaçlar” bazı objektif ölçütlere göre belirlenebilir. Fakat bu ihtiyaçları kimin karşılayacağı ancak keyfi ayırımla kararlaştırılabilir.

Dolayısıyla, ekonomik faaliyetlerin yönlendirilmesi, zorunlu olarak kişiler arasında ayırım yapmayı, monopol ve imtiyazın yaratılmasını gerektirir; oysa hukuk devletinin amacı güçlünden yana da, zayıftan yana da olsa bütün imtiyazların ortadan kaldırılmasıdır. Ve özgürlük açısından, genel hukukî kurallardan muafiyetin zayıflara tanınması güçlülere tanınmasından daha az öldürücü değildir. Bir kere ihtiyaçlar ya da liyakatlar zemininde ayırıma kapı aralanırsa, insanları yönetecek olan objektif kurallar değil keyfi irade olacaktır.

Ekonomik faaliyetin doğrudan doğruya idare edilmesi teşebbüslerinin dışında, idarî yarar, çoğunlukla faaliyetin doğası gerektirmediği halde idarî birimlere inhisarî ve takdirî yetkiler verilmesinin bahanesi olarak gösterilmiştir. Bu özellikle eğitim ve devletin böyle hizmetlerin finansmanı ve düzenlenmesine yardımı konusunda çok şey söylenmesi gereken çeşitli sosyal hizmetler gibi alanlarda uygulanmaktadır. Fakat bu alanda asıl tehlike çoğu devletin münhasır yetkiler üstlenme ve organizasyonlara katılımı zorunlu tutma eğiliminden ortaya çıkmaktadır. Elbette bunun çoğunlukla idarî avantajlar sağladığı ve kısa vadeli hedeflere ulaşmanın en hızlı ve bu anlamda en verimli yolu olduğu inkar edilemez. Ancak, bütün bir alan spontane gelişmenin dışında bırakıldığında kısa vadeli avantajların uzun dönemde çok pahalıya malolabileceği unutulmamalıdır. Mesela tek ve birleşik bir zorunlu sağlık sigortası sistemi kurarak kısa vadeli amaçlarımızı diğer araçlara göre çok daha çabuk gerçekleştirebileceğimiz doğru olabilir. Fakat böylece aynı zamanda problem için, Amerikan örneğinin gösterdiği gibi, rekabetçi deneyimin er ya da geç üreteceği yeni tip çözümlerin tedrici gelişimini de engellemiş oluruz.

Burada etraflıca geliştirmek için zamanım olmayan başka bir noktaya kısaca değinmek zorundayım: benim burada yaptığım ayırıma itiraz olarak, bütün devlet faaliyetlerinin bir şekilde zorlama içerdiği, başka hiçbir biçimde olma-

sa bile en azından faaliyetin finansmanı yoluyla zorlama içerdiği söylenebilir. Ve itiraf ettiğim gibi çoğu faaliyetinde idare, etkin biçimde kurallarla bağlanamaz, zorlamanın kaçınılmaz olarak takdir yetkisiyle ilişkili kullanılmasının zorunlu olduğu görülüyor. Bu bir bakıma doğru olmakla birlikte genel ilkeyle çatıştığı anlamına gelmez. Eğer aynı kurala göre ortak bir havuza katkıda bulunmaya razı olur ve sonra bir birime belli amaçlar için kendi uygun gördüğü şekilde harcama yapmasını söylersek, bu bizim özgürlüğümüzü kısıtlamaz. Aslında, idari zorlamanın sıkı sıkıya hukuk kurallarıyla bağlı olduğu çok az alan vardır, ve vergilendirme bunlardan birisidir. Vergilendirmenin günümüzde yaygın olarak kabul edilen ilkelerinin hukuk önünde eşitlik ilkesiyle uyumlu olup olmadığı başka bir sorundur. Şahsen benim, özellikle daima insanların eşit iş için eşit olmayan ücret almasıyla sonuçlanan kademeli ya da dereceli gelir vergisi ilkesinin hukuk önünde eşitlik idealiyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda büyük şüphelerim var. Fakat bu da burada girmemem gereken diğer bir meseledir.

22. Hukuk Devletine Karşı Sosyalist Başkaldırı

Daha önce ifade ettiğim gibi, sosyalistler eşit durumda olmayan insanlara eşit muamele etmenin eşitsizlikle sonuçlandığını oldukça erken farkettiler ve en azından Fransız Devriminden bu yana salt hukuk önünde “biçimsel” eşitlik ideali, maddî eşitlik talebiyle karşı koydular. Bu, 19. yüzyıl boyunca kapitalist sisteme karşı standart itirazlardan biri haline geldi ve Anatole France’nin meşhur istihzasında klasik ifadesini buldu.

“kanunlar önünde eşitlik, ..., köprü altında uyumayı, caddelerde dilenmeyi ve ekmek çalmayı zengin için de fakir için de yasklayan eşitlik ...”²¹¹

İyiniyetli insanlar tarafından, tarafsız adaletin bütün temellerine alay etiklerinin farkına varmaksızın, düşünülmeden bu kadar sıklıkla tekrarlanan çok az deyim vardır.

Bu fikirler sosyalizmin hukuk teorisyenleri tarafından sistematik olarak geliştirildi. En açık beyanlardan biri Avusturyalı hukukçu Anton Menger’in (ünlü ekonomist Carl Menger’in kardeşi) yazılarında bulunabilir:

“Kişisel niteliklerine ve ekonomik durumlarına bakmaksızın bütün vatandaşlara mükemmel bir eşitlikle muamele ederek ve aralarında sınır-

²¹¹ Anatole France, *Le Lys rouge*, Paris 1894, ss. 117-8. A. France tabii ki kendi zamanının Guesde, Jaures ve Leon Blum gibi belli başlı Fransız sosyalistlerinin müttefiki ve yakın bir arkadaşıydı.

sız rekabet olduğunu kabul ederek, malların üretimi sınırsızca artırıldı, fakat aynı zamanda fakir ve zayıflar artan üretimden çok az bir pay aldılar. Bu nedenle yeni ekonomik ve sosyal mevzuat zayıfları güçlülere karşı korumak ve hayatın güzel şeylerinden onlar için makul bir payı güvence altına almak için atağa geçti. Bu nedenle günümüzde gerçekte eşit olmayanlara eşit muamele etmekten daha büyük adaletsizlik olmadığı anlaşılmıştır.”²¹²

Bu gelişmenin doruğa ulaşması komünist Rusya’da Jeremy Bentham’ın zaten bildiği “mülkiyet ve hukuk birlikte doğdu, birlikte ölmelidir”²¹³sözünü net olarak algılayan ve özel mülkiyetin ortadan kalkmasıyla birlikte, bildiğimiz anlamıyla hukuk ve adaletin de ortadan kalkacağı tutarlı sonucuna ulaşan bir Marksist okulun yükselişiyle gerçekleşmiştir. Bir zamanlar bu okulun lideri olan Paschukanis, hukuk devleti idealini burjuvalara²¹⁴ çok uygun bir serap olarak niteledi. Ona göre bildiğimiz anlamıyla adalet ideali mübadele ilişkilerinden türemiştir ve onlardan ayrı hiçbir anlamı yoktur:²¹⁵

“Genel bir ekonomik plan çerçevesinde idarî teknik yönetim... üretim ve dağıtım plan ve programları şeklinde doğrudan ve teknolojik olarak saptanmış direktifler sürecini gerektirir. Söz konusu direktifler somuttur ve değişen şartlara göre devamlı değişmektedir. ...bu eğilimin kademeli zaferi hukukun yavaş ölümü anlamına gelir.”²¹⁶

Kısacası “sosyalist bir toplumda özerk özel ilişkilere yer olmadığı için sadece toplum yararına olan düzenlemeler olacağı gibi bütün hukuk da idareye, bütün sabit kurallar takdir ve yarara dönüşecektir.”²¹⁷

Daha sonra Paschukanis resmi doktrinlerdeki periyodik dönüşümlerin birinin bir kurbanı haline gelmesine rağmen²¹⁸, bu görüşlerinde kesinlikle

²¹² Anton Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen*, (1896) 3. baskı 1904. Orijinalinde italik değil.

²¹³ E.B. Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* (Rusça ikinci baskısından çevrilmiştir, Moskova 1927) Berlin 1929 s. 127. Bunun bir İngilizce çevirisi ve Paschukanis’in Giriş’i J.N. Hazard tarafından yazılan sonraki bir çalışması, yakınlarda *Soviet Legal Philosophy’de* yayınlandı, çeviren H.W. Babb, Cambridge, Harvard University Press, 1951.

²¹⁴ J. Bentham, *Principles of the Civil Code, Works*, cilt I, s. 309.

²¹⁵ *Ibid.* s. 143.

²¹⁶ *Ibid.* s. 117.

²¹⁷ Paschukanis’in tartışmasının bu özeti W. Friedman, *Law and Social Change in Contemporary Britain*, Londra 1951, s. 154’ten alınmıştır.

²¹⁸ Paschukanis’in kaderi üzerine, R. Pound (*Administrative Law*, 1942, s. 127) şu tes-

yalnız değildi, o yalnızca sürekli sosyalizmde içsel olan sonuçları çıkaran bir okulun en açık sözlü temsilcisiydi. Sovyet Yüksek Mahkemesinin Başkanı P.J. Stuchka'nın 1927 yılında resmi bir özel hukuk el kitabında benzer şekilde açıkladığı gibi:

“Çatışan çıkarlarıyla sınıflar ortadan kalkınca hukuk da bütünüyle ortadan kalkacağı için, Komünizm sosyalist hukukun zaferi değil, sosyalizmin her türlü hukuka karşı zaferi anlamına gelmektedir.”²¹⁹

Diğer yerlerde olaylar elbette daha yavaş gelişti fakat sosyalizmde var olan eğilimler buralarda kendilerini daha az hissettirmede. Ters bir akımın başladığı ve Ruslar devralana kadar en uç noktaya taşındığı Almanya örneğinin çok ilginç olmasının pek çok nedeni bulunmaktadır. Benim burada yaptığımdan ya da genellikle yabancı ülkelerde yapılandan çok daha derinlemesine incelenmeyi hak etmektedir. *Rechtsstaat* mekanizmasının tamamlanmasının, görüşlerde devlet sosyalizmi yönündeki genel bir değişimle nasıl örtüştüğünü gördük. Bu değişim hukuku çok erken ve çok yönlü olarak etkilemeye başladı. Daha 1893'lerde ünlü bir kriminolog şunları not etti:

“kamu yararını seleflerinden daha çok vurgulayan ve 'özgürlük' kelimesi onlar için çok eski bir ses olan yükselen sosyalist nesil temelleri sarsıyor.”²²⁰

Yüzyıl sona ermeden bireyci *Rechtsstaat*'ın “milli ve sosyal fikirlerin yaratıcı güçleri tarafından mağlup edilen”²²¹ geçmişe ait bir şey olduğu yaygın bir doktrin haline gelmişti. Ya da başka bir idare hukuku öğrencisinin geçmişe bakarak süreci anlattığı gibi:

“Polis devleti ilkesine döndüğümüz oranda gene Kulturstaat fikrini farkediyoruz. Tek fark araçlardır. Modern devlet hukuka dayanarak kendisine herşeyi mübah kılabilir, polis devletinin yaptığından daha da fazlasını. Bu nedenle 19. yüzyıl boyunca *Rechtsstaat* terimine yeni bir an-

pitte bulunmaktadır: “Profesör şimdi aramızda değil. Rusya'nın şimdiki hükümetinin yeni bir politika oluşturmasıyla, doktrinde bir değişiklik için çağrıldı ve yeni düzenin doktrinel zaruretlerine uymak için öğretiminde çok hızlı hareket edemedi. Sadece idari emirler yerine hukuk olmuş olsaydı hayatını kaybetmeden işini kaybetmesi onun için mümkün olmuş olurdu.”

²¹⁹ Aktaran V. Gsovsky, *Soviet Civil Law*, cilt I, Ann Arbor 1948, s. 170, P.J. Stuchka'dan, *Encyclopaedia of State and Law*, Moscow 1925-1927, s. 1593.

²²⁰ Franz von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze*, 1893, cilt II, s. 60.

²²¹ Richard Thoma, “Rechtsstaatsidee und Verwaltungswissenschaft”, *Jahrbuch für öffentliches Recht*, 1910, s.199.

lam verildi. Bu gün hukuk devletini bütün faaliyetleri hukuka dayanarak ve yasal biçimde cereyan eden bir devlet olarak anlamaktayız. Devletin amaçları ve yetkilerinin sınırları hakkında Rechtsstaat terimi günümüzdeki anlamıyla hiçbir şey söylememektedir.”²²²

Bunun 1870’lerde Liberalizme karşı yükselen büyük hareketin bir sonucu olduğunu vurgulamaktadır.²²³

İmparatorlukta bile oldukça ilerlemiş olan bu süreç Weimar Cumhuriyeti altında iyice hızlandırıldı. Bu sürecin niteliği ve sebepleri daha o zaman bazı gözlemciler tarafından açıkça farkedilmişti. “Rechtsstaat’ın düşmanı ve karşıtı olan sosyalist devleti gerçekleştirme” çabalarının etkilerine ilişkin kapsamlı bir çalışmada²²⁴, 1930 yılında bir Alman hukukçu doktriner gelişmelerin Rechtsstaat idealinin kesin yok olmasının önündeki bütün engelleri halihazırda kaldırdığına ve devletin faşist ve bolşevist iradesinin biricik hakimiyetine ve zaferine kapıları açtığına işaret etmişti.²²⁵ Tabii ki Almanya’da üç yıl sonra meydana gelen şey tam olarak buydu. Fakat eklemek gerekir ki, sadece genel olarak Almanlar değil fakat aynı zamanda Alman sosyalistleri de bir dereceye kadar yirmi iki yıllık keyfi totaliter yönetimin korkunç dersini almışlardır. Sosyalist hukuk felsefecilerinin saygı gösterilen dekanı merhum Gustav Radbruch’ın son yayınlarından birinde şöyle yazması çok anlamlıdır:

“Demokrasi kesinlikle övgüye layık bir değer olmasına karşın, Rechtsstaat günlük ekmeğimiz gibidir, içtiğimiz su gibidir ve teneffüs ettiğimiz hava gibidir; ve demokrasinin en büyük erdemi ise sadece Rechtsstaata muhafaza etmek için kabul edilmiş olmasıdır.”²²⁶

Aslında demokrasinin her zaman ya da zorunlu olarak hukuk devletini koruma işlevi görmeyeceği Radbruch’un Almanya’daki evrime ilişkin kendi ifadelerinden daha iyi ortaya konulamaz. Muhtemelen bu ifadeyi tersine çevirerek, hukuk devletini korumadıkça demokrasinin uzun yaşayamayacağını söylemek daha doğru olurdu.²²⁷

²²² Edmund Bernatzik, *Rechtsstaat und Kulturstaat*, 1912, s.56. Ayrıca karşılaştırınız; aynı yazarın “Polizei und Kulturpflege”, *Systematische Rechtswissenschaft (Kultur der Gegenwart, Bölüm II, kısım VIII)* Leipzig 1906.

²²³ Ibid. s. 57.

²²⁴ F. Darmstaedter, *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates*, Heidelberg 1930, s. 268.

²²⁵ Ibid. s. 85

²²⁶ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 4. baskı 1950, s. 357.

²²⁷ Bakınız C.H.F. Polak, *Ordering en Rechtsstaat*, Zwolle 1951 ve W. Kagi ve H.

Fransa'da gerçekleşen benzer gelişmelere sadece kısaca değinebileceğim. En azından Profesör George Ripert'in *Déclin de Droit*²²⁸ başlıklı kitabında vermiş olduğu o ülkedeki duruma ilişkin endişe verici tarifi ya da Profesör Paul Roubier'in *Théorie générale du droit*²²⁹ inde bulacağımız benzer açıklamaları kısaca özetlemek için zamanımın olmasını dilerdim. Profesör Ripert'in çıkarımlarının bazılarını aktarmakla yetinmek zorundayım. Ripert şu tespitte bulunmaktadır:

"Devletin iktisadi hayatı yönlendirmeye girişmesiyle birlikte kölelik/bağımlılık ilişkisi güçlenir."²³⁰

Çünkü:

"Kanunların belli bir konuda sadece genel ilkeleri belirlemekle yetinip uygulamaya ilişkin ayrıntıları düzenleyici işlemlere bırakması, yetki devri anlamına gelir ve yurttaşların hukukî durumlarını idari kararlara havale etmesi sonucunu doğurur. Bu politika, ekonomi yönetiminde yaygın uygulama haline gelmiştir."²³¹

Diğer ülkelerde olduğu gibi bu gelişmenin sorumluluğunun büyük ölçüde hukukçulara ait olduğu açıktır:

"Burada sorumluluk öncelikle hukukçulara aittir. Hukukçular, yarım asırdan bu yana bireysel hak kavramının gerilemesine göz yumarak bu hakları azametli siyasi devletin insafına terk etmişlerdir. Bir kısım hukukçular "ilerlemeci" görünme hevesine kapılmıştı, bir kısmı da 19. yüzyıl liberalizminin hayat hakkı vermediği daha geleneksel bir doktrini yeniden keşfettiğini sanıyordu. Bilim adamları savundukları teorik doktrinlerin pratikte hangi sonuçlara yol açabileceğini pek kestiremiyorlar."²³²

23. İngiliz Sosyalist Hukuk Doktrini

Ancak bütün bunlara rağmen asla tamamen gerçekleşmeyen *Rechtsstaat* idealinin büyümesi sözkonusu çoğu Kıta Avrupası ülkelerinde totaliter yönetimler altında tamamıyla kötüye kullanıldığında bile bu ad hala ara sıra gerçeği maskeleyen aracı olarak kullanılırken, hukuk devletinin en çok doğrudan saldırı-

Huber'in denemeleri *Demokratie und Rechtsstaat* (Festschrift für Z. Giacometti) Zürich 1953.

²²⁸ G. Ripert, *Le déclin de droit*, Paris 1950.

²²⁹ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris 1950.

²³⁰ G. Ripert, I. c., s. 84.

²³¹ Ibid. s. 158.

²³² Ibid. s. 192.

ya maruz kaldığı ülke onun çıkış yeri olan ülkeydi. Büyük Britanya’da uzun bir süre az sayıda insanın farkında olduğu geleneksel ideale yönelik tedrici bir yıpratma süreci uygulandı. 1929’da bile hukuk devleti hala “muhtemelen İngiltere’nin kalbinde en değerli siyasî ilke”²³³ olarak tanımlanıyordu. Fakat 1915 gibi erken bir dönemde A.V. Dicey, *Law of the Constitution* kitabının son baskısına yazdığı yeni giriş bölümünde “İngiltere’de hukuk devletine eskiden duyulan saygıda son otuz yıl boyunca gözle görülür bir azalma olduğunu”²³⁴ gözlemledi. Sonraki yirmi beş yıl boyunca bu süreç hızlanarak fakat gelişigüzel bir şekilde ve genel halk tarafından gözlenmeden devam etti ta ki; sonunda o zaman ki İngiltere’nin Lord Cheif Justice’ı (Başyargıç) güçlü bir protesto ortaya atana kadar. 1929’da Lord Heward’ın *The New Despotism* adlı eseri en sonunda meselenin açığa kavuşmasını zorladı.²³⁵ Bu sözde ilericiler arasında çok büyük öfkeye neden oldu ve tamamen gerici bir kitapçık olarak kötülendi.²³⁶ Fakat bu Lord Chancellor’ın (Adalet Bakanı, Yüksek Yargıç ve Lordlar Kamarası Başkanı) “Bakan Yetkileri Komitesi”ni atamasına yol açtı. Bu komitenin raporu²³⁷ A.V. Dicey’nin doktrinlerini ılımlı bir şekilde yeniden ileri sürerken, bütünsel olarak tehlikeleri asgariye indirme eğilimi taşıyordu. Araştırma büyük ölçüde, daha önce gördüğümüz gibi hukuk devleti ilkesiyle sadece dolaylı olarak bağlantısı olan, yetki devri sorunu üzerinde yoğunlaş-

²³³ A. Cobban, *Edmund Burke and the Revolt against the 18th Century*, Londra 1929, s. 41.

²³⁴ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8. baskı, Londra 1915, s. XXXVIII.

²³⁵ Lord Heward, *The New Despotism*, 1929.

²³⁶ Birleşik Devletlerde bile bu ciddi uyarı alındığında muamelenin niteliği Profesör Felix Frankfurter’ın (şimdi A.B.D. Yüksek Mahkemesinde bir Yargıç) 1938’de yayınlanan aşağıdaki cümleleridir: “1929 sonrası Lord Heward, Dicey’nin can çekişmekte olan gerçek dışılıklarına bunları uyarıyla süsleyerek taze hayat vermeye kalkıştı. Maalesef, ağzı iyi laf yapan gazetecilik Lord Başyargıçın yayın iznini elde etti. Onun müsrif mükellefiyetleri yetkili tanzimi talep etti ve onlarda karşıladılar.” (“Current Developments in Administrative Law,” *Yale Law Journal*, cilt 47, Şubat 1938, Başlangıç). İngiltere’deki daha ileri gelişmelere dikkat çeken birkaç kişi şimdi Lord Heward’ın endişelerinin yargılanmasından şüphe edecektir. Yakın zamanlarda *The Economist* (19 Haziran 1954, s. 952) şöyle yazdı ki: “Kısaca ‘yeni despotizm’ bir abartma değil, gerçektir. Dünyanın görebildiği en vicdanlı, dürüst ve çalışkan tiranlarının uyguladığı bir despotizmdir.”

²³⁷ Committee on Ministers’ Powers, **Report**, Londra, His Majesty’s Stationary Office, Cmd 4060, 1932; ayrıca bakınız **Memoranda Submitted by Government Departments in Reply to Questionnaire of November 1929** ve **Minutes of Evidence Taken before The Committee on Ministers’ Powers**, Cilt II, Minutes, His Majesty’s Stationary Office, Londra 1932.

yordu. Devredilen yasama (kural koyma) yetkisi olmadığı, ve yetki devrinin nedeni aslında yürütme organlarını bağlayıcı genel kuralların yapılmaması ya da yapılamaması ve her özel olayda uygun şekilde hareket etme yetkisi tanımayı amaçladığı sürece yetki devri hukuk devleti açısından problem değildir. Bu, Raporda yetki devrinin nedenlerinden birisi “çoğu kanunun insanların hayatını çok yakından etkilediği için esnekliğin önemli”²³⁸ olduğu şeklinde ifade edilerek ortaya konulmuştur.

Ancak bu rapora yapılan saldırılarla, hemen hemen tamamı (kendisi de Komitenin bir üyesi olan) müteveffa Profesör Harold Laski'nin meslektaşları ya da öğrencilerinden müteşekkil bir sosyalist hukukçular okulu ortaya çıkmıştır. Bu okulun etkisi İngiltere sınırlarını ve sosyalistleri aşan çabaları yakından incelenmeyi hak etmektedir. Bunların görüşleri günümüzde sıklıkla Anglo-Saxon dünyanın bu konulara ilişkin modern görüşü olarak takdim edilmektedir. Saldırı, Rapor ve dayandığı Belgeler üzerine yazılan Mr. (şimdi Sir Ivor) Jennings'in²³⁹ iki eleştiri makalesiyle başladı. O bunlarda, hukuk devleti doktrinin Raporda kullanılan anlamda yani “kanun önünde eşitlik, ülkenin olağan hukukunun olağan mahkemeler tarafından uygulanması.... lafzı esas alınarak.... tam olarak saçmalık olduğunu”²⁴⁰ iddia etti. Onun görüşüne göre; “bu hukuk devleti ya bütün milletler için müşterektir ya da mevcut değildir”.²⁴¹ Jennings “hukukun sabitliği ve belirliliğinin ... yüzyıllardır İngiliz hukuk geleneğinin parçası olduğunu” kabul ederken, bu geleneğin “istsizce de olsa çözülmekte” olduğu konusunda açıkça sabırsızdı. Ve bütün ironisi “Komitenin çoğu üyelerince ve tanıklarınca paylaşılan... bir yargıcın fonksiyonuyla bir idarecinin fonksiyonu arasında bariz bir farklılık olduğu”²⁴² inancına yönelmişti.

Bu görüşler sadece biraz değiştirilmiş biçimde aynı yazara ait ve yaygın olarak kullanılan bir ders kitabına yer aldı.²⁴³ Burada “hukuk devletiyle tak-

²³⁸ *Report*, s. 23.

²³⁹ Ivor Jennings, “The Report on Minister’s Powers”, *Public Administration*, X, 1932, ve XI, 1933.

²⁴⁰ *Ibid.*, X, s. 342.

²⁴¹ *Ibid.*, s. 343.

²⁴² *Ibid.*, s. 345.

²⁴³ Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 1933 4. baskı, Londra 1952. Kitap Harold Laski'ye adandı. ...Bu dersler yazıldıktan sonra Sir Ivor Jennings'in yeni bir kitabını büyük bir memnuniyetle gördüm. *The Queen's Government* (Pelican Books, 1954) Hukukun Üstünlüğünü öven kesimlerle başlayıp bitmekte ve günümüz

dir yetkisinin çatıştığı”²⁴⁴ ya da “olağan hukuk ile idari yetkiler arasında” herhangi bir zıtlık olduğunu inkar etti. Dicey’nin ilkeyi yorumladığı şekilde kamu otoritelerinin geniş takdir yetkisine sahip olmaması gerektiği anlamında hukuk devletinin, “Whiglere yönelik bir kural olduğu ve diğerleri tarafından görmezden gelinebileceği”²⁴⁵ söylendi. Fakat o zaman Mr. Jennings en azından “1870 ya da 1880’de bir anayasa hukukçusunun, İngiliz Anayasasının temelde bireyci hukuk devletine dayandığını ve İngiliz devletinin bireyci siyasî ve hukukî teorisinin *Rechtsstaat*’ı olduğunu”²⁴⁶ ileri sürebileceğinin farkındadır. “Anayasa, yargıçlar tarafından uygulanmadıkça takdir yetkisini hoş görmemektedir”. Dicey “İngilizler sadece ve sadece hukuk tarafından yönetilir” dediğinde “İngilizler sadece ve sadece yargıçlar tarafından yönetilir” demek istemiştir. Bu bir mübalağa olabilir fakat iyi bir bireyciliktir.²⁴⁷

Aslında hukuk devletinin temel ilkelerinden tamamen vazgeçmeyi savunmakla birlikte, tezin açık ılımlılığı sebebiyle bazı yönlerden daha da endişe verici olan, Profesör W.A. Robson’un geniş ölçüde kullanılan tezidir.²⁴⁸ İdari işlemler üzerindeki denetimin kaotik durumunu düzenlemek için övülmeye değer bir coşku ile, idare mahkemelerinin görevlerine ilişkin olarak onları bireysel özgürlüğün korunmasında tamamen etkisiz hale getirecek bir görüşü birleştirmektedir. Çalışma esas olarak “merhum Profesör A.V. Dicey’nin İngiliz Anayasal Sisteminin önemli bir özelliği olarak nitelediği hukuk devletinden kopuşu”²⁴⁹ tanımlamayı ve hızlandırmayı amaçlamaktadır. Yazar, “kuvvetlerin efsanevi ayrılığı”, “antik ve sarsak savaş arabası”²⁵⁰ olarak nitelediği (şeylere) sistematik bir saldırıyla başlamaktadır. Profesör Robson’a göre hukuk ve politika arasındaki ayrım “baştan aşağı yanlış”²⁵¹ ve yargıcın idarenin amaçlarıyla değil, adaletin uygulanmasıyla ilgilenmesi gerektiği yönündeki

İngiltere’inde gerçekten yürürlükte olan bir bakıma kapsamın idealize edilmiş bir resmini sunmaktadır. “Şimdi burada hukukta bir *reglementation* –kanunların yürürlüğü için genel kurallar yapmak için Fransızca konulması gereken bir kelime çünkü bu fikir kendiliğinden Britanya’da çıkmadı”- cümlesinin büyük bir gücü vardır. (s.152) muhtemelen 19. yüzyılda günümüzdekinden daha çok uygundur.

²⁴⁴ I. Jennings, *Law and the Constitution*, s. 54.

²⁴⁵ *Ibid.* s. 291.

²⁴⁶ *Ibid.* s. 292.

²⁴⁷ *Ibid.* s. 294.

²⁴⁸ William A. Robson, *Justice and Administrative Law*, 3. baskı, Londra 1951.

²⁴⁹ *Ibid.* s.XI.

²⁵⁰ *Ibid.* s. 16.

²⁵¹ *Ibid.* s. 433.

geleneksel anlayış “alay edilecek bir konu”²⁵² dur. Aslında o “hukuk kurallarıyla ve yargısal içtihatlarla engellenmeksizin bir politikayı zorlayabilmesini” ayrı idare mahkemelerinin temel avantajlarından biri olarak gördü. İdare hukukunun bütün özellikleri içinde hiçbirisi, doğru kullanıldığında kamu yararı için, mahkemenin önüne gelen davalara belirli bir alandaki toplumsal gelişme politikasına yardımcı olmak amacıyla karar verme yetkisinden ve uyuşmazlığa yaklaşımlarını bu politikanın gereklerine uyacak şekilde ayarlamalarından daha avantajlı değildir.²⁵³

Aynı grubun küçük kolları bu görüşleri daha ileriye taşımıştır. Profesör W. Friedman²⁵⁴ “The Planned State and the Rule of Law” (Planlı Devlet ve Hukuk Devleti) başlıklı makalesinde önce, geleneksel özgürlükleri tahrip etmek isteyen herkesin yaptığı gibi, hukuk devletini “yeniden tanımlama”ya girişiyor.²⁵⁵ Friedman’a göre, “en yüksek kanun koyucu olarak Parlamento her ne yaparsa o hukuktur.”²⁵⁶ Bu tabii ki Profesör Friedman’ın “hukuk devletiyle planlamanın bağdaşmadığının sadece önyargı ve cehaletle sürdürülebilir bir efsane olduğunu güvenle ileri sürmesine”²⁵⁷ olanak tanımaktadır. Bu yazarın görüşleri şimdi çok yaygın kullanılan bir ders kitabında da yer almaktadır.²⁵⁸ Fakat bu kitapta yazarın karşı çıktığı görüşler yanlış alıntılarla tanınmayacak hale getirilmiştir. Bu grubun başka bir üyesinin²⁵⁹ *Kölelik Yolu* kitabında sorduğum “Hitler’in sınırsız yetkilerini anayasaya uygun olarak kazandığını varsayarak, hukuk devletinin hala Nazi Almanya’sında hakim olup olmadığı” şeklindeki retorik soruyu ciddi olarak cevaplamasına şaşırabilir misiniz?

²⁵² *Ibid.* s. 506.

²⁵³ *Ibid.* s. 572/3.

²⁵⁴ W. Friedman, *The Planned State and the Rule of Law*, Melbourne 1948, tekrar basım *Law and Social Change in Britain*, Londra 1951. Referanslar bu yeni basıma ait olabilir.

²⁵⁵ *Ibid.* s. 281: “Bizim yaptığımız gibi tasarlanmış bir toplumda yaşamak yasal analizlerin amaçları için bunu kabul etmeliyiz ve özellikle hukukun üstünlüğünün yeniden tanımlanması için.”

²⁵⁶ *Ibid.* s. 284.

²⁵⁷ *Ibid.* s. 310.

²⁵⁸ W. Friedman, *Legal Theory*, 2. baskı Londra 1949. Doğru atıf yapabileceğini varsaymamız gereken bu hukukçu, kitabının 458. sayfasında benim Kölelik Yolu’nda yaptığım hukuk devleti tanımını alıntılarken kırk altı kelimedenden beşini ve benim yapmak istediğim vurguyu tamamen değiştirerek aktarmaktadır.

²⁵⁹ Aynı grubun üyeleri olarak H.B. Laski, I. Jennings, W.A. Robson ve H. Finer’in tanımlaması için bakınız I. Jennings, “Administrative Law and Administrative Jurisdiction”, *Journal of Comparative Legislation*, 3. seri, XX, 1938, s.103.

“Cevap evettir; çoğunluk haklı olabilir: Eğer çoğunluk onu yetkili kılsa hukuk devleti yürürlükte olacaktır. Çoğunluk makul olmayabilir ve kötü olabilir fakat hukuk devleti hakim olur. Çünkü bir demokraside hak, çoğunluğun olmasını istediği şeydir.”²⁶⁰

Tabii ki burada günümüzün hayati kafa karışıklığını en aşikar biçimde görmekteyiz.

24. Amerika'da Hukuk Devletinin Çöküşü

Sosyalist hareketin uygulamada çok az ilerleme kaydettiği Birleşik Devletlerde, burada bahsettiğim eğilimlerin de daha az gelişmiş olması beklenebilir. Halbuki durum böyle değildir. Beklenenin aksine, idare alanında hukuk teorisyenlerinin en büyük etkiyi yaptığı ve halk ve yasama organının pek farkında olmadığı burada, onlar halihazırda hukuk devleti idealinden çok uzaklaşan bir idare hukuku anlayışı geliştirdiler. Bu görece kısa bir zamanda gerçekleşti ve on dokuzuncu yüzyılda Amerika'da idarî takdir yetkisi üzerindeki kontrol muhtemelen diğer ülkelerde olduğundan çok daha sıkı ve etkin olduğundan, olağanüstü çapta bir değişim anlamına geliyordu. Bu durumu değiştiren gelişmeler New Deal'ı hazırlayan aynı entelektüel hareketin bir parçasıdır ve ideolojik alanda, burada bizi ilgilendiren meseleler üzerindeki çatışma hiçbir ülkede gerçek liberaller ile Birleşik Devletlerde kendilerini liberaller olarak adlandıran sosyalistler arasında ABD'de yaşanan çatışmadan daha açık olmamıştır.

Amerikan tartışmasının özel niteliği, mahkemelerin Federal Anayasa ve eyalet anayasalarının çoğuna bağlı olarak, yönetsel faaliyet hatta yasama faaliyeti üzerinde elde ettiği geniş kapsamlı yetkiler tarafından belirlenmiştir. Buna karşı tepkiler daha Birinci Dünya Savaşı öncesinde başladı ve bir pratik politika sorunu olarak mahkemelerin yetkilerini kısıtlamayı kampanyasının ana meselelerinden biri yapan Senatör La Follette'nin başkanlık seçimi kampanyasında en yüksek noktasına ulaştı. O zamandan beri Birleşik Devletlerde geniş yönetsel takdir yetkisinin savunucusu ve yönetimin hukuk tarafından sert bir şekilde sınırlanmasının düşmanı haline gelenler sözde ilericiler ya da radikallerdi.

1921 gibi erken bir dönemde en güzide Amerikan hukuk öğrencilerinden biri olan Harvard Üniversitesinden Dekan Roscoe Pound ,

“mahkemeler ve hukuktan uzaklaşan ve yürütme ve hatta yasama adale-

²⁶⁰ Herman Finer, *Road to Reaction*, Boston 1945, s. 60.

tinin yeniden canlanması ve keyfi idari yetkilere güven şeklinde ortaya çıkan hukuksuz adalet anlayışına dönme eğilimi²⁶¹nden söz edebiliyordu.

Haklı olarak bu eğilimi on altıncı yüzyıldaki İngiliz gelişmeleriyle mukayese ediyordu. Bu hareket bütün bir hukuk teorisyenleri okulundan güçlü destek almıştır. 1920'lerin sonu ve 1930'ların başında yasama ve yargısal gelişmeler üzerinde derin bir etkide bulunan bu çeşit yayınlar akımı görüldü. Burada bu literatürün en karakteristik ve etkili çalışmalarından sadece bir ya da ikisine işaret edeceğim. Bunlar arasında *İnsanların Değil Hukukun Yönetimi* şeklindeki Amerikan geleneğine bir cephe saldırısı başlatan oldukça üretken bir yazar olan Profesör Charles G. Haines bu başlık altındaki bir makalesinde yalnızca bütün ideali bir "ilizyon"²⁶² olarak nitelenmekle kalmamış, aynı zamanda Anayasayı yapanların idealinin tamamen aksine Amerikan halkının "kamu işlerinde insana güven teorisine dayalı bir yönetim kurmasını"²⁶³ ciddi olarak da savunmuştur.

Muhtemelen bu türün en karakteristik ve semptomatik örneği, elde ettiği başarı açısından da önemli olan fakat bugünün okurları için anlaşılması zor bir kitap 1930'da mevcut U.S. Yargıci Jerome Frank tarafından *Law and the Modern Mind* (Hukuk ve Modern Düşünce) başlığıyla yayınlanmıştır. Bu çalışma hukukun belirliliği idealine yönelik şiddetli bir saldırı içermektedir. Yazar bu eserde psikanaliz yardımıyla bu ilkenin "otoriter bir baba için çocukça bir ihtiyaç"²⁶⁴tan doğduğunu ileri sürerek alay etmeye kalkışmaktadır. Genel kurallar koyarak belirliliği sağlama çabaları üzerindeki bu saldırı, gayri şahsi adalet prensibine genel bir saldırı ve geniş takdir yetkisi için bir savunmaya dönüştü.

1920'lerin sonuna kadar bu gelişmenin sonucu olarak aşağıdaki ifadelerin nasıl yaygın bir doktrin haline geldiğini burada detaylı olarak göstermek için zamanım yok:

"her kamu görevlisinin hukuk tarafından kendisi için sınırları çizilmiş kesin bir 'yetki' alanı vardır. Bu alanın sınırları içinde kendi takdirine göre özgürce davranabilir ve mahkemeler de onun fiiline nihai olarak saygı duyacaktır ve doğrulu-

²⁶¹ Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, New York 1921, s. 72.

²⁶² C.G. Haines, *A Government of Law or a Government of Men. Judicial or Legislative Supremacy*, University of California, Los Angeles, 1929, s. 37.

²⁶³ Ibid. s.18.

²⁶⁴ Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, New York (1930), 6. baskı 1949, s. 21; ayrıca bakınız s. 118.

ğunu soruşturmayacaktır. Fakat eğer bu sınırları aşarsa mahkemeler müdahale eder. Bu şekilde kamu görevlilerinin fiillerinin mahkemelerce denetlenmesi hukuku, basitçe hukukun bir dalı, ultra vires (doktrini) haline gelir. Mahkemenin önündeki tek sorun yetki sorunudur ve mahkeme görevlinin bu yetkisi dahilinde takdir kullanmasını kontrol edemez.”²⁶⁵

Birleşik devletlerin ikinci Dünya Savaşına girmesinden az önce İngiltere’de on yıl daha önce meydana geldiği gibi bazı grupların endişesine sebep olan bu gelişmeler resmi bir soruşturma komitesinin, U.S. Attorney General’s Committee on Administrative Procedure (Birleşik Devletler Baş Savcısının İdarî Usul Komitesi) atanmasına yol açtı. Komitenin çoğunluğu Raporlarında olup bitenlerin bir bütün olarak hem kaçınılmaz hem de zararsız olduğunu ifade etme eğilimindeydi. Bu raporun karakteri muhtemelen en iyi şekilde Dekan Roscoe Pound’un raporun analizine hasrettiği bir makalenin sonuç pasajlarında anlatılmıştır.²⁶⁶

“Tamamen kasıtsız olsa bile (Komitenin) çoğunluğu tüm dünyada yükselmekte olan mutlakiyetçiliğin bir evresi olan idarî mutlakiyet çizgisinde hareket etmektedir. Hukukun ortadan kalkması, hukukun olmadığı bir toplum, ya da tek bir hukukun yani yasaların değil idari emirlerin olduğu toplum düşünceleri; haklar diye bir şeyin olmadığı ve hukukun sadece devlet yetkilerinin uygulanması için gözdağı olduğu, kurallar ve prensiplerin batıl inanç ve hayır dileklerinden başka bir şey olmadığı yönündeki doktrinler, kuvvetler ayrılığının demode bir on sekizinci yüzyıl düşüncesi olduğu, ortak hukuktaki hukukun üstünlüğü (supremacy of law) doktrininin terkedildiği, ve ‘ikincil (subordinating) hukuk’ niteliğinde bir kamu hukuku yorumu, bireyin çıkarlarına kamu görevlisinin çıkarları karşısında ikincil nitelik vermek, kamu görevlisinin uyuşmazlığın taraflarından birisinin kamu yararı açısından daha yararlı olduğunu tespit ederek ona önem verip diğerini yok saymasına izin vermek ve son olarak hukukun resmî olarak yapılan herşey olduğu ve dolayısıyla resmi olarak yapılan herşeyin hukuk olduğu şeklindeki teori ve hukukçuların eleştirilerinin dışında- çoğunluğun önerilerinin değerlendirilmesi gereken sahne budur.”

25. Özgürlükçü Devlet Adamları İçin Ödev

Fakat geçmiş hakkında konuşmayı kesmeliyim. Umarım söylediklerim şimdi dünyanın her yerinde uzun bir süredir hakim olan eğilimlerin yarattığı teh-

²⁶⁵ John Dickinson, *Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States*, Cambridge, Harvard University Press, 1927, s. 41.

²⁶⁶ Roscoe Pound, “Administrative Procedure Legislation for the Minority Report.” *American Bar Association Journal*, November 1941, s. 678.

likeleri açık hale getirmiştir. Kalan kısa süreyi bu dersin başında değindiğim meseleye dönmek için kullanarak, eğer bu gelişmeye set çekmek ve gelecekteki evrimi özgürlüğün devamını ve hukuk devletini mümkün kılabilecek sınırlar içinde tutmak istiyorsak hala ne yapabiliriz diye sormalıyım.

Eğer bizim amacımız kendiliğinden (spontane) bir düzen oluşumunu desteklemek ve cebir kullanımını mümkün olduğu kadar sınırlamaksa ana görevimiz toplumun spontane güçlerinin mümkün olduğu kadar yararlı çalışmasını sağlamak için kurallarımızı tadil etmemiz olmalıdır. Bunu yapabilmemiz için gereken ilk şey bu güçlerin çalışma şeklini anlamayı öğrenmektir. Gelişmiş bir toplumda güvenmek zorunda olduğumuz güçler arasında en önemlileri, sadece mümkün olduğu kadar veya en azından farklı alanların doğasının izin verdiği ölçüde çok rekabetin gerçekleştirilebilmesi durumunda arzu edilen bir biçimde işler görecektir olan piyasa güçleridir. Dolayısıyla birinci görev, rekabetin etkili bir şekilde işlemesi için uygun bir yasal çerçeve yaratmak olmalıdır. Bu sistematik olarak asla ele alınmayan ve hala yapılması gereken çok şeyin olduğu bir görevdir. Hala kurallarımızı rekabetin kasıtlı olarak yasaklanması ve suni kısıtlıkların yaratılması ihtimallerini minimize edecek biçimde şekillendirmeyi öğrenmek zorundayız. Belki de böyle zararlı çabaları tamamen bertaraf etmede asla başarılı olamayabiliriz. Fakat monopolün bazı otoritelerin keşfedebileceği varsayılan avantajları konusunda çok kuşkulu olmama rağmen olağanüstü verimliliğe ya da fevkalade büyük ölçekte bazı tek firmalara dayanan geçici monopollerin sıkça ima edildiği kadar zararlı olduğuna da ikna olmuş değilim. Hukukun ilgili kurallarını özellikle de şirketler hukuku ve sınaî patent hukukunu akıllıca düzenlememiz ve daha da önemlisi hükümetlerin koruma ve benzer önlemlerle kasıtlı olarak monopollerini teşvik etmekten kaçınması durumunda, çapını ciddi bir problem olmayacak bir noktaya çekebileceğimize inanmaya meyilliyim. Geçmişte bu yöndeki çabaların açık başarısızlığının nedeni kısmen birçok alanda ortaya çıkması muhtemelen imkan dahilinde olmayan “tam” rekabet gerçek dışı idealini bir standart olarak kullanmamız; ve daha da önemlisi rekabeti genel bir kural olarak görme ve “ticareti kısıtlamaya” yönelik her türlü çabayı hukuk dışı görme konusundaki isteksizliğimizden kaynaklanmıştır. Bu alanda daima olagelen ve hala yaygın olan, sadece başarısızlığa neden olmakla kalmayan aynı zamanda ciddi tehlikelerle dolu bir eğilim bulunmaktadır: Sadece kısa vadeli etkilerinden hoşlandığımız yerde rekabete izin verme ve sadece gözle görülebilir şekilde zararlı olduğu zaman rekabetin kısıtlanmasına karşı

çıkma eğilimi. Bu sadece uygulanamaz değildir, fakat aynı zamanda piyasayı denetleme yetkisi verdiğimiz makamlara keyfi ve takdiri yetkiler vermemizi de kaçınılmaz hale getirir, ve böylece piyasanın spontane güçlerine dayanan bir sistemin bize ortadan kaldırma imkanı verdiği bir unsur yeniden ortaya çıkar. Bu hususta büyük sınai ülkelerin anti-kartel ve anti-tröst politikalarındaki modern eğilimden asla mutlu değilim. Aslında hukukun genel kurallarının izin verdiği alanlarda idari otoritelere takdirî müdahale yetkisi tanımakla, monopolün bazı derecelerine katlanmak birbirinin alternatifi olsaydı, ben kesinlikle ikinciyi tercih ederdim. Fakat önümüzdeki pratik sorunun bu olduğunu düşünmüyorum çünkü daha önce belirttiğim gibi, eğer sadece mümkün olan her yerde rekabete uygun koşullar yaratmak isteseydik, eğer ciddi olarak isteseydik muhtemelen monopolün tehlikelerini önemsiz oranlara kadar sınırlayabilirdik.

Bu konuları bütün ayrıntısıyla tartışabilmek için bu tür bir kursun şimdi olduğu gibi sonunda değil, başında olmak gerekirdi. Ekonomik mevzuatın özellikle önemli bir alanıyla ilgili olarak söylediklerim, elbette bu derslerin konusu olan genel ilkenin uygulanmasının gösterilmesinden başka birşey değildir. Ciddi bir tartışma, modern ekonomik ve sosyal politikanın bütün alanlarını kapsamlı ve genel ilkeye uygun düzenlemelerin neler olabileceğini göstermeye çalışmalıydı. Bu şimdi kalkışamayacağım bir şey ve vermiş olduğum resmin böyle bir tartışmanın taşınması gereken genel nitelikleri göstermeye yeterli olmasını ümit ediyorum.

Devletin faydalı ve başarılı olarak yapabileceklerine koymaya çalıştığım sınırlar, ilk başta görüldüğü kadar dar olmasa dahi, son yarım yüzyıl boyunca geçerli olan inançlarla büyümüş olanlar için yine de hayal kırıcı ve üzücü gözükabilir. Fakat bu zaman boyunca başımıza gelen kötülüklerin çoğunun büyük ölçüde devletin harikalar yaratmasını ümit etmiş olmamızdan kaynaklandığına tamamen ikna oldum ve eğer özgür bir medeniyetin gerekli olan yaratıcı güçlerini korumak istiyorsak ilk gereklilik bu alandaki arzularımızı makul oranlara indirmemizdir. Devlet faaliyetleriyle asla bir Ütopya yarata-mayız. Unutmamalıdır ki hala her zaman olduğu kadar gerçektir ki;

İnsan kalbinin katlandığı bütün acılar içinde

Kralların veya devletlerin çare bulabilecekleri ne kadar azdır

Bu dizelerin 18. yüzyılda yazılmasından bu yana öğrendiğimiz tek şey, muhtemelen devletin sebep olabileceği kötülüklerin o dönemde hayal edilen-

lerden de daha büyük olduğudur. Bizim neslin öğrendiği ana dersin devlet faaliyetleri için yeni bir sınır bulmamız gerektiği olduğuna inanıyorum. Bu sınır mantıklı deneyimler için geniş bir alan bırakmalı fakat bütün sosyal ve siyasal faaliyetlerin esas nedeni olarak bireyin özgürlüğünü güvence altına almalıdır. Bu derslerin bütün amacı eğer antik hukuk devleti idealini diriltmeye ve geliştirmeye istekli olursak böyle bir sınır bulabileceğimizi anımsatmaktır.

