

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE ANAYASAL DEMOKRASİNİN MEŞRUIYETİ

Michel Rosenfeld*

İlk olarak "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy" başlığıyla Southern California Law Review'da (Vol. 74, 2001, ss. 1307-1352) yayımlanan makalenin çevirisi yazarın izniyle yayımlanmaktadır.

Türkçesi

Volkan Aslan**

THE RULE OF LAW AND THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

Michel Rosenfeld

The original article first appeared at Southern California Law Review (Vol. 74, 2001, pp. 1307-1352) with the title "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy" and this translation has been published with the permission of the author.

Translated by

Volkan Aslan

* Yeshiva Üniversitesi, Benjamin N. Cardozo Hukuk Fakültesi'nde Hukuk Profesörü. Yazar, Arthur Jacobson ve Frank Michelman'a çalışmanın taslağına ilişkin yaptıkları yorumları ve önerileri için teşekkür etmek ister.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, volkan.aslan@istanbul.edu.tr. Metni özgün makale ile karşılaştıran değerli hocam Prof. Dr. Mehmet Tefik Özcan'a bu vesileyle şükranlarımı sunarım.

I. GİRİŞ

Hukukun üstünlüğü, Doğu Avrupa ve diğer ülkelerdeki otoriter ve totaliter rejimlerden¹ anayasal demokrasilere² geçişlerdeki rolü de dikkate alındığında; çağdaş anayasal demokrasinin temel taşlarından biri olarak dikkat çekmektedir.³ En geniş ifadeyle hukukun üstünlüğü, devletin yurttaşları yalnızca resmi olarak ilan edilen hukuk kurallarına tabi kılmasını, yasama ve yargı erklerinin birbirinden ayrı olmasını ve devlet kademelerinde bulunan kişilerin de hukuka tabi olmasını gerektirir. Bu bağlamda, modern anayasacılığın üç temel ve olmazsa olmaz niteliği, devlet gücünün sınırlanması, hukukun üstünlüğüne bağlılık ve temel hakların korunmasıdır.⁴ Hukukun üstünlüğü ilkesinin yokluğunda, çağdaş anayasal demokrasi tasavvur dahi edilemez. Bununla birlikte, hukukun üstünlüğü ilkesinin anayasal demokrasiyi destekleyerek, işlemlerini temin etmek için üstleneceği özel role uygun olarak sahip olması gereken kusursuz niteliklerin ne olması gerektiği veya anayasal demokrasinin meşruiyetine katkıda bulunması için sahip olması gereken niteliklerin ne olması gerektiği pek de açık değildir.

¹ Otoriter ve totaliter rejimler arasındaki farklara ilişkin tartışmalar için bkz: JUAN J. LINZ & ALFRED STEPAN, PROBLEMS OF DEMOCRATIC TRANSITION AND CONSOLIDATION (1996).

² Bkz: Michel Rosenfeld, Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity, in CONSTITUTIONALISM, IDENTITY, DIFFERENCE, AND LEGITIMACY 3, 3 (Michel Rosenfeld ed., 1994) [bundan böyle "Rosenfeld, Modern Constitutionalism" olarak anılacaktır].

³ Bkz: e.g., Mark F. Brzezinski & Leszek Garlicki, Judicial Review in Post-Communist Poland: The Emergence of a Rechtsstaat?, 31 STAN. J. INT'L L. 35, 35 (1995); Krisztina Morvai, Retroactive Justice Based on International Law: A Recent Decision by the Hungarian Constitutional Court, E. EUR. CONST. REV., Fall 1993/Winter 1994, at. 32; Special Report: Retroactivity Law Overturned in Hungary, E. EUR. CONST. REV., Spring 1992, at 7, 7-8.

⁴ Rosenfeld, Modern Constitutionalism, supra note 1, at 3.

Her ne kadar hukukun üstünlüğü ile anayasal demokrasinin el ele ilerlediği çoğunlukla düşünülse de; daha derin bir inceleme, anayasacılık ile demokrasinin her zaman uyum⁵ içerisinde olmadığını gösterecektir; ki bu durum da hukukun üstünlüğü ile demokrasi arasında çatışmaya yol açar. Ayrıca, anayasacılık bünyesindeki hukukun üstünlüğü ilkesinin rolü ve kapsamı muğlaktır; zira hukukun üstünlüğü ilkesi, anayasacılığın temel niteliklerinden yalnızca biri olmasına rağmen yukarıda bahsedilen diğer iki önemli niteliği kapsayacak şekilde ele alınabilir. Gerçekten, yazılı bir anayasa uygulanan hukukun içinde⁶ yer alır ve dolayısıyla devletin gücünü sınırlayan hükümler ile temel hakların korunmasına özgülenmiş hükümler, ilgili anayasal sistem tarafından tesis edilen hukukun üstünlüğü rejiminin parçası haline gelebilirler. Ayrıca, hukukun üstünlüğü, anayasacılığın rüzgârıyla tüm alanı kuşatabileceği gibi;⁷ öngörülen anayasal düzenin sürdürülmesinde sınırlı bir rol de üstlenebilir.⁸

⁵ Bu durum, ünlü "karşı-çoğunlukçu" güçlüğün manifestosudur. Bkz: infra, 30.dipnota eşlik eden metin. Her ne kadar bu güçlük, anayasal hakların yargısal yorumu bağlamında düşünülse de, en azından bazı hakların kendi yapıları ile ilgili olarak da ele alınabilir.

⁶ Bkz: e.g., Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 176-77 (1803) (Bu kararda Anayasanın, ülkenin en üstün hukuk kuralları olarak doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu belirtilmektedir.)

⁷ Bu durum, Anayasa'nın, devletin güçleri ve insan haklarının yapısı ve kapsamını tanımlaması ve bunların yasalar eliyle gerçekleştirilmesi veya yargısal olarak yorumlanması ve hukuk normları gibi işlenmesi suretiyle olabilir.

⁸ Bu durum, Anayasa'nın kuvvetler ayrılığını öngörmesine rağmen bu ayrılığın yaşama geçirilmesini politik sürece bırakması halinde söz konusu olabilir, bkz: Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority, 469 U.S. 528, 547-557 (1985) (Söz konusu karar, ABD'deki federal devlet ile federe devletlerin güçlerinin sınırlarına ilişkin tartışmaların, federe devletlerin ilgilerinin bir birleşimi, kompozisyonu olarak, ulusal yasama organına bırakılması gerektiğine işaret etmektedir.), ya da bir takım temel hakların özel koruma için seçilmiş olması halinde bunların yaşama geçirilmesini yargı organına değil de devletin idari birimlerinin takdirine bırakabilir.

Yukarıda bahsedilen hususlar bir arada düşünüldüğünde, “hukukun üstünlüğü” ilkesinin neyin karşısında olduğu açıkça anlaşılmalı; neyin tarafını tutup yanında yer aldığı konusunda bir fikir birliğinin bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Söz konusu sorunun önemli nedenlerinden biri olarak da üzerinde yaygın bir uzlaşmanın olmadığı, betimleyici ve normatif içerikten kaynaklanan “hukukun üstünlüğünün esasen tartışmalı bir kavram olması” olgusu gösterilebilir.⁹ “Özgürlük” ve “eşitlik” kavramlarında olduğu gibi, “hukukun üstünlüğü” ilkesinin betimleyici anlamı, kendisine isnat edilen normatif anlama bağlıdır; ki, oldukça karmaşık çağdaş devlet yapılanması ve politikalar bağlamında değişime açık normatif standartlar açısından bu konuda da etkin anlaşmazlıkların olacağı muhtemeldir.¹⁰ Buna uygun olarak hukukun üstünlüğü; Anglo- Amerikan *Rule of Law*, Alman *Rechtsstaat* ve Fransız *État de droit* anlayışları arasındaki karşıtlıkların açıkça gösterdiği gibi, farklı hukuk gelenekleri açısından farklı anlamlar ifade etmektedir.¹¹ Hatta salt bir gelenek içerisinde, hukukun üstünlüğünün yalnızca değilse de büyük ölçüde usule ya da esasa ilişkin mi olması; yahut esas olarak öngörülebilirlik veya adillikle mi ilgilenmesi gerektiği dahi açık değildir. Son olarak en azından anayasal demokrasi bağlamında denilebilir ki; hukukun üstünlüğünün bir çelişki (paradoks) üzerine dayandığı

⁹ Bkz: Richard H. Fallon, Jr., “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse, 97 COLUM. L. REV. 1, 1, 7 (1997).

¹⁰ Analitik amaçlar için tartışma konusu kavramların normatif ve betimleyici yönlerini ayrı tutmak önemli olsa da, söz konusu kavramların hiçbir formülasyonu ikna edici olamaz; meğer ki, hem normatif hem de betimleyici unsurlarını ihtiva etsin. Örneğin, katı hukuk kurallarının mekanik olarak uygulanıp uygulanmamasının “hukukun üstünlüğünün” yaşama geçirilmesini soyut olarak belirlemesi mümkün değildir. Eğer uygun normatif amaç, öngörülebilirliği sağlamaksa bu gayet mümkün olabilir. Ancak eğer, temel normatif amaç adaleti temin etmek ise, katı kurallara mekanik bir bağlılık hukukun üstünlüğünün gereksinimleri ile bir arada yaşayamaz.

¹¹ Söz konusu gelenekler arasındaki farklar için bkz: *infra* Parts III.-V.

görülmektedir. Anayasal demokrasi için gereken kurumsal çatı bakımından ve hukuk eliyle çoğunluğun arzusunun yaşama geçirilmesi bakımından hukukun üstünlüğü, kararlı bir şekilde devletin tarafında yer alırken; yurttaşın karşısında bir tavır almaktadır.¹² Buna karşın, temel anayasal hakların korunması ile bağlantılı olarak; yurttaşlar tarafından devletin hukuk kurallarına ve politikalarına karşı en azından anayasa hukukuna müracaat edilebildiği ölçüde hukukun üstünlüğü ilkesinin yurttaşın tarafında yer aldığı görülmektedir.

Çağdaş çoğulcu toplumlarda, hukukun üstünlüğü ilkesinin anayasal demokrasinin meşruiyetini sağlamaya bir katkıda bulunup bulunmadığını ve eğer bulunuyorsa bunun nasıl olduğunu belirleyebilmek için, yukarıda bahsedilen sorunlarla uğraşmak gerektiği gibi, “hukukun üstünlüğü”, “meşruiyet” ve “çoğulcu toplum” kavramlarına ilişkin anahtar niteliğinde olan ön sorunlarla da meşgul olmak gerekmektedir. İkinci bölümde söz konusu ön sorunlara kısaca değinirken, hukukun üstünlüğü ilkesinin her üç farklı hukuk geleneğinde hakim olan kavramlarına ilişkin gerekli hukuki nitelikleri üzerinde yoğunlaşacağız. Üçüncü bölümde, Alman *Rechtsstaat* anlayışını; dördüncü bölümde Fransız *État de droit* nosyonunu ve beşinci bölümde de Anglo-Amerikan *common law* geleneği temelinde “hukukun üstünlüğü ilkesinin” işlenmesini ele alacağız. Altıncı bölümde, çoğulcu bir toplumda anayasal demokrasinin meşrulaştırılması için hukukun üstünlüğünün yerine getirmesi gereken şartlara değineceğiz. Özellikle usule ve esasa ilişkin koruma mekanizmaları arasındaki karşıtlıklar ve farklılıklar ile hukuk ve politika arasındaki ayırt edici noktalar üzerinde- Eleştirel Hukuk Çalışmaları (Critical Legal Studies) taraftarlarının, hukuku politika sınırları içine indirgemeye yönelik eğilimlerine özel olarak gönderme

¹² Bir yurttaşın adil olmayan veya baskıcı olduğunu düşündüğü, ancak usulüne uygun olarak meşru yasama organınca yaratılan hukuk kurallarına uygun davranmaya mecbur bırakılması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Daha geniş bir açıklama için bkz: *infra*, 30-41. dipnotlara eşlik eden metin.

yapmak suretiyle- yoğunlaşacağız. Yedinci bölümde, hukukun üstünlüğü ilkesinin, özellikle *common law* geleneğinin hakim olduğu yerlerde, öngörülebilirlik ihtiyacı ile adil olma ihtiyacını nasıl bağdaştırabileceğini inceleyeceğiz. Son olarak da, anayasal demokrasinin meşruiyeti için zorunlu olan şartların, salt hukukun üstünlüğü ilkesi ile sağlanmasının mümkün olmadığını açıkladıktan sonra; sekizinci bölümde, hukukun üstünlüğü ilkesinin her şeye rağmen söz konusu meşruiyette oynayabileceği rol üzerinde duracağız.

II. ARKAPLANDAKİ ÖNKABULLER: ÇOĞULCULUK, BİR RIZA OLARAK MEŞRUIYET VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ İÇİN GEREKEN ASGARİ ŞARTLAR

Hukukun üstünlüğünün mevcut bulunduğu arzu edilen bir anayasal demokrasinin kendiliğinden ortaya çıkmasını beklemek pek olası bir durum değildir. Anayasal demokrasi gerçekten, yirminci yüzyılın ikinci yarısında yerini aldığı totaliter veya otoriter rejimlerle kıyaslandığında, vazgeçilmez görülmektedir. Zira söz konusu rejimler, hukukun üstünlüğünü yok saymış, ihlal veya suiistimal etmiş; muhatap oldukları insanları da mağdur etmiştir. Ancak yine de bu durum, hukukun üstünlüğüne dayalı anayasal demokrasinin her zaman vazgeçilmez veya en iyi seçenek olduğu anlamına gelmemektedir. Zira bazı durumlarda anayasal demokrasi gereksiz, hatta istenmeyen bir rejim olarak görülebilir. Örneğin, son derece dindar olan ve çoğunluk tarafından doğrudan ilahî emirler aldığına inanılan, yüceltilen bir lider tarafından yönetilen, birbirine sıkıca bağlı bireylerden oluşan türdeş (homojen) bir toplumda, dine dayalı bir yönetim (teokrazi) anayasal demokrasiye göre çok daha uygun görülecektir. Böyle bir toplumda, hukukun üstünlüğünün ya da hâkimiyetinin olması çok düşük bir ihtimalken; dini liderler tarafından bildirilen talimat ve emirler toplum hayatında en önemli yeri işgal edecektir.

Buna karşılık, “iyi” kavramına ilişkin çeşitli rakip anlayışların hakim olduğu, ayrışık (heterojen) toplumlarda, asgari baskı ile politik uyumu başarmak açısından anayasal demokrasi ve hukukun üstünlüğü

ilkesine bağlılık vazgeçilmez olacaktır.¹³ Söz konusu ayrışık toplumlar, ayrıca bilfiil çoğulcu olarak da nitelendirilebilir.¹⁴ Zira bir toplum, eğer etnik, dinsel, dilsel, kültürel veya ideolojik çizgilerle ayrılmış veya bir diğer deyişle aynı değerleri ya da iyi kavramına ilişkin anlayışları paylaşmayan farklı gruplar barındırıyorsa fiili olarak çoğulcudur. Hatta mensuplarının kendi bireysel “iyi”sinin peşinde koşmaya hakkı olduğu ve “iyi” kavramına ilişkin bireysel anlayışa sahip, türdeş (homojen) bir toplum dahi fiilen çoğulcu olarak vasıflandırılabilir.¹⁵ Kısaca, bir toplum, grup düzeyinde yahut birey düzeyinde çoğulcu olması halinde fiili olarak çoğulcu kabul edilebilir. Buna uygun olarak, tüm Batı demokrasileri ve hatta birçok çağdaş ulus devlet fiili olarak çoğulcu kabul edilebilir.

Fiili olarak çoğulcu toplumlarda yer alan insanlar, aynı değer ya da ilgileri paylaşmadıkları için, böyle bir toplumun temel siyasi kurumlarının meşruiyeti; eninde sonunda söz konusu kurumlara tabi olan insanlar arasında var olan bir çeşit rızaya dayalı olacaktır. Zira kurumsal meşruiyeti ve politik adaleti “rıza” çerçevesinde tasarlayan köklü bir gelenek söz konusudur. Söz konusu gelenek, Hobbes, Locke,

¹³ İhtilafli veya insanlar arasında bariz mesafelerin bulunduğu toplumlar, işleyen bir anayasal demokrasiye destek olmak için gerekli vasıtalara sahiptir. Bkz: LINZ supra note 2, at 7–11 (“güçlendirilmiş demokrasinin” 5 sahası olduğunu belirtmektedir: 1) sivil toplum; 2) bir ölçüde özerk politik toplum; 3) hukukun üstünlüğünün yaşama geçirilmesi; 4) tutarlı bir devlet bürokrasisi ve 5) “kurumsallaşmış ekonomik toplum”).

¹⁴ “Fiili olarak çoğulculuk” için daha ayrıntılı açıklama ve “norm olarak çoğulculuk”tan nasıl farklılaştığına ilişkin bilgiler için bkz: MICHEL ROSENFELD, JUST INTERPRETATIONS: LAW BETWEEN ETHICS AND POLITICS 200– 03 (1998) [bundan böyle “JUST INTERPRETATIONS” olarak anılacaktır].

¹⁵ Daha açık bir ifadeyle, söz konusu toplum grup düzeyinde çoğulcu olamaz; ancak normatif olarak kişisel ilgilerin kabul edilebilir veya arzulanabilir olduğu ölçüde kişisel düzeyde çoğulcu olabilir. Dolayısıyla, böyle bir toplum, bireylerin normatif olarak özel ilgilerini ortak iyinin karşısında feda etmek zorunda kaldıkları homojen toplumların aksine, “fiili olarak çoğulcu” olabilir.

Rousseau, Kant¹⁶ ve daha yakın zamanlarda Rawls¹⁷ gibi yazarların felsefelerinde dile getirilen sosyal sözleşme teorisi eliyle kurulmuştur. En geniş anlamıyla, sosyal sözleşme teorisine göre iktidarın meşruiyeti, yönetilenlerin rızasına dayanır. Ancak, yeterli yahut uygun rızanın ne olması gerektiğine ilişkin, sosyal sözleşme taraftarlarının arasında bir uzlaşma yoktur. Bazılarına, örneğin Locke'a göre söz konusu rıza, yönetilenlerin güncel, fiili rızası iken;¹⁸ diğerlerine, örneğin Rawls'a göre toplumun temel kurumlarına ilişkin varsayımsal bir rıza yeterlidir.¹⁹ Öte yandan rıza, örneğin Habermas'ın hukukun meşruluğuna ilişkin oydaşma (konsensus) temelli söylem teorisinde olduğu gibi sosyal sözleşme örneklerinden farklı teoriler için de temel teşkil etmektedir.²⁰

Çeşitli rıza temelli teoriler arasındaki farklılıkları bir kenara bırakırsak; dışlayıcı olmayan, yani fiili olarak çoğulcu olan toplumlarda hem anayasal demokrasinin hem de hukukun üstünlüğünün normatif gerekçelendirilmesine dayalı olarak rıza temelli meşrulaştırma, meşrulaştırmanın en uygunu olarak gözükmektedir. Diğer yandan her ne kadar otoriter veya totaliter rejimlerle kıyaslandığında açık bir

¹⁶ Söz konusu filozofların benimsediği sosyal sözleşme teorilerinin ayrı ayrı olarak benzerlikleri ve farklılıklarına ilişkin karşılaştırma için bkz: Michel Rosenfeld, Contract and Justice: The Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory, 70 IOWA L. REV. 769 (1985) [bundan böyle "Rosenfeld, Contract and Justice" olarak anılacaktır].

¹⁷ JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971).

¹⁸ JOHN LOCKE, THE SECOND TREATISE OF GOVERNMENT ¶¶ 98–102 (J. Gough ed., 1976).

¹⁹ RAWLS, supra note 17, at 11–13.

²⁰ JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS 118–31 (William Rehg trans., 1996). Sosyal sözleşme teorisine varis olarak Habermas'ın teorisinin analizi için bkz: Michel Rosenfeld, Can Rights, Democracy, and Justice Be Reconciled Through Discourse Theory? Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law, in HABERMAS ON LAW AND DEMOCRACY: CRITICAL EXCHANGES 82 (Michel Rosenfeld & Andrew Arato eds., 1998) [bundan böyle "Rosenfeld, Rights Democracy" olarak anılacaktır].

çekiciliği olsa da; anayasal demokrasi, en azından iki farklı tür zorlamada bulunmak yoluyla baskıcı olabilir. Demokratik olduğu kadarıyla anayasal demokrasi, politik çoğunlukların arzularını gerçekleştirirken; politik azınlıkları belki de hiç benimsemedikleri, çoğunlukların amaçlarının gerçekleşmesine katkıda bulunmaya zorlar.²¹ Diğer taraftan anayasal demokrasi, temel hakları ve özellikle söz konusu haklardan çoğunlukların en üstün olarak düşündükleri amaçlarını yerine getirmelerine köstek olabilecek nitelikte olanları koruduğu ölçüde, anayasal hakların icrasının önemli miktarda baskıya yol açabileceği söylenebilir.²²

Aslına bakılırsa, mademki yurttaşlar doğru bulmadıkları ya da baskıcı buldukları hukuk kurallarına dahi tabiler; hukukun üstünlüğünün kendisinin bir parça baskıcı, zorlayıcı olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca yukarıda bahsedilen, anayasal demokrasi ile ilişkili baskı ya da zorlama türlerinin çoğunlukla hukukun üstünlüğü vasıtasıyla dayatılacağı da kuvvetle muhtemeldir. Özellikle, anayasa-altı kurallar, yurttaşların devlet destekli baskıya maruz kalmasını gerekçelendirirken; anayasal kurallar, yurttaşlara devlet destekli anayasa- altı kurallara karşı mücadele etme izni verir ve haliyle söz konusu anayasa- altı kuralların destekçisi olan kişileri hayal kırıklığına uğratabilir.

Anayasal demokrasi ve hukukun üstünlüğüne rıza göstermek, baskı ya da zorlamaları ortadan kaldırmayabilir; ancak söz konusu olumsuzlukları

²¹ Her ne kadar, çoğunluğu teskin etmek için dizayn edilen politikaların hepsi azınlıkların gözünden bakıldığında zorlayıcı olma ihtiyacı duymasa da, hiç şüphesiz çoğu için böyle bir ihtiyaç vardır. İki tane emsal vermek gerekirse; bir yurttaşın kesin olarak karşı olduğu bir savaş için orduda hizmet etmesi gerektiğinde veya iyi kavramına ilişkin fikirlerinin dikte etmesi sonucu kesinlikle karşı olduğu politikaları finanse etmeye yönelik vergi ödemesi gerekiyor ise, kesinlikle buna mecbur bırakılmış hissedecektir.

²² Örneğin, geniş bir kesim tarafından savunulan anti-pornografi yasasının, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle iptal edilmesi, söz konusu yasanın taraftarlarıncı yaşam tarzlarının korunması için hayati olan iffet ve ahlaka ilişkin amaçları köstekleyebilir.

meşrulaştırabilir. Muhtemelen, söz konusu rıza, birçok açıdan sözleşmelerde var olan rızaya benzemektedir.²³ Hukuken geçerli bir sözleşmede, sözleşmenin yapıldığı sırada var olan taraflar arasındaki serbest irade, sözleşme yapıldıktan sonra pişman olan tarafa karşı bile, sözleşmenin ileriki bir tarihte gerçekleşecek icrasını meşrulaştırır. Böylelikle, geçerli bir sözleşme ilişkisi içine giren taraf, sonradan düşüncesini değiştirmesi sonucu söz konusu sözleşmenin icrasının zorlayıcı-baskıcı olduğunu hissetse dahi; söz konusu baskı yalnızca ezici olmaktan öte her hususta geçerli bir rızadan kaynaklanmakta ve halen meşruluğunu korumaktadır. Benzer şekilde, eğer anayasal demokrasi ve hukukun üstünlüğü akla yatkın bir rıza temeli üzerinde gerçekten meşrulaştırılabilirse, söz konusu kavramların sırf baskıcı yahut zorlayıcı olması, meşruluklarının yadsınmasını gerektirmeyecektir.

Bir sözleşmede çok önemli olan husus, rızanın önceden (*ex ante*) tahmin edilmesi; yani hukuken bağlayıcı işlemin harekete geçirilmesinden önce var olmasıdır. Sözleşmenin ileriki aşamalara geçmesiyle tarafların ne olacağını öngörmesi ve her şeye karşın bu sözleşmeyi sürdürmeleri ile birlikte sonradan bu sözleşmenin aleyhlerine de olsa icrası, hem adil hem de özgürlük ile özerkliklerine saygı duyulması açısından uyumlu olacaktır. Buna paralel olarak, rızanın anayasal demokrasi ve hukukun üstünlüğünü de meşrulaştırdığının göz önüne alınması, önceden (*ex ante*) tahmin edilen bağlılığın sonuçlarını kestirilebilir kılmada önemli bir rol oynayabilir ve böylelikle yalnızca hukukun üstünlüğü rejiminin değil, onunla ilişkili olarak anayasal demokrasinin tehlikede olması halinde de- yurttaşların hukukun üstünlüğüne olan rızaları, meşrulaştırmanın kilit unsuru olabilir.

Hukukun üstünlüğünün ne olduğunu ya da nasıl bir potansiyele sahip olduğunu belirlemeden önce, asgari gereksinimlerinin izah edilmesi yoluyla ne olmadığını

öncelikle ve kısaca belirtilmesi önemlidir.²⁴ Bu bağlamda, “hukukun üstünlüğü” ile “kişilerin üstünlüğü” sık sık karşılaştırılır.²⁵ Bazı durumlarda, “kişilerin üstünlüğü” (ya da bugün için söyleyebileceğimiz şekliyle, “bireysel şahısların üstünlüğü”) genellikle, frenlenmemiş ve muhtemelen ne yapacağı belli olmayan bir şahsın aşırı ve potansiyel olarak keyfi olmaya eğilimli kişisel yönetimini akla getirmektedir. Günümüz dünyasında güdülen amaçlar bakımından, eğer hukuk, tek taraflı ve keyfi bir şekilde değiştirilebiliyor veya büyük oranda yok sayılıyor yahut yönetici ve yönetim kademesinde bulunanlar, fiilen ve sürekli olarak hukukun üstünde yer alıyor ise hukuk eliyle yürütülen bir yönetim dahi “kişilerin üstünlüğü” anlamına gelecektir. Dolayısıyla, hukukun üstünlüğü en azından, hukuk eliyle yürütülen ve genelleştirilmiş adil bir yönetimi, azımsanmayacak değerlerde hukuki öngörülebilirliği (herkese uygulanabilen, ilan edilen ve geniş ölçüde tatminkâr kurallar eliyle), yasama ve yargı fonksiyonları arasında önemli bir ayrılığı ve kimsenin hukukun üstünde olmadığı ilkesine yaygın bir bağlılığı gerektirir. Buna uygun olarak, bahsedilen asgari gereksinimleri karşılayan herhangi bir hukuki rejim, “dar anlamda” hukukun üstünlüğünün sağlandığı bir rejim olarak düşünülecektir.

Dar anlamda hukukun üstünlüğü, belki de “kişilerin üstünlüğüne”²⁶ yeğlenebilir; ancak bu durum meşru bir

²⁴ Bkz: Fallon, supranote 9, at 1 (Yazar, “hukukun üstünlüğünün ünlü, tarihsel bir ideal olduğunu; şu an için ifade ettiği anlamın belki de şimdiye kadar hiç olmadığı kadar muğlak olduğunu” ifade etmektedir.)

²⁵ Bkz: e.g., Marbury, 5 U.S. at 163 (1803) (“hukukun yönetimi” ile “kişilerin yönetiminin” karşılaştırması yapılmaktadır.)

²⁶ Devlet yönetiminde bulunanların, adil ve merhametli bir yönetime kendisini adayan cömert bir monarhın dizginlenmemiş yönetimi altında daha iyi bir durumda olmaları makul olabilir. Ancak, genel kural olarak, kamusal olarak yaşama geçirilen ve ağırlıklı olarak öngörülebilir hukuki rejime tabi olmak, tek bir hükümdarın ya da hukukla bağlı olmayan kolektif bir liderliğin gelip geçici merhametine tabi olmaksızın tercih edilir gözükmemektedir.

²³ Hukuktaki akit ile sosyal sözleşme arasındaki benzerlikler ve farklılıklar için bkz: Rosenfeld, Contract and Justice, supranote 16.

anayasal demokrasinin asgari gereksinimlerini tatmin etmeyi güden amaçlar için yetersiz kalacaktır. Gerçekten dar anlamda hukukun üstünlüğünün, köleliği, ırk ayrımını (apartheid) veya sayısız diğer baskıcı ve insanlıktan çıkaran, ancak bir yandan da hukukta temellenen, hukuk tarafından şekillendirilen ve hukuk eliyle uygulanan uygulamalar ve politikaları esas alan hukuki rejimlerle tamamiyle uyumlu olabildiği göz önünde bulundurulduğunda, dar anlamda hukukun üstünlüğü adil veya hatta demokratik olmaya mecbur değildir.²⁷ Dolayısıyla, meşru bir anayasal demokrasinin gereksinimlerini ölçmeye yönelik bir “hukukun üstünlüğü ilkesi”, dar anlamda hukukun üstünlüğünden çok daha fazlası olmak zorundadır.

Hukukun üstünlüğünün meşru olabilmesi için demokratik bir hesap verilebilirliğe, usuli adalete ve hatta belki de asli bir temele ihtiyaç vardır. Ancak, bu gereksinimlerin bir meşruiyet yaratmak için yeterli olmamakla birlikte giderilmesi kâfi gelebilir. Demokratik kurallar azınlıklara karşı baskıcı olabilir, usuli adalet belki de müstakil bir adaletsizliğin kendisi için önemli olan tedbirleriyle uyumlu olabilir, hukukun üstünlüğünün herhangi bir enstantanesinin koruduğu maddi değerler- özellikle iyiye ilişkin kavramların çatışmasının damga vurduğu çoğulcu uyarlamalarda- devlet kademesinde yer alanların önemli bir çoğunluğu tarafından reddedilebilir.

Belirtildiği üzere bir diğer zorluk da, anayasal demokraside yer alan hukukun üstünlüğü ilkesinin içerisinde yer alan yarıktan çıkmaktadır. Alelade hukuk

²⁷*Dred Scott* örneği, bu hususun olası örneğini- Yüksek mahkeme, köle sahibinin kölesi üzerindeki hukuki temele sahip mülkiyet hakkını federal hukuk ile bir federe devlet hukuku arasındaki çatışmayı çözerken bir anayasal hak olarak kutsal bir yere oturtmayı başarırken- sağlamaktadır. *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 393, 452 (1857) (Sahibi tarafından federal alana getirilen kölenin azat edilmiş olacağını öngören federal hukuk kuralının, “Fifth Amendment”(ABD Anayasasındaki 5.değişiklik) tarafından garanti altına alınan hukuk kuralları gereğince köle sahibinin devlet tarafından sağlanan mülkiyet hakkından yoksun bırakılması sonucunu doğuracağından, anayasaya aykırı olduğu ifade edilmiştir.

kurallarına karşı kalkan olarak anayasal hakların yurttaşlar arasında sıradan hukuk kurallarından çok daha fazla desteğe sahip olduklarını kabul etsek bile; bazı yurttaşların hala karşı oldukları anayasal hakların var olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin, kilise okullarına yapılan devlet yardımını destekleyen Amerikalılar için, Yüksek Mahkeme’nin Kuruluş Hükümü’nü (*Establishment Clause*) söz konusu yardımı yasaklayıcı olarak yorumlaması²⁸ gayet baskıcı görüldüğü gibi; hamileliği önleyici ilaçlara yönelik devlet yasaklaması da bu yasaklamaya anayasal özel haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle karşı çıkanlar tarafından baskıcı olarak görülmüştür.²⁹ Buna uygun olarak anayasal bir demokraside, bazılarınca tüm kurallar avantajlı veya kabul edilebilir olarak; bazılarınca da baskıcı veya zorlayıcı olarak düşünölmeye eğilimlidir.

Şu var ki, anayasal olsun ya da olmasın tüm hukuk kurallarının bazılarınca tasvip edildiği gibi bazılarınca da reddedildiği göz önünde bulundurulduğunda bu durumun anayasal demokraside yer alan hukukun üstünlüğü ilkesinin meşruluğu karşısına ürkütücü bir duvar diktiği görölmektedir. Ancak, tastamam bir rıza yokluğunun, Amerikan anayasal çevrelerinde fazlasıyla tartışma konusu olmuş çoğunlukçu hukuk kuralları ve anti-çoğunlukçu anayasal sınırlamalar arasındaki alışılmış çatışmaya öyle ya da böyle indirgenebileceği ölçüde, göröldüğünden daha az göz korkutucu olduğu yolunda bir itiraz olabilir.³⁰ Söz konusu tartışma,

²⁸ Bkz: *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1, 15–16 (1947) (bu kararda devletin, kilise okullarını finanse edemeyeceği belirtilmiştir). Ancak daha yakın tarihli kararlar, devletin kilise okullarına yönelik doğrudan veya tesadüfi olarak sağladığı yardımları desteklemiştir. Bkz: e.g., *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203, 212–14 (1997) (devlet okulu öğretmenleri, engelli kilise okulları öğrencilerine tedavi edici eğitim uygulayabilirler).

²⁹ Bkz: e.g., *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

³⁰ “Anti çoğunlukçu sorunu” üzerindeki tartışmalar, oldukça geniş bir literatür yaratmıştır. Bkz: e.g., ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* (1962); JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980).

zamanında oldukça şiddetli iken³¹ şu an için, geniş ya da dar olarak anti-çoğunlukçu anayasal sınırlamaların içsel meşruiyetlerinin sorgulanmadan nasıl yorumlanması gerektiği noktasına indirgenmiştir. Bazı anayasal sınırlamalar meşruiyetini sürdürdükçe, çoğunlukçu bir şekilde hukuk kurallarını oluşturma da meşruiyetini sürdürecektir. Bir diğer deyişle, temel anayasal sınırlamalara ilişkin bir fikir birliği ve demokrasiye yönelik müşterek bir bağlılık varsa, salt yasama faaliyetine ilişkin terslikler veya açıkça haksızlığa tabi olma söz konusu olsa dahi; anayasal kuralların hakim durumdaki hukukun üstünlüğü rejiminin meşruiyetine karşı ciddi bir şekilde meydan okuması söz konusu olmayacaktır.³²

Meşruluğun geçerli ölçüsünün her yurttaşın³³ ayrı ayrı rızası olması halinde yukarıdaki itiraz tamamen geçersiz kalmaktadır. Hatta bazı anayasal sınırlamalar üzerinde mutabakat olsa bile, herhangi bir çoğunlukçu anayasal demokraside hukukun üstünlüğünü doğrudan ya da dolaylı olarak meşrulaştırmaya yönelik anayasal kuralların özüne ilişkin bir oy birliğinin olabileceğini söylemek inandırıcı olmayacaktır. Kuşkusuz böyle bir oybirliği; federalizm,³⁴ kürtaj,³⁵ olumlayıcı eylem³⁶

kadın- erkek eşitliği,³⁷ eş cinsellik³⁸ ve devlet ile din arasındaki ilişkiler³⁹ gibi temel anayasal sorunlar üzerindeki ayrılıkların gösterdiği üzere Birleşik Devletlerde de yoktur. Ayrıca, Kanada⁴⁰ veya İspanya⁴¹

³⁶ Bkz: MICHEL ROSENFELD, AFFIRMATIVE ACTION AND JUSTICE: A PHILOSOPHICAL AND CONSTITUTIONAL INQUIRY (1991).

³⁷ Bkz: e.g., Martha Minow, Foreword: Justice Engendered, 101 HARV. L. REV. 10, 13 (1987) (Yüksek Mahkeme'nin cinsel ayrımcılık davalarına ilişkin verdiği kararların, kadınlık statüsünün ölçülmesine karşı bir erkek tecrübesine dayanan "norm" niteliğinde olduğu öne sürülmektedir)

³⁸ Bkz: Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186, 196-97, 199 (1986) (homoseksüel olan ergin bireyler arasındaki rızaya dayalı seksin cezalandırılması, 4 oya karşı 5 oyla alınan bu kararda desteklenmektedir)

³⁹ Bkz: e.g., Agostini v. Felton 521 U.S. 203 (1997) (4 oya karşı 5 oyla alınan bu kararda, kilise okullarına sağlanan devlet yardımlarına yönelik önceki sınırlamaların benimsenmediği görülmektedir); Dept. of Human Resources v. Smith, 494 U.S. 872 (1990) (dinsel özgürlüğün kapsamına ilişkin konuda mahkeme bölünmüştür). Tüm bu ayrılıklara rağmen, Amerikalıların genel olarak bölünmüş bir yönetim ile herkes için özgürlük ve eşitliğin olması gerektiği konusunda anlaşmaları yolunda bir itiraz olabilir. Bunun doğru olduğunu farz edersek söz konusu anlaşma, hukukun üstünlüğünün anlamlı bir meşruiyetini engelleyen, oldukça soyut bir düzeyde kalacaktır. Örneğin, "herkesin eşitliği"ne bağlılığın, homoseksüel seksin cezalandırılması ile tutarsız olmadığı farz edildikçe, heteroseksüel hemcinslerine tanınan mahremiyet haklarından ve eşitlikten kendilerini mahrum bırakan hukukun üstünlüğü rejiminin meşruiyetini reddetme, homoseksüeller için haklı olacaktır.

⁴⁰ Quebec, bu zamana kadar 1982 Kanada Anayasasının meşruluğunu kabul etmeyi reddetmiş ve ayrılma yolunda verdiği uğraşları sonuca ulaşmaya yaklaşmıştır; Bkz: Jacques Parizeau, The Case for a Sovereign Quebec, FOREIGN POLICY, Summer 1995, at 69. 1995 yılında, Quebec'in egemenliği üzerine yapılan referandumda ayrılmanın kabul edilmesi çok ufak bir farkla reddedilmiştir. Rogers Worthington, 50.5%-49.5% Unity Wins in Quebec, CHI. TRIB., Oct. 31, 1995, at 1.

⁴¹ Bkz: e.g., Jon Elster, Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process, 45 DUKE L.J. 364, 393 (1995) (bu eserde, İspanya'nın 1978 Anayasasının, Bask terörünün gölgesinde hazırlandığı ileri sürülmektedir); Charles E. Ehrlich, Ethno-cultural Minorities and Federal

³¹ Bkz: e.g., ROBERT H. BORK, THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW (1990) (Yazar, Yüksek Mahkeme'nin anayasa metninin "orijinal anlayışına" bağlı kalmadaki başarısızlığı sebebiyle Yüksek Mahkeme'yi ağır bir şekilde eleştirmektedir)

³² Cf. JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 11, 237-40 (1993) (bu eserde politik adalet, toplumun "temel yapısı" ve "anayasal gereklilikleri" terimleri ile şekillendirilmektedir)

³³ Meşruluk çözümlemesini, göçmenlere ilişkin teorik sorunlardan kaçınmak için, insanlardan ziyade yurttaşlara yönelik olarak sınırlıyoruz. Tabi ki, meşruluk testi yurttaşlar için başarısız olursa bu durum daha ziyade temsilden dışlanan kişiler açısından söz konusu olacaktır.

³⁴ Bkz: e.g., United States v. Lopez, 514 U.S. 549, 552 (1995) (4 oya karşı 5 oyla alınan bu kararda, federal ticaret kuvvetinin kapsamı sınırlandırılmaktadır).

³⁵ Bkz: e.g., LAWRENCE H. TRIBE, ABORTION: THE CLASH OF ABSOLUTES (2d ed. 1992).

gibi, dilsel veya dini farklılıklarla bölünmüş diğer anayasal demokrasilerde de daha az mutabakatın olduğu görülmektedir.

Tüm bunlardan anlaşılacağı üzere, hukukun üstünlüğü rejimini bir yana bırakırsak, anlamlı anayasal kısıtlamalar için oybirliğine dayanan gerçek bir rızanın bulunabilmesi ihtimali inandırıcılıktan uzaktır. Ancak, gerçek bir rızanın gereksiz olduğu söylenebilir. Zira bahsedilen gereksiz olma durumunun kabul edilmesinin, bu durumun ilgilendirdiği herkesin çeşitli gündemleri ile uyumlu olup olmadığını belirlemek, hukukun üstünlüğü rejiminin meşruiyetinin kıymetini takdir etmeye yönelik amaçlar için tartışmalı olmakla birlikte yeterlidir. Bu doğrultuda, Habermas'ın hukukun meşruiyetine ilişkin öne sürdüğü kriterlerden sonra ünü artan bir testi kullanmayı öneriyoruz. Habermas'a göre hukukun meşruiyeti, özerk yasa koyucular ile konulan yasalara uyan ve birbirlerini eşit olarak gören yurttaşlar olarak yalnızca her birinin rızasının olabileceği hukuk kurallarını meşru kabul eden insanlar arasında diyalojik olarak iletişimsel eylem vasıtasıyla kurulabilir.⁴² Bu test, karşıolgusal⁴³

Constitutionalism: Is Spain Instructive?, 24 S. ILL. U. L.J. 291, 305 (2000) (eserde, Bask milliyetçilerinin, anayasa yapım sürecinin dışında kalmayı seçtikleri ifade edilmektedir).

⁴² Bkz: Jürgen Habermas, Paradigms of Law, in HABERMAS ON LAW AND DEMOCRACY: CRITICAL EXCHANGES 13, 19–21 (Michel Rosenfeld and Andrew Arato eds., 1998) [bundan böyle "Habermas, Paradigms" olarak anılacaktır].

⁴³ "(K)arşıolgusal" veya "şarta bağlı durumun karşıtı", hipotetik bir iddia olup "eğer... sonra..." önermesinin bir türüdür ve çoğunlukla bilimde ve mantıksal argümantasyonda kullanılmaktadır. Bkz: R.S. Walters, Contrary-to-Fact Conditional, THE ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY 212 (Paul Edwards et al. eds., 1967). Habermas'ın teorisi bağlamında:

Karşıolgusalın kullanımı, yeniden oluşturulan tarif ile hakim uygulamalar arasındaki boşluğun sınırlarını çizer. Bu boşluk sırayla statükoya ilişkin bir eleştiri veya koruma için boşluk sağlar. Örneğin, hemen hemen eşleşmiş, rekabet halinde bulunan kişilerin bulunduğu ilkel pazar ekonomisinin görüntüsü, kusursuz bilgi, işlem maliyetinin olmaması- şu an var olan pazarları eleştirmek için kendi

temelinde bir yeniden inşaya izin vererek hukukun meşruiyetini sağlamakta ve Habermas tarafından, ileri sürdüğü "hukukun prosedüralist modelini"⁴⁴ ayrıntılandırmak ve savunmak için kullanılmaktadır. Ancak, başka çalışmalarımızda da belirttiğimiz üzere, hukukun tümüyle prosedürel temellerde meşrulaştırılabileceğine ilişkin Habermas'ın düşüncesine katılmıyoruz.⁴⁵ Bu sebeple de bu temel farklılık için bir açıklama getirmek amacıyla, Habermas'ın testini uyarlamayı önererek; Habermas tarafından tasarlanan meşruiyetin şartlarını bir bakıma zayıflatan iki değişiklik üzerinde durmak istiyoruz: 1) Hukuka gönüllü itaatin ve ayrı ayrı bireyleri hedef alan, kişisel hukuk kurallarının meşrulaştırılmadığı bir rejim olarak hukukun üstünlüğü rejimini meşrulaştırmak için kullanılacak doygunluğun eşlik ettiği, özyasamanın (*self-legislation*) karşıolgusal gereksinimini dikkate alacağız ve 2) bir kimsenin müstakil hedefleri ile uyum içerisinde olan özel bir hukukun üstünlüğü rejiminin uygun bulunmasını makul kılan belirli koşulların karşılanmasının eşlik ettiği, baskı yokluğuna dayanan uygunluk ölçütünü içermesi amacıyla rıza gereksinimini daha gevşek yorumlayacağız.

Her ne kadar önerilen değişiklikler, Habermas tarafından uygun bulunan meşruiyetin gereksinimlerini

kendisini meşrulaştıran (*self-legitimizing*) mekanizmalar olarak kullanılabilmesi gibi gerçek hayattaki pazarları uygun karşıolgusala herhangi bir inandırıcı alternatifte göre daha yakın olmasından dolayı savunmak için kullanılabilmesinden- bir karşıolgusaldır. Dolayısıyla, yeniden kurucu (rekonstrüktif) teori, eleştirel bir teoriye dönüşebileceği gibi... statükonun dikkate alınan ve sistematik bir korunmasına da dönüşebilir... Habermas'ın hukuku yeniden yapıcı teorisi, değişimli olarak eleştirel teori ile düşünümsel dengeye ulaşma arasında gider gelir; ancak ikna edici gücü, çoğunlukla eleştirel ısrırganlığından gelir.

Michel Rosenfeld, Law as Discourse: Bridging the Gap Between Democracy and Rights (Kitap eleştirisi), 108 HARV. L. REV. 1163, 1166 (1995) (alıntılar dahil edilmemiştir).

⁴⁴ Bkz: Habermas, Paradigms, supranote 42.

⁴⁵ Rosenfeld, Rights Democracy, supranote 20, at 82.

daha da zayıflatsa da; çağdaş hukukun üstünlüğü rejimlerine söz konusu kriterlerden daha azının yeterli olabileceğini söylemek hiçbir şekilde mümkün değildir. Bu sebeple, ne tür bir hukukun üstünlüğü rejiminin tatminkâr olabileceğini belirlemeden, daha zayıf bir testin uyarlanmasını haklı çıkarmak için çabalamayacağız. Ayrıca, söz konusu ardıl görevi ele almadan önce, hukukun üstünlüğüne ilişkin farklı gelenekleri daha iyi şekilde ele almak yararlı görünmektedir. Dolayısıyla ilk olarak, yönümüzü söz konusu geleneklere çevirecek; sonrasında herhangi bir hukukun üstünlüğü rejiminin yukarıda belirttiğim testin koşullarını karşılayıp karşılamayacağını belirlemeye çalışacak; ve son olarak da meşru bir hukukun üstünlüğü rejiminin yararlı bir karşıolgusal olarak mümkün yahut en azından makul olup olmayacağını tayin edeceğiz.

III. HUKUK ELİYLE DEVLET YÖNETİMİ OLARAK ALMAN RECHTSSTAAT ANLAYIŞI

Hukukun üstünlüğü kavramını ete kemiğe büründürmek için yapılacak her girişimde, söz konusu kavramın farklı geleneklerde farklı şekilde kökleştiğini akılda tutmak gerekir. Söz konusu gelenekler arasında yapılacak kısa bir karşılaştırma, hukukun üstünlüğüne ilişkin anahtar niteliğindeki nüansların daha iyi idrakine izin verecek ve böylelikle hukukun üstünlüğü ilkesinin- çoğulcu anayasal demokrasi bağlamında meşruluğunun sınanmasına yönelik bir bakışla- kapsam ve sınırlarını kavramak daha kolay olacaktır. Bu doğrultuda, hukukun üstünlüğü ilkesine şekil veren üç büyük gelenek arasındaki bariz farklar üzerinde yoğunlaşacağız.

Alman *Rechtsstaat*, Fransız *État de droit* anlayışları ile İngiliz- Amerikan hukuklarında aynı anlama gelen anlayışların hepsi hukukun üstünlüğünü dar anlamda kabul ederken diğer konularda birbirlerinden önemli ölçüde ayrılırlar.⁴⁶ Ayrıca, bu geleneklerden

bazıları diğerlerine göre daha eski olup hepsi yıllar içinde farklı ölçüde evrimleşmiştir. Bizim öncelikli ilgimiz kavramsal ve çoğulcu tespitlerin meşruyetinin sorunlarına yönelmiş olduğundan, hukukun üstünlüğünün çoklu boyutlarını, potansiyelini ve sınırlarına ilişkin ek anlayışları edinme gözüyle bakarak söz konusu geleneklerin yalnızca tarihini ve gelişimlerini anacağız.

Rechtsstaat anlayışı sıklıkla, Anglo-Amerikan geleneğindeki hukukun üstünlüğü kavramının Alman geleneğindeki karşılığı olarak mütalaa edilmektedir.⁴⁷ Her iki kavram bazı önemli unsurları paylaşmaktadır. Bunların başlıcası da, devlet ve hukuki rejimin kurumsallaşması arasındaki ilişki veya bir diğer deyişle, hukukiliğin temel ilkeleriyle uyumlu şekilde- yurttaşlara hangi davranışların hukuki olarak yaptırımlandırılacağını bildiren, adil usuli korumaların eşlik ettiği, yayınlanan ve genel olarak uygulanabilir kuralların uygulanmasıyla uyumlu olarak- devletin hukuk eliyle güçlerini kullanma görevidir. Öte yandan iki anlayış, özellikle de devlet ve hukuk arasındaki ilişkiyi anlama açısından, birbirlerinden önemli ölçüde farklılaşmaktadır. Amerikan hukukun üstünlüğü anlayışı bir bakıma devlet ve hukukun üstünlüğü arasındaki karşıt ilişki üzerinde- ki bu durum yukarıda bahsedilen,⁴⁸ hukukun devlete bağımlı ve bir yandan da devletten bağımsız olması paradoksuna önem kazandırmaktadır- kökleşirken; kavramın Alman karşılığı net bir şekilde, hukuk ve devlet arasındaki gerçek bir ortak yaşam üzerine dayanmaktadır. Daha geniş bir ifadeyle, *Rechtsstaat* anlayışında hukuk, devletin güçlerini eliyle kullanabileceği tek meşru kanal olarak ayrılmaz bir şekilde devlete bağlıdır. Dolayısıyla, *Rechtsstaat*'ın İngilizce'deki karşılığı olarak "hukuk eliyle devlet yönetimi", "hukukun üstünlüğü" kavramına göre daha uygun düşmektedir.

⁴⁶ Dar anlamda hukukun üstünlüğü en azından Aristo zamanına kadar geri götürülebileceği göz önünde bulundurulduğunda, bahsedilen geleneklere göre çok daha eski bir kökene sahiptir. Bkz: POLITICS BK. III, 15-16.

⁴⁷ Bkz: e.g., Edward J. Eberle, Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law, 1997 UTAH L. REV. 963, 967-71 (1997).

⁴⁸ Bkz: 11-12. dipnotlara eşlik eden metin.

Ancak salt devletin hukuk eliyle yönetimi esas alınrsa *Rechtsstaat*, dar anlamdaki hukukun üstünlüğünün çok daha azından ibaret olacaktır. Ancak gerçekte söz konusu kavram, ondokuzuncu yüzyılda yaşama geçirilmesinden bugüne önemli ölçüde evrimleşmiştir; zira *Rechtsstaat*, dar anlamdaki hukukun üstünlüğünden her zaman çok daha fazlasının savunucusu olmuştur. Entellektüel orijinlerini Kant'ın teorisinde⁴⁹ bulduğumuz *Rechtsstaat* anlayışı, ondokuzuncu yüzyılın ilk yarısında, her bireyin resmi haklarının evrensel korunmasını kuşatan, yasama ile birlikte ayrı ve bağımsız yargılama süreci vasıtasıyla ustalıkla işlenen yeknesak hukuki düzenin sınırları içerisinde rasyonel devlet yönetiminin tarafında olmuştur. Amerikan kuvvetler ayrılığı nosyonunun aksine, yasama faaliyeti yargı faaliyetinden ayrı tutulduğu ölçüde demokratik nitelikli ondokuzuncu yüzyıl *Rechtsstaat* anlayışı, monarşik yönetimle (*staat*'ın aksine olarak) uyum içerisindedir.⁵⁰

Kant'ın teorisinde yer alan köklerinden, ondokuzuncu yüzyılın sonları Bismarck Almanyası'ndaki daha pozitivist yapılanışına kadar ki evrimi içerisinde *Rechtsstaat* anlayışı, artan bir şekilde, öze ilişkin sorunlardan ziyade biçime ilişkin sorunlara düğümlenmiştir.⁵¹ Ancak, *Rechtsstaat*'ın Kantçı ve pozitivist anlayışlarını birbirine bağlayan nokta, devletin meşruiyetini, aşkın dini veya etik değerlerin takibi ve uygulanmasına sıkı sıkıya bağlayan eski görüşlerin reddi olmuştur.⁵² Dolayısıyla, *Rechtsstaat* anlayışı, herhangi bir din veya aşkın etik anlayışından kaynaklanan değerler sistemi üzerine dayanmadan, gerektiği gibi işleyen bir "hukuk" eliyle devlet

yönetimine kapıları açmıştır. Diğer bir deyişle *Rechtsstaat*, iyiye ilişkin çoğulcu kavramları uzlaştıran bir hukuki rejimin sistematik olarak yerleşebilmesini mümkün kılmıştır.⁵³

Rechtsstaat'ın, aşkın bir din ya da etikten kaynaklanan dışsal sınırlamalardan kopması- devlet yönetiminin ne olması gerektiğini ya da inatçı bir şekilde kendisinden ayrılmayan ve birbirleriyle rekabet halindeki dinsel veya etik değerlerin pençesinden büsbütün kurtulabileceğini ya da kurtulamayacağını göstermeden- hukuk eliyle devlet yönetiminin ne olmadığını da ayrıca belirlenebilmesini sağlamıştır. Ondokuzuncu yüzyıl *Rechtsstaat* anlayışının olumlu katkılarını daha iyi anlayabilmek için, anlayışın Kantçı ve pozitivist boyutlarını karşılaştırmak ve her iki boyutun nasıl bağdaştırılabileceğini irdelemek gerekmektedir.

Kant'a göre, hukuki rejim adalete dayalı ise meşrudur. Mutluluğa ulaşma açısından yurttaşların farklı ilgileri ve birbirleriyle yarışan fikirleri olduğu kabul edilince, Kant'a göre tüm yurttaşların güncel rızası dahil hiçbir şey meşruiyetin ufak bir parçasını dahi geçerli kılmaz.⁵⁴ Buna uygun olarak, meşruiyet, "iyi" ya da ilgi düzeyinde kurulamaz; yalnızca iyi ve adil olma düzeyinde- bu da kategorik olarak salt öyle oldukları için tüm yurttaşlara eşit ve özgür olarak davranmak suretiyle- kurulabilir. Diğer bir deyişle hukuk, her yurttaş tarafından makul şekilde adil ve doğru olarak kabul edildiği takdirde meşru olabilir. Bu ölçüt uyarınca, Kant'ın kendi sözcükleriyle yasa koyucu:

"tüm ulusun birleşmiş arzusunun ürünü olacak şekilde hukuk kurallarına şekil vermek ve

⁴⁹ Bkz: HANS REISS, KANT'S POLITICAL WRITINGS 11 (1991).

⁵⁰ Bkz: DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 36 (2d ed. 1997).

⁵¹ Bkz: Rainer Grote, Rule of Law, Rechtsstaat and État de Droit, in CONSTITUTIONALISM, UNIVERSALISM AND DEMOCRACY: A COMPARATIVE ANALYSIS 269, 278-81 (Christian Starck ed.,1999).

⁵² Id. at 279.

⁵³ Anlamli bir şekilde bu durum kesinlikle, anti-çoğulcu Carl Schmitt'in ondokuzuncu yüzyıl *Rechtsstaat* anlayışına sitem etmesinin sebebi olmuştur; Bkz: Carl Schmitt, The Liberal Rule of Law, in WEIMAR: A JURISPRUDENCE OF CRISIS 294, 297-99 (Arthur J. Jacobson&Bernhard Schlink eds.,2000).

⁵⁴ Bkz: Immanuel Kant, On the Common Saying: "This May Be True in Theory, But It Does Not Apply in Practice," in KANT'S POLITICAL WRITINGS 61, 80 (1991) [bundan böyle "Kant" olarak anlacaktır].

hâkimiyeti altındaki her özneye sanki genel arzuya rıza vermişler gibi yurttaşlığını ileri sürebilecek gözle bakmaya mecburdur. Bu durum da kamu hukukuna ilişkin her kuralın doğruluğuna ilişkin test niteliğindedir.”⁵⁵

Haliyle Kant’ın testi, hukukun meşruluğunun ölçülmesine karşı bir karşıolgusal yerleştirmektedir. Yurttaşların gerçekten nasıl hissettiklerinden ya da hukukun tarafında olup olmamalarından ziyade; yasa koyucu tarafından yasalaştırılan ve yurttaşlar tarafından istekli olarak bağlayıcı kabul edilen ve her bireye salt birey olmalarından ötürü serbest ve eşit şekilde uygulanan ve algılanan hukukun yurttaşlar için uygun olup olmamasıdır esas soru. Eğer bu soruya olumlu cevap verilebiliyorsa hukuk meşru olacaktır.

Kant’ın karşıolgusal testi, iyiye ya da ilgilere ilişkin değerlendirmeleri bertaraf etmekle birlikte bir soruyu da beraberinde getirmektedir: Adalet ve doğruluk, “ilgiler sahası”nın ötesinde bulunabilir mi veya söz konusu sahanın büsbütün yanında yer alabilir mi? Bir diğer deyişle, bir adalet alanı olarak karşıolgusalın tatmini, tüm çatışan ilgiler ve adalete ilişkin kavramların rekabeti ile uyumlu mu (çok güçlü bir gereksinim), veya iyiye ilişkin kavramlar ve ilgileri hiç katmadan karşıolgusalı tatmin etmek mümkün mü?

Kant’ın argümanına daha yakından bakıldığında, adalete ve doğruya ilişkin anlayışının “ilgiler sahası”nın hem ötesinde hem de yanında bulunduğu görülür. Daha açık söylemek gerekirse doğruluk, bireyin temel hak ve özgürlükleri ile bağlantılı olarak, “iyi”nin ötesinde yükselir; ancak, özyasama kriteri söz konusu olduğunda hala “iyi”nin yanında yer alır. Sonuç olarak Kant’ın özyasamaya ilişkin karşıolgusal kriteri oldukça güçsüz kalmaktadır. Özyasama testi altında, Kant’ın açıkladığı gibi, eğer hukuk:

“muhtemelen tüm insanların üzerinde anlaşamayacağı şekildeyse (örneğin kalıtsal yöneten sınıfı gibi belli bazı grupların ayrıcalıklı olduğunun kurallara bağlandığı), adil değildir; ancak en azından insanların üzerinde anlaşabilmesi mümkün ise, görevimiz hukukun

adil olduğunu düşünmektir, halihazırdaki insanların rızalarının olup olmadığı danışıldığında muhtemelen olmadığı cevabını verecekleri aşikâr olsa bile.”⁵⁶

Dolayısıyla Kant’ın özyasama testi, hukuk önünde resmen eşitlik gereksinimine indirgenmektedir. Hukuk kuralları herkese eşit bir şekilde uygulandığı sürece, içeriklerine bakılmaksızın meşru olarak addedileceklerdir. Aydınlanma çağı açısından, *Ancien Régime*’in (Fransız Devrimi Öncesi) tipik statü temelli hukukunun tüm kalıntılarının meşruiyetini ortadan kaldırdığı göz önüne alındığında, bu test önemsiz sayılmamalıdır. Günümüz dünyasında feodal hiyerarşi, anayasal demokrasi kavramından çoğunlukla uzaklaşmış olsa da Kant’ın özyasama testi hala dikkat çekmektedir. Bu durum, Kant’ın kendi verdiği bir örnek ile tasvir edilebilir. Kant’a göre istenmeyen bir savaşı finanse etmek için oransal bir verginin tüm yurttaşlar üzerine yüklenmesi, eğer savaş isteniyor ve destekleniyor olsaydı herkesin vergiyi kabul etmesi muhtemel olacağından, özyasamanın testi açısından güzel bir örnek olabilir.⁵⁷ Diğer taraftan, söz konusu vergi yurttaşların yalnızca bir kısmı üzerine yüklenirse bu durum, yük altındaki insanlar açısından gönüllü olarak söz konusu vergiyi kabul etmemek için iyi bir neden teşkil eder; hatta istekli bir şekilde savaşı destekleseler bile. Bunların hepsi doğru olsa da, söz konusu durum çoğunlukla konunun dışında kalmaktadır. Zira savaş için anlamlı bir rıza olmaksızın, savaş politikasından sorumlu karar verme sürecinin kabulü vasıtasıyla doğrudan veya dolaylı olarak salınan vergiyi, özyasamanın makul bir ürünü olarak izah etmek zor olacaktır.⁵⁸

⁵⁶ Id. (orijinalinde vurgulu).

⁵⁷ Id.

⁵⁸ Tartışmaya açık şekilde rağbet görmeyen bir savaşla yüz yüze gelindiğinde, yurttaşlar halen söz konusu savaşın-herkesin sırtına eşit bir şekilde yüklenerek bir felaketten kaçınmak amacıyla- finanse edilmesi gerektiği üzerinde anlaşabilirler. Ancak sonraki anlaşma, yukarıda belirtilen zayıf, rıza testini başarısız kılabilir.

⁵⁵ Id. at 79.

Temel hak ve özgürlüklerin menfaatler alanının ötesinde meşrulaştırılabilmelerinden dolayı özyasamaya oranla daha sağlam bir zemin üzerinde durdukları görülmektedir. Söz konusu meşrulaştırma, menfaatler içinde var olan olası farklılıklarla uyumlu olmayı sürdürmesi açısından ayrıca menfaatlerin dışında yer alan bu haklara dayalı olabilir. Aksi takdirde bu haklar menfaatlerin karşısında yığılarak ve haliyle menfaatlere ilişkin meşru çabalara sınırlar dayatarak menfaatlerin dışında kalabilirler.

Kant için en temel hak, özgürlük, eşitlik ve mülkiyet haklarını içinde taşıyacak şekilde tasarladığı bireysel özerklik⁵⁹ hakkıdır.⁶⁰ Ayrıca örgütlenmiş bir toplumda bireyin özerkliğinin korunması, diğerlerinin bu bireyi bir araçtan ziyade amaç olarak görmelerine ve bireye bu yolda davranmalarına bağlıdır.

Eğer Kantçı özerklik her bireyi yalnızca amaç olarak görüp yine her bireye bu yolda davranılmasını gerektiriyorsa hukukun meşruluğunun ölçütü belirgindir; ancak meşru bir hukuk düzeni imkânsızdır. Diğer taraftan eğer Kantçı özerklik her bireye yalnızca araç olmalarından daha fazla anlam yüklenilerek buna uygun davranılmak suretiyle tatmin edilebilirse-örneğin özgürlük, eşitlik, mülkiyet gibi bazı hakların yaşama geçirilmesi eliyle bireylerin salt araç olmalarını engelleyecek uygulamalar yoluyla- hukukun gerçekleşmesi kesinlikle mümkün olabilir ancak kısmi olarak meşrulaşmasından öte bir şey gerçekleşmez.⁶¹

⁵⁹ Kant, supra note 54, at 77–78.

⁶⁰ Id. at 74–79.

⁶¹ Söz konusu zorluklar vatandaşlara bir amaç olarak davranma yükümlülüğünün yurttaşlar arasında birbirlerine karşı olan ilişkilerinde de aranması yolunda yasa koyucunun hareket etmemesi eliyle aşılabılır. Dolayısıyla hukuk kuralları bireylere yasal aktörlerce benimsenen konularına bağlı olmaksızın amaç gözüyle bakabilir. Ancak bu ihtimal en azından iki nedenden ötürü reddedilmelidir. Öncelikle Kantçı özerkliğe uygun olarak herhangi bir normun normatif olarak meşrulaştırılabilmesi için bir bakıma özyasamanın bir ürünü olarak vasıflandırılması ve haliyle yasa koyucu ile yasaya muhatap olan arasındaki normatif ayırımın geçersiz kılınması gerekir. İkinci olarak yasa koyucu son tahlilde

Örnek olması açısından iş hukuku düşünülebilir. Hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı her çağdaş karmaşık toplum işçi-işveren ilişkilerini yönetmek için hukuki standartlar belirlemeye ihtiyaç duyar. Ancak hem işverenler hem de işçiler kendi özel ekonomik amaçlarını gerçekleştirmeleri bakımından birbirlerini araç olarak görürler. Dolayısıyla, iş hukukuna ilişkin hiçbir kural bu grupların birbirlerini bir araç olarak görmelerini tamamıyla yasaklayamaz (veya meşrulaştırmaktan kaçınmaz). Bunun sonucu olarak hak, insanlara yalnızca amaç oldukları yolunda davranmayı gerekli kılacak şekilde yorumlandıkça meşru bir iş hukuku yaratmak mümkün olmayabilir. Tersine, bireyin diğerleri tarafından araç olarak görülürken makul bir özerkliğe sahip olması açısından gereken gereksinimlere ilişkin bir oydaşmanın olduğu varsayılsa bile, araç olarak davranma olgusunun kapsamı etkili olarak birbiriyle çatışan çıkarlar bağlamında belirlenmek zorundadır. Bununla uyumlu olarak, söz konusu çatışmada başarısız olan bir kimse için ortaya çıkan olumsuz hukuki sonuçları meşru kabul ettirecek inandırıcı gerekçeler söz konusu olmayacaktır. Kısaca, eğer özerklik hukukun meşruiyetinin kaynağı ise özerkliğin dışında kalanların söz konusu meşruiyete herhangi bir şekilde katkısı nasıl olabilir? İş hukukuna ilişkin vermiş olduğumuz örneğe dönecek olursak, eğer özgürlük, eşitlik ve mülkiyet gereken özerklik ölçütünü ayakta tutmak için yeterliyse; buna uygun olan iş hukukuna ilişkin herhangi bir kuralın varsayımsal olarak meşru olduğu söylenebilecektir. Ancak her ikisi yukarıda bahsedilen değerlere uygun olup da biri işçilerin, diğeri de işverenlerin çıkarlarına daha iyi hizmet edecek iki kural olduğu takdirde, en azından bir dereceye kadar bu kurallar çıkarlar arasındaki seçime

çatışan (veya çatışabilir nitelikteki) çıkarların üzerinde yer alamaz. Dolayısıyla bahsedilen karmaşık toplumda birinin çıkarlarını tatmin etme arayışı içinde kendi kendine yetecek şekilde kalmak neredeyse imkânsızdır ve yurttaşlardan belli bazı hareketlerden kaçınılmasını gerektiren tüm hukuk kuralları diğer insanların çıkar alanında dahi birilerinin amaç olarak görülmesini engelleyemez.

dayalı olacak ve dayandığı ölçüde, doğrusunu söylemek gerekirse meşru addedilmeyeceklerdir.⁶²

Dolayısıyla Kantçı anlayışta gereken özgürlük, eşitlik ve mülkiyet hakkı- ya tüm çıkarlarla uyumlu oldukları ya da tüm çıkarları dışladıkları için- çıkarlar alanının dışında kalmayı sürdürmektedirler. Ancak gayet tabiidir ki, durum bu şekilde olmak zorunda değildir. Negatif özgürlük, hukuk önünde eşitlik ve özel mülkiyeti⁶³ vurgulamak suretiyle Kant, çiğnenmeye eğilimli belirli hakları (ya da mutlak hakların belirli türlerini) destekler. Haliyle Kant'ın hakları bir taraftan liberallerin çıkarları ile gayet uyumlu olurken siyasal ve sosyal eşitlikçiler açısından yetersiz kalmaktadır. Bu durumda söz konusu hakların gerçekten çıkarların üstünden yükseldiğini söylemek pek de doğru olmayacaktır.

Kantçı anlayışta köklerini bulan *Rechtstaat*, dar anlamda hukukun üstünlüğü anlayışıyla uyumlu olmasına ek olarak devletten hukuk önünde eşitliğe bağlı kalmasını ve yurttaşlarına özgürlük (negatif), biçimsel bir eşitlik ve mülkiyet hakkını (kapitalist) tanınmasını gerektirir. Yukarıdaki tartışmayla uyumlu olarak söz konusu *Rechtsstaat*'ın, çıkarların ötesinde yükselmesi, yalnızca *Ancien Régime* sonrası Aydınlanma perspektifinden makul bir biçimde gözükebilir. *Ancien Régime* ortadan kalktıktan sonra ise Kantçı *Rechtsstaat* anlayışı birbiriyle çatışan çıkarlar alanında kaçınılmaz olarak çamura batmıştır ve haliyle hukukun meşruiyetine yeterince katkı sağlayamamaktadır. Diğer bir ifadeyle, Kantçı *Rechtsstaat*, karşı olduğu şeyle yüzleşirken çevrelediği çıkarların tümünün üstünde yükselir ancak neyi savunacağı noktasındaki arayışında aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Benzer şekilde Kantçı *Rechtsstaat*, aşkın değerler üzerine dayanan Aydınlanma öncesi

hukuk rejimlerine karşı rakip oldukça her yurttaşın münhasıran amaç olarak davranma idealiyle uyumlu olmaya devam edecektir. Ancak söz konusu aşkın değerler sığınaklarını tamamen kaybeder kaybetmez yurttaşlara münhasıran amaç olarak muamele etmek yalnızca, hukukun meşruiyetini çıkarlar üzerine kurmanın imkânsız olduğunu hatırlatan bir anumsatıcı olarak hizmet edebilir. Dolayısıyla ya Aydınlanma sonrası hukuki meşruiyetin imkânsız olduğu kabul edilmeli; ya da mutlak çıkarların dışlanması haklı gösterildiği ölçüde mümkün olabileceği kabul edilmelidir. Böylelikle Aydınlanma sonrası hukuki meşruiyetin mümkün olup olmamasının, diğerlerini reddederken mutlak çıkarları ve iyi anlayışını (ya da anlayışlarını) onaylamanın makul bir gerekçesi bulunup bulunmaması üzerine dayalı olduğu söylenebilir.

Yukarıda değinilen teorik gözlemler ışığında, tarihsel olarak on dokuzuncu yüzyılın erken dönemlerinde temellenmeye başlanan *Rechtsstaat*'ın, şu an için Almanya'da var olan hukuki-anayasal rejimle oldukça sıkı bağlantılı olan ve ilk haline göre oldukça farklı şekilde temellenen İkinci Dünya Savaşı sonrası *Rechtsstaat* anlayışına yol vermiş olması şaşırtıcı değildir.⁶⁴ Ancak günümüz Almanya örneğine yoğunlaşmadan, Alman deneyimini uygun bir teorik perspektife yerleştirmek amacıyla geç ondokuzuncu yüzyıldaki pozitivist *Rechtsstaat* anlayışını ve Weimar Cumhuriyeti'nin batmasına yol açan bunalımı değerlendirmek gerekmektedir.

Tarihi bir bakış açısıyla, *Rechtsstaat*'ın Kantçı nitelikten pozitivist niteliğe kayışının izleri, Almanya'da 1848'de gerçekleştirilmeye çalışılan ve başarısızlıkla sonuçlanan liberal devrimde bulunabilir.⁶⁵ Bu başarısızlığı, anayasal ilkeler olarak temel hakların dengelenmesi ile *Rechtsstaat*'ın özünde biçimsel olduğuna ilişkin anlayışın doğuşu izlemiştir.⁶⁶ Bu anlayışa göre *Rechtsstaat* devletin hukukunun içeriği veya amacı ile değil, devletin kendi varlığını geliştirmek için kullanılan

⁶² Gayet tabii meşruluk testi insanlara amaç olarak davranma ya da çıkarlar alanına gönderme yapılmaksızın yukarıda bahsedilen haklara uyumlu olmakla sınırlandırılırsa durum değişecektir. Bu takdirde çıkarlar alanının meşruiyet üzerinde bir etkisi olmayacaktır ancak söz konusu meşruiyet de doğal olarak Kantçı nitelikte olmayacaktır.

⁶³ Bkz: Kant, supra note 54, at 74.

⁶⁴ Bkz: Grote, supra note 51, at 285–88.

⁶⁵ Id.

⁶⁶ Id.

yöntemlerle ilgilidir.⁶⁷ Bu durum ayrıca devlet hükümlerini azaltmaya da eğilimlidir- hukuk eliyle yasallık ilkesine.⁶⁸

Burjuvazinin yükselişi bağlamında ele alındığında Kantçı *Rechtsstaat*'ın, biri biçimsel diğeri maddi olmak üzere iki unsuru bünyesinde barındırdığı söylenebilir. Biçimsel bakış açısından Kantçı *Rechtsstaat*, kategorik buyruğu içerir ve hukukun tüm bireylere bir araçtan ziyade amaç olarak davranılmasını sağlayacak şekilde bireysel özerkliği geliştirecek nitelikte olmasını gerektirir. Maddi bakış açısından Kantçı *Rechtsstaat*, *Ancien Régime*'de kemikleşmiş değerler karşısında burjuva değerlerini açıkça destekler şekilde hürriyet ve mülkiyet hakkına sahip olmada eşitliği (negatif) yüceltir.

Kant'ın yaşamı boyunca Almanya'da, komşusu Fransa'nın aksine bir burjuva devrimi gerçekleşmemiştir. Almanya kendi burjuva devrimini 1848'de yapmaya çalışmışsa da başaramamış ve bu başarısızlık Prusya Monarşisinin askeri başarıları ile birlikte burjuva sınıfını daha da güçsüz kılmıştır. Bu durum da burjuvaziyi, *Reich*'in gücü üzerinde sınırlama yolları bulmaya ve dolayısıyla pozitivist *Rechtsstaat* anlayışına dayanmaya sevk etmiştir.⁶⁹

Pozitivist *Rechtsstaat*'ın gözünde *Reich*, bir prensler birliğinden ziyade tüzel kişi olarak düşünülmüştür.⁷⁰ Ayrıca:

“Devletin hukukunun pozitivist teorisi, sınırlar açısından devlet kurumlarını her şeyin üstünde görür. Reichstag'ın yasama yetkisi Bundesrat tarafından sınırlandırılmıştır. Aynı zamanda monarşik idarenin yurttaşların özgürlük ve mülkiyet haklarına yönelik müdahalesi de bunun

için yasal yetkilendirmenin olması gerektiğinden sınırlandırılmıştır.”⁷¹

Diğer bir ifadeyle pozitivist *Rechtsstaat*, salt monarkın dileğinden ziyade ilan edilen ve uygulanması gereken kurallar eliyle devlet mekanizmasının işlenmesi yoluyla yine devletin kurumsal çerçevesi içinde koruma sağlamaya çalışır. Bu durum her ne kadar uygulamada burjuvazinin politik çıkarlarından⁷² ayırt edilebilir olarak ekonomik çıkarlarını arttırmaya hazır gözükse de, teorik olarak Kantçı karşılığında hem biçimsel hem de maddi eğilimlerden yoksun olması sebebiyle farklıdır.

Öte yandan, pozitivist *Rechtsstaat*, dar anlamda hukukun üstünlüğünü mimleyen bir gerileme olarak da düşünülebilir. Ancak, Kantçı *Rechtsstaat*'a karşı idealden ziyade gerçeklik olma niteliğiyle karşı çıkan niteliği üzerinden tarihi perspektifle bakıldığında, yasallık üzerinde yoğunlaşmanın az çok farklı bir anlam kazandığını görmekteyiz. Gerçekten, özellikle düzenleyici devlet anlayışının yükselişi göz önünde bulundurulduğunda, daha karmaşık sosyal ve kurumsal düzenlemelerle yüz yüze gelen hukuk sülhlerinin beklentilerinin dengelenmesini kolaylaştırmak açısından pozitivist *Rechtsstaat*'ın gerektirdiği yasallık, potansiyel olarak daha makul ve daha öngörülebilir bir yönetim gerektirmektedir.⁷³ Şüphesiz, son derece karmaşık sosyal evrende hukukun öngörülebilir olması meşru da olduğunu garanti etmez; ancak meşruluk yolunda önemli bir adım teşkil eder. Dolayısıyla, çağdaş hukukun en azından bazı önemli alanlarında hukuki normların içeriği, istikrarlı olmalarından daha az öneme sahip gözükmektedir.

⁷¹ Id.

⁷² Bkz: id.

⁷³ Niklas Luhmann'a göre oldukça karmaşık durumdaki dünyada beklentilerin dengelenmesi çağdaş hukukun başlıca işlevidir. Bkz: Niklas Luhmann, The Unity of the Legal System, in AUTOPOIETIC LAW: A NEW APPROACH TO LAW AND SOCIETY (Gunther Tüebner ed., 1988); Niklas Luhmann, Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System, 13CARDOZO L. REV. 1419 (1992).

⁶⁷ Id.

⁶⁸ Id. at 281.

⁶⁹ Bkz: Arthur J. Jacobson&Bernhard Schlink, Introduction: Constitutional Crisis, in WEIMAR: A JURISPRUDENCE OF CRISIS 5-6 (Arthur J. Jacobson&BernhardSchlinkeds., 2000).

⁷⁰ Id. at 6.

Örneğin, kabaca karşılıklı pazarlık gücüne sahip olan ticari firmalar arasındaki özel sözleşmesel ilişkiler alanında, birçok olayda istikrarlı ve uygulanabilir hukuki normların olduğunu bilmek, normların içsel özelliklerinden çoğunlukla daha önemlidir. Gerçekten de sözleşmenin tarafları, aralarındaki ilişkiye uygulanabilir herhangi bir hukuki normdan huzursuzluk duyarlarsa sözleşmelerini o normu dolanmak yoluyla akdedebilirler. Dolayısıyla, eğer satış sözleşmesinde malın alıcıya tesliminden önce meydana gelebilecek hasardan satıcının sorumlu olacağına ilişkin bir norm söz konusu ise, taraflar bu normdan kaynaklanabilecek sonuçları öngörebilirler ve satıcı uğrayabileceği zararlar açısından sigorta yaptırabilir ya da örneğin alıcıyı teslimden önce meydana gelebilecek hasarlardan sorumlu olması yolunda sözleşmesel olarak ikna edebilir.⁷⁴

Haliyle en azından hukukun bazı alanlarında biçimsel hukukilik ile bağlantılı öngörülebilirlik içsel olarak adil olmasa da verimli olabilir. Ayrıca, beklentileri dengelemek yoluyla söz konusu biçimsel hukukilik idari düzenlemelerin oldukça geniş yer kapladığı karmaşık sosyal düzende kişilerin çıkarları üzerinde oldukça geniş kontrol sağlar. Biçimsel hukukilik Kantçı özerkliğin keskin taleplerine muhtemelen karşılık vermez, ancak tüm hukuk sükelerine kendi kişisel çıkarlarının peşinde koşarken eşit araçlar sağlamak suretiyle çağdaş hukuk rejimlerinin meşruluğuna önemli ölçüde katkı sağlayabilir. Ancak bu konuya devam etmeden önce Weimar Cumhuriyeti'nde *Rechtsstaat* anlayışının evriminden ve batmasına yol açan krizden kısaca bahsetmek yerinde olacaktır.

1848 devrimcilerinin gıpta ile baktıkları temel hak ve hürriyetlerin anayasal korunması olgusu, I. Dünya Savaşı'nda mağlup olduktan sonra sonunda Almanya'ya gelmiştir. Ancak Carl Schmitt'in belirttiği

gibi mağlubiyetten sonra yeni anayasal haklar edinilmiş olması, 1848'de var olan coşku ve hevesi yansıtmaktan uzak olmuştur.⁷⁵ Dahası yeni Weimar Anayasası krize bulaşmış ve oldukça kısa ömürlü olmuştur. Yeni liberal hukuki düzen burjuvaziye uygun düşmekle birlikte- en azından Schmitt'in gözüyle- çalışan sınıfı devletin birliğiyle bütünleştirememiştir.⁷⁶ Bu durum karşısında Schmitt'in önerdiği çözüm ise, liberalizmi ve çoğulcu düşüncüyü terk etmek ve halkı Alman ulus devletinin politik kaderini devralacak homojen bir bütüne çevirmektir.⁷⁷

Schmitt için politika, dost ve düşman arasındaki ayrım üzerine bağlanmış olup burjuvazi liberalizm yalnızca, asıl gerekli olana gölge düşürmeye yarayabilirdi.⁷⁸ Ancak, çoğulcu bir toplum için anayasal demokrasiyi meşrulaştırmak açısından bakıldığında Weimar tecrübesinden çıkarılması gereken temel ders, pozitivist *Rechtsstaat*'ın liberal burjuvazi anayasal haklarla tamamlanmasının toplum üyelerinin önemli bir bölümünü görmezden gelmesi ve meşruluk için olması gereken asgari düzeyde rızayı yeterince sağlayamaması olarak görülebilir.

Sonuç olarak Kant'ın özerklik ideali, hem biçimsel hem de maddi açıdan yetersiz kalmaktadır. Biçimsel açıdan oldukça soyut kalırken; maddi açıdan ise Weimar tecrübesiyle uyumlu olarak yeterince evrensel değildir. Diğer yandan hukuk eliyle pozitivist yönetim sosyal ve hukuki ilişkilerin daha karmaşık hale geldiği göz önüne alındığında daha önemli hale gelen öngörülebilirliği arttırmakta, ancak hukuk normlarının adil olacağına ilişkin bir garanti vermemektedir. Geçmişteki muadiline karşı olarak, Almanya'nın II. Dünya Savaşı'ndaki topyekûn yenilgisinin üzerinden doğan yeni *Rechtsstaat* ise, öngörülebilirlik ihtiyacı ile özerklik arayışını, temel değerlere bağlılık ve özellikle insan onuruna saygıyı en

⁷⁵ Bkz: Schmitt, supra note 53, at 295.

⁷⁶ Id. at 297.

⁷⁷ Id. at 298–300.

⁷⁸ Bkz: Volker Neumann, Carl Schmitt: Introduction, in WEIMAR: A JURISPRUDENCE OF CRISIS280, 283 (Arthur J. Jacobson& Bernard Schlink eds., 2000).

⁷⁴ Hatta söz konusu zarardan alıcının sorumlu olduğuna ilişkin kural sözleşme ile aksi kararlaştırılmayacak derecede katı olsa bile beklentiler dengeli ve sabit kaldıkça taraflar sözleşmedeki fiyatı belirlerken alıcının yükümlülüğünü göz önünde bulundurmamak suretiyle aralarındaki alışverişi ayarlayabilirler.

üstün anayasal değer olarak sağlamlaştırmak yoluyla bağdaştırmak için çalışmaktadır.

Nazi döneminin dehşetine karşı tepki olarak, yeni anayasası 1949 tarihli Temel Kanun ile şekillendirilen çağdaş *Rechtsstaat*, değişmez maddi ilkeler ve değerler karşısında pozitif yasallığı ikinci dereceye koymaktadır.⁷⁹ Bu değerlerden en başta geleni Temel Kanun'un 1.maddesinde anayasal değer olarak kutsallaştırılan ve Alman Anayasa Mahkemesi tarafından birçok kararında Alman anayasa düzeninin en önemli değeri olarak yorumlanan insanlık onurudur.⁸⁰ Daha genel olarak bugünün *Rechtsstaat*'ı temel değerlerin çerçevelediği anayasal demokrasiye ayrılmaz bir şekilde bağlıdır ve geçerliliği anayasal yargıda şekillendirilen birtakım temel kurallara tabi kılınmaktadır.⁸¹

Her ne kadar bugünün *Rechtsstaat*'ı hem Kantçı hem de pozitivist emsallerinin unsurlarını bazı açılardan bünyesinde toplasa da kilit noktalarda seleflerinden farklılaşmaktadır ve haliyle hukukun meşruiyetine ilişkin özgün sorular üretmektedir. Her ne kadar günümüzde temel haklar biçimsel olmaktan ziyade maddi nitelikte olsalar ve içerik olarak Kant'ın düşüncesindeki temel haklardan oldukça farklılaşsalar da, Kantçı emsaline benzer şekilde bugünkü *Rechtsstaat* temel haklara ilişkin düzenlemeleri sıradan kurallar alanının üzerinde yüceltmektedir. Diğer taraftan pozitivist selefine benzer şekilde bugünkü *Rechtsstaat* yasallığı kurumsallaştırmaktadır. Ancak bu yasallık yalnızca tutarlılık ve öngörülebilirlik üzerine inşa edilmemekte, anayasal normlara uygunluk ve anayasaca tanınan temel amaçları gerçekleştirmeye bağlı olmaktadır. Bu durum da bazı Alman akademisyenlerin ifade ettiği üzere⁸² tüm siyaseti

anayasallaştırma ve *Rechtsstaat*'ı *Verfassungsstaat*'a (anayasal devlet) dönüştürme eğilimini doğurmaktadır. Son olarak bugünkü *Rechtsstaat*, anayasallaştırma çabalarının dışında 19. yüzyıldaki seleflerinin açıkça politika alanına indirgediği birçok alanı (ülke refahının arttırılması gibi) hukukileştirmektedir. Dolayısıyla Temel Kanun, Alman Eyaletlerine (*Länder*) demokrasi ve cumhuriyetçilik ilkelerinin yanı sıra sosyal devlet ilkesini (*sozialer Rechtsstaat ya da sozialstaat*) geliştirme görevini de yüklemektedir.⁸³

Nazizmin mirasını tüm kalıntılarıyla silme açısından bakıldığında siyasetin anayasallaştırılması ve devletin sosyal refahı yükseltme sorumluluğu vazgeçilmez nitelikte olmamakla birlikte sakınca taşımamaktaysa da bu durum kurulu ve herhangi bir tehditle yüz yüze olmayan anayasal demokrasi ile ilgili birçok meşruluk sorununu da beraberinde getirmektedir. Elbette soyut olarak insan onuruna bağlılık evrensel bir onaya sahiptir ancak bu durum kavramın çeşitli ve çoğunlukla çatışan somut dışavurumlarına zorunlu olarak genişlememelidir.⁸⁴ Örneğin insan onuru kürtajın yasaklanmasını mı yoksa serbest olmasını mı gerektirir? Yahut intihara yardım konusuna nasıl yaklaşır? Sosyal refahın sağlanmasına yönelik yaygın bir yasama faaliyeti mi gerektirir, yoksa tam tersini mi?

Sabit değerler üzerine kurulu anayasallaştırma hareketi daha yaygın hale geldikçe arkasında geniş destek bulma ihtimali o kadar azalacaktır. Zira aşırı anayasallaştırma yöneticilerin bir bölümünü başkalarının iyi anlayışlarına ve değerlerine bağımlı olmaya zorlar ve haliyle *Verfassungsstaat*'ın meşruiyetini tehdit eder.⁸⁵

düzenleyen ve amaçlara değer biçen" devlet olarak tanımlanmaktadır.).

⁷⁹ Bkz: Grote, supra note 51, at 285.

⁷⁹ Bkz: Grote, supra note 51, at 285.

⁸⁰ Id. at 286 n.71.

⁸¹ Bkz: Kommers, supra note 50, at 36–37.

⁸² Bkz:e.g.,Ulrich Karpen, Rule of Law, in THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 169, 173 (Ulrich Karpen ed., 1988) (Bu eserde *Verfassungsstaat* "anayasayı uygulamak yoluyla politikayı

⁸³ Bkz: Alman Temel Kanunu, art. 28, para. 1.
⁸⁴ İnsan hakları ile ilgili benzer bir argüman için bkz: Michel Rosenfeld, Can Human Rights Bridge the Gap Between Universalism and Cultural Relativism?, 30 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 249(1999).

⁸⁵ Almanya'daki aşırı anayasallaştırma ile ilgili bir Alman anayasa hukukçusu tarafından yapılan eleştiri için bkz: Bernhard Schlink, German Constitutional Culture in Transition, in CONSTITUTIONALISM, IDENTITY,

Son tahlilde aşırı anayasallaştırma, Kant'ın katı özerkliğinin ürettiği probleme çok benzer bir problem yaratır. Zira Kant'ın özerkliğinde meşru hukuk, hakkın en üstün çıkar olmasından bahisle bir kimseyi diğerlerinin çıkarlarından ötekileştirmekte; aşırı anayasallaştırmada ise, anayasa çatışan çıkarları yücelttiği ölçüde, bir kimse diğerlerinin çıkarlarından ötekileşme riskini almaktadır. Bu durum da çoğulcu bir toplumda yurttaşların önemli bir bölümünün egemen hukuki-anayasal rejimin ürettiği buyruklar karşısında ötekileşmesi anlamına gelecektir.

IV. HUKUK ELİYLE TEMEL HAKLARI KORUMANIN ARACI OLARAK FRANSIZ *ÉTAT DE DROIT* ANLAYIŞI

Fransız *État de droit* anlayışı Alman *Rechtsstaat*'tan daha yakın tarihte oluşmuş ve açıkçası Alman anlayışından türemiştir.⁸⁶ Her ne kadar Fransızca bu kavram *Rechtsstaat*'ın birebir çevirisi niteliğinde olup ondokuzuncu yüzyıl Alman hukuk anlayışından esinlenmişse de pozitivist *Rechtsstaat*'ın akla getirmeyeceği ölçüde farklı bir anlam kazanmıştır.⁸⁷ Gerçekten, Fransız hukuk teorisinde şu an için sahip olduğu anlam ve çağdaş Fransız anayasal düzenindeki kurumsal niteliği açısından *État de droit*, "hukuk eliyle devlet yönetimi" değil (parlamentonun çıkardığı yasalardan kaynaklanan ihlallere karşı) "temel hakların garantörü olarak anayasal devleti" ifade etmektedir.⁸⁸

DIFFERENCE, AND LEGITIMACY (Michel Rosenfeld ed., 1994).

⁸⁶ Bkz: Jacques Chevallier, L'ÉTAT DE DROIT 11 (3d ed. 1999).

⁸⁷ Id. at 11, 22–31.

⁸⁸ Bkz: id; Alman ve Anglo-Amerikan emsalleri gibi Fransız *État de droit* anlayışı da oldukça dinamik ve tartışmaya açıktır. Kavramsal analiz ve karşılaştırma amaçları bakımından gerekli karakteristik özellikleri tanımlama amacına rağmen tartışmanın ayrıntılarına ilişkin derinlemesine açıklama yapılmayacaktır; Bkz: MARIE JOËLLE REDOR, DE L'ÉTAT LÉGAL À L'ÉTAT DE DROIT: L'ÉVOLUTION DES CONCEPTIONS DE LA DOCTRINE PUBLICISTE FRANÇAISE (1992).

État de droit, kabaca "hukuk eliyle demokratik devlet yönetimi" olarak ifade edilebilecek "*État Légal*"'i ikame etmek ve daha da önemlisi onu sınırlandırmak için üretilen bir olgudur. Zira *État Légal*, ayrılmaz şekilde parlamenter egemenlik ile parlamenter demokrasiye bağlı olması farklılığı dışında pozitivist *Rechtsstaat*'ın Fransa'daki ifade edilmiş tarzı olmuştur. Dolayısıyla, nasıl ki pozitivist *Rechtsstaat*'ın öncelikli işlevi halka karşı monarkın kullandığı devlet yetkileri üzerinde kurumsal sınırlamalar getirmekse, *État de droit*'nın öncelikli işlevi de, Fransız ulusunun demokratik arzularını, bu arzuların parlamento tarafından yasalaşması amacıyla tecessüm etmektir.⁸⁹

État de droit anlayışı ilk olarak I. Dünya Savaşı'ndan sonra Carré de Malberg'in⁹⁰ çalışmalarında dile getirilmiş; II. Dünya Savaşı'ndan sonra da Fransız anayasal sisteminde kurumsallaşmıştır.⁹¹ Daha önce de belirtildiği gibi "*État de droit*", "rule of law" ya da "*Rechtsstaat*" anlayışlarının aksine bir hukuk sistemini olduğu gibi ifade etmez, hukuk gücüne sahip temel hakları ifade eder. Diğer bir ifadeyle, *État de droit*, *État Légal* üzerine sınırlandırmalar getiren temel liberal hakların şekillendirdiği, devlet destekli hukuk rejimini ifade eder.⁹² Zira Carré de Malberg'in vurguladığı gibi parlamento çıkardığı yasalardan anayasal denetimi sağlanıncaya kadar *État de droit*'nın tam olarak gerçekleştirilmesi mümkün değildir.⁹³ Fransa'da da bu denetim ilk olarak, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde yüceltilen temel haklardan birini ihlal ettiği gerekçesiyle parlamento tarafından çıkarılan yasanın *Conseil constitutionnel* (Anayasa Konseyi)

⁸⁹ Bkz: CHEVALLIER, supra note 86, at 18.

⁹⁰ CARRÉ DE MALBERG, 1 CONTRIBUTION À LA THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ÉTAT 488 (1920).

⁹¹ Bkz: Grote, supra note 51, at 292–94.

⁹² Bkz: CARRÉ DE MALBERG, supra note 90, at 490.

⁹³ Id. at 492.

tarafından 1971 yılında iptal edilmesi sonucu gerçekleşmiştir.⁹⁴

Parlamentar demokrasinin ürettiği yasalar üzerinde bir denetim aracı olarak Fransa'nın *État de droit* anlayışına başvurması, parlamenter egemenliğin ulusun arzusunun en iyi şekilde ifade edebileceği ve aynı zamanda yurttaşlarının temel haklarını yeterince koruyacağı yolundaki uzun süreli yerleşmiş kültür düşünüldüğünde çarpıcı bir gelişme olarak dikkat çekmektedir. Öte yandan Fransa'nın parlamenter egemenliğe olan yerleşik bağlılığının yanı sıra bu bağlılığın Jean-Jacques Rousseau'nun politik felsefesiyle derin teorik bağları olduğunu da ifade etmek gerekir.

Rousseau'ya göre toplumun ortak yararı ile birbiri ile çatışan bireysel çıkarlar arasındaki aykırılık demokratik özyönetim eliyle giderilebilir. Ancak Rousseau'ya göre politik azınlıkların arzuları hilafına üzerlerine yüklenen kurallara uyma sonucunu kaçınılmaz olarak doğuracak olan saf çoğunluk yönetimi demokrasi değildir. Aksine demokrasi, çatışan özel çıkarlar alanından doğan apayrı taleplerin üstesinden gelmek suretiyle tüm toplum için iyi olanı kendileri için de benimseyecek bütün yurttaşların çabası ile genel iradenin yaşama geçirilmesini gerektirir.⁹⁵

Rousseau'nun analizine uygun olarak, genel iradenin hukuki dışavurumunda yer almak suretiyle her yurttaş özyasama ile ilgilenmiş olur. Buna karşılık özel çıkarlara sahip birey olarak toplumun her ferdi genel iradeyi cisimleştiren yasaların yolunu açmak için gönüllü olarak özel çıkarlarını sınırlandırmalı ve söz konusu yasalarla bağlı olmaya özgürce razı olmalıdır.

Rousseau'nun demokrasi anlayışında anahtar niteliğinde olan husus genel iradeye yönelmiş olan öz kısıtlamadır. Ancak söz konusu kısıtlama düşkünlük korkusunun bir sonucu değil, sorumluluğun serbestçe kabullenilmesidir. Rousseau için her birey bir yurttaş ve

aynı zamanda özel bir şahıs veya burjuvadır. Bir burjuva olarak her birey çoğunlukla diğer bireylerinkiyle çatışan özel çıkarlarının peşinden gider. Diğer taraftan bir yurttaş olarak da her birey egemenliğin sahiplerinden biridir ve genel iradenin buyruklarına uygun şekilde toplumu yönetme yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla hem yönetici hem de yönetilen perspektifi toplumun her üyesinde birlikte bulunmaktadır. Özyönetim olmadığı takdirde özgürlüğün gerçekleştirilmesi mümkün olmadığından her birey yönetilenlerden biri olarak (yönetici olarak görevlerinden ödün vermeksizin) kapasitesi içinde özel çıkarlarının peşinden olabildiğince giderken aynı zamanda yönetime katılabilmek için iki perspektif arasındaki çatışmayı çözmelidir.

Eğer hem genel iradeyi hem de özel arzuların kaynaklanan amaçları tatmin edebilecek bir imkân olsaydı, demokratik yasa yapımına artan katılım ile self determinasyon kapsamının genişlemesinin oluşturduğu yararlar öz kısıtlama ihtiyacı ile kişisel çıkarlara ilişkin fedakârlıklara kıyasla daha ağır basardı. Ancak eğer genel iradeye bağlılık özel çıkarların tamamen dışlanmasını gerektiriyorsa, bir kimsenin yasaların yapımına katılmak için el üstünde tuttuğu birçok şeyden vazgeçme ihtimalinin zorluğu düşünüldüğünde hukukun Rousseaucu meşrulaştırılması ikna edici olmaktan uzak kalmaya devam edecektir.⁹⁶

Rousseau'nun, genel iradeye başvurmanın özel ve kolektif çıkarlar arasındaki dengeyi nasıl etkileyeceği yolunda bizzat kendisinin az da olsa ışık tuttuğu söylenebilir. Gerçekten, Rousseau'nun kullandığı şekilde genel irade nosyonunun bir dereceye kadar gizemli ve tutarsız olduğu söylenebilir. Genel irade, bireyin ya da çoğunluğun iradesinden ayrı tutulmalıdır ve Rousseau'ya göre bu irade bütün bireysel iradelerin arasındaki farklılıkların toplamı veya "her biri birbirinin

⁹⁴ Bkz: Cons. Const., July 16, 1971, D. 1972, 685, note J. Rivero (yasa, temel haklardan örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle anayasaya aykırı bulunmuştur.).

⁹⁵ Bkz: JEAN-JACQUES ROUSSEAU, THE SOCIAL CONTRACT 14-18 (Charles Frankel ed., 1947).

⁹⁶ Eğer genel iradeyi elde etmek için özel kişilerin çıkarlarının yurttaşların kolektif görevlerine tamamen boyun eğmesi gerekiyorsa Rousseau tarafından tasavvur edilen özyönetim totaliter yönetimin öncüsü olacaktır; Bkz: ROGER MASTERS, THE POLITICAL PHILOSOPHY OF ROUSSEAU 315 (1968).

karşıtı olarak üretilen tüm çıkarların uzlaşması" olarak ifade edilmelidir.⁹⁷

Bahsedilen sorunlar bir tarafa bırakılacak olursa Rousseau'nun genel iradesinin değerlendirilmesinden iki önemli sonuç çıkmaktadır. İlk olarak, Kant'ın aksine Rousseau hukukun meşruiyeti sorunsalı ile ilgilenirken çıkar ile adil olan arasındaki ayrımın üzerine dayanmamaktadır. Rousseau için eğer hukuk, dinamik bir sürecin sonucu olarak oluşan ve tüm çıkarlara tekabül eden genel iradenin dışavurumuysa meşrudur. İkinci olarak özyönetimin içsel bir değeri vardır; o kadar ki, en azından bir dereceye kadar kişisel çıkarlar zararına özyönetimi arttıracak bir ödün verilmesi, hukukun meşruiyetini olumsuz olarak etkilememelidir.

Dikkat edilecek olursa Fransız *État légal* anlayışı ile Rousseau'nun teorisi arasında güçlü bir benzerlik vardır. Gerçekten Rousseau'nun tüm yurttaşların yönetmek için bir araya geldiği yolundaki tasavvuru ile Fransız Devrimi'nin ulusun demokratik geleceğine en iyi hizmetin, halkın arzularını hukuk normuna dönüştürecek yurt çapındaki tek yasama organınca gerçekleştirilebileceği yolundaki inancı arasında bariz bir uyum vardır. Söz konusu inanç da baskın feodal hiyerarşide ayrıcalıklı konumda bulunanların lehine olan mutlak yönetimin damgasını vurduğu *Ancien Régime*'e tepki olarak doğmuştur. Zira feodal ayrıcalıkların kaldırılmasından sonra hareket eden halkın temsilcilerinin yasama faaliyetini tüm toplumun ortak çıkarı için gerçekleştirdiği, özellikle burjuva çıkarlarının evrensel olarak hedeflendiği ölçüde kolaylıkla düşünülebilir. Buna uygun olarak parlamentonun çıkarmış olduğu tüm yasalar, çıktıkları dikkate alınmaksızın genel iradenin dışavurumu olarak algılanırlar. Ancak bugün için parlamenter demokrasinin zorunlu olarak kamu yararının sesine kulak verebileceğine inanmak açısından durumun doğasından kaynaklanan bir neden olmadığı gibi; haliyle *État de droit*'nın sağladığı korumalar eliyle *État légal*'i dengeleme ihtiyacı da bulunmamaktadır.

⁹⁷ ROUSSEAU, supra note 95, at 26 n.2.

Rousseau'nun fikirlerinin güçlü etkileri dikkate alındığında, Fransız Devrimi'nden doğan parlamenter egemenlik bağlamında anayasacılığın gerektirdiği devlet yetkilerinin sınırlanması olarak tasarlanmış anayasal gelenek demokrasinin bizzat kendisi olmaktadır.⁹⁸ Ayrıca parlamenter egemenlik ve onunla bağlantılı olarak *État légal* en azından dar anlamda hukukun üstünlüğünün yaşama geçirilmesini güvence altına almıştır. Son olarak belirtmelidir ki, 1789 tarihli Bildiri ile temel hakların korunmasının güvence altına alındığı söylenebilir ancak söz konusu güvence hukuki olmaktan öte siyasi niteliktedir. İşte tam da bu hukuki korumanın eksikliği sebebiyle *État légal*, *État de droit* ile tamamlanmak zorunda kalmıştır.

V. ANGLO AMERİKAN COMMON LAW GELENEĞİ VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN ÇELİŞKİLERİ

Fransa'nın *État légal* anlayışına bağlılığını kuvvetlendiren etmenlerden biri, *Ancien Régime* zamanında yargıçların oynadığı olumsuz roller sebebiyle kökleşmiş bulunan yargıçlara duyulan gözle görülen güvensizlik olmuştur.⁹⁹ Her ne kadar Fransızlara benzer şekilde Britanyalılar da uzun bir parlamenter egemenlik anlayışına sahip olsalar da, yargı erkine karşı yargıçları vatandaşların düşmanı olarak değil de insanların koruyucusu olarak tasarlamalarını sağlayacak şekilde olumlu bir yaklaşım sergilemişlerdir.¹⁰⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, Amerika Birleşik Devletleri'nin aksine Birleşik Krallık'ın yazılı bir anayasası yoktur ve haliyle Britanyalı yargıçların Amerikalı mevkidaşlarında olduğu gibi belirgin bir

⁹⁸ Doğrusunu söylemek gerekirse, parlamenter demokrasinin tartışmaya açık şekilde hükümetin yetkileri üzerinde bir sınırlandırma olmayacağı anlamına geldiği ileri sürülebilir. Ancak hem halka hesap verilirlik açısından hem de yasalara uygun davranma zorunluluğundan parlamenter demokrasinin bir sınırlama getirdiği görülür. Dahası, Fransız krallarının mutlak gücü ile karşılaştırıldığında bu sınırlamalar daha da önemli hale gelir.

⁹⁹ Bkz: Grote, supra note 51, at 283.

¹⁰⁰ Id. at 273–76.

norm uyarınca yasama erkine karşı sağlayacakları bir kontrol söz konusu değildir. Bununla birlikte, *common law* geleneği üzerine dayalı Anglo-Amerikan sistemi, güçlü bir hukukun üstünlüğü algısı geliştirmiştir. Şimdiye kadar bahsettiğimiz ve artık daha da ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere, Kara Avrupası'ndaki benzerlerinin aksine Anglo-Amerikan hukukun üstünlüğü anlayışı, salt devlete değil, devlet çıkarları ile bireylerin çıkarları arasında tampon görevi görecektir şekilde fonksiyonlara bağımlıdır.

Amerikan hukukun üstünlüğü anlayışı, önceden var olan, devredilmez ve vazgeçilmez temel hakların hukuki dışavurumunu sağlayacak şekilde tasarlanan yazılı anayasa üzerine oturmuştur. Söz konusu haklar, Locke'un ileri sürdüğü, bireye ait, önceden var olan, toplum sözleşmesini ve sivil toplumu aşan doğal haklarda kökleşmiştir.¹⁰¹ Bu görüş doğrultusunda birey, haklarının yaşama geçirilmesinde daha iyi bir düzeni güvenceye almak için toplum sözleşmesine ve sivil topluma rıza gösterir. Bu durum da devlete - toplum sözleşmesi uyarınca- başlıca iki yükümlülük yükler: devletin vatandaşlarının devredilmez ve vazgeçilmez haklarından yararlanmalarına müdahale etmemek şeklindeki olumsuz yükümlülüğü ile polis koruması ve özel hukuk sözleşmelerinin uygulanmasına ilişkin hükümler eliyle vatandaşlara karşı gerçekleştirilecek diğer vatandaşların özel ihlallerini caydırmak veya cezalandırmak şeklindeki olumlu yükümlülüğü.¹⁰² Doğrusunu söylemek gerekirse, devletin görevinin bireye bir hak bahsetmekten ziyade diğer insanların bu kimsenin halihazırda var olan haklarına zarar vermelerini veya bu hakları yok etmelerini engellemeyi temin etmek olduğu düşünüldüğünde, bahsedilen devletin olumlu yükümlülüğünün yalnızca ikincil anlamda olumlu

olduğu söylenebilir. Dolayısıyla söz konusu görüş uyarınca devletin varlık sebebi (*raison d'être*), özkısıtlama ve muhtemel ihlalcilerin dizginlenmesi eliyle vatandaşlarının negatif haklarının korunmasıdır.

Yalnızca halihazırda var olan doğal hakları daha iyi koruma amacı güden idealleştirilmiş minimal devlet bağlamında hukukun üstünlüğü ilkesi, genel olarak usuli korumaların yerleşmesi ve uygulanmasından ibaret olacaktır. Bu görüş, doğal hakların meşruiyetinin tartışma dışı kaldığını ve söz konusu hakların etkin bir şekilde korunmasının vatandaşların kendilerine yeten bireyler olmasına izin vereceğinden yahut vatandaşların herhangi bir konuda kendi kendilerine yeterli olmamaları halinde bu eksikliğe özel hukuk sözleşmeleri eliyle çözüm getirmelerine olanak sağlayacağından bahisle toplum refahını güvence altına alacağını kabul eder. Diğer bir deyişle, eğer doğal haklar evrensel olarak tanınmış ve herkesin mutlu olup refah içerisinde yaşaması için gerekli ihtiyaçları giderecek yeterlilikte olmuş olsa idi hukuki standartlar kendiliğinden belirlenmiş ve politika için açık kapı bırakılmamış olurdu.¹⁰³ Dolayısıyla hukukun üstünlüğü, hak sahipleri, devlet ve olası veya mevcut hak ihlalcileri arasında arabuluculuk yapacak şekilde, usuli güvencelerin yerleştirilmesi ve devam ettirilmesinden ibaret olabilir. Şartlara bağlı olarak hak sahibi ile devlet aynı tarafta olabileceği gibi (örneğin devletin hak sahibini üçüncü kişilere karşı koruması veya hak sahibine özel ihlaller açısından hukuki çözümler sağlaması halleri) karşıt taraflarda da (örneğin devletin yasal otoritesini aşması ve özkısıtlamasında var olan başarısızlıktan ötürü yahut başka bir hak sahibinin korunmasında aşırıya kaçması

¹⁰¹ Locke'taki toplum sözleşmesi anlayışı ile Hobbes, Rousseau ve Kant'ın toplum sözleşmesine ilişkin görüşleri hakkında daha ayrıntılı karşılaştırmalı bilgi için bkz: Michel Rosenfeld, *Contract and Justice*, supra note 16.

¹⁰² Locke'un öngördüğü söz konusu "ufaltılmış devlet" için Robert Nozick "minimal (bekçi) devlet" terimini kullanmaktadır. Bkz: ROBERT NOZICK, *ANARCHY, STATE, AND UTOPIA* 26-27 (1974).

¹⁰³ Burada politika deyiminden "yöneticiler açısından herkesi kapsayan amaçlar koyma ve söz konusu amaçları gerçekleştirmek için tasarlanan araçlar " anlaşılmalıdır, JUST INTERPRETATIONS, supra note 14, at 75; Madem ki ideal minimal devlete sahip bir toplumda her birey dokunulmaz doğal haklara sahip olarak kendi amaçlarını belirler ve bu amaçları özel piyasa işlemleri yoluyla diğerlerinin işbirliği ile gerçekleştirir; ekonomik alan büyük olasılıkla politikayı gereksiz kılacaktır.

sonucu hak sahibinin yetkisini tehdit veya ihlal etmesi halleri) olabilirler.

Devlete karşı hukukun üstünlüğü ilkesinin nasıl harekete geçirilebileceği şimdiye kadar bahsettiğimiz hususlardan ana hatlarıyla ortaya çıkmaktadır. Ancak sözünü ettiğimiz gibi bu durum bir çelişkiye de yol açmaktadır. Gerçekten devlet her ne kadar doğal hakları tehdit ettiği noktada ahlaki olarak boyun eğmek yükümlülüğünde olsa da, yasaların yapılması ve uygulanması konusunda tekel olma niteliğini korudukça devrim dışında hiçbir şeyin, devletin doğal hakların ihlali uygulamasından vazgeçmesini sağlaması mümkün değildir.¹⁰⁴ Ancak bariz olarak görüleceği üzere söz konusu çelişki, *common law* geleneği ile bütünleşmiş Anglo-Amerikan hukukun üstünlüğü anlayışında diğer anlayışlara göre çok daha ufak bir sorun teşkil etmektedir. Diğer taraftan *common law* geleneğinin bizatihi kendisinin, Anglo-Amerikan geleneği içerisinde ağır sorunlar doğurabilecek çok daha ciddi çelişkilere sebebiyet verdiğini de eklemek gerekir. Bu çelişkilerden özellikle ikisinin hukukun üstünlüğü ilkesinin varlığı ve uygulanabilirliği ile ilgili kafalarda ciddi soru işaretleri yarattığı söylenebilir: Bunlardan ilki hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik ihtiyacı ile *common law* geleneğinin deneyimsel ve değişken yaklaşımı arasındaki gerilimden kaynaklanırken; ikincisi ise, ilgili hukuki normların yargısal uygulamalarının bağlayıcı ve net ölçütlerinin olması ihtiyacı ile *common law* geleneğindeki yasa yapma ile yargısal yorum arasındaki ayrımı bulanıklaştırmaya eğilimli yargıçların kullandıkları geniş serbestlik arasındaki çatışmanın bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

Söz konusu çelişkilerden ilki daha az sorun çıkartabilecek niteliktedir. Gerçekten ilk elde devlete bağımlı ama ondan bağımsız hukukun üstünlüğü kavramı, yargıçların ve yargı sisteminin Anglo-Amerikan geleneğindeki özgün konumu fark edildiğinde çok daha akla yatkın gözükmektedir.

¹⁰⁴ Cf. LOCKE, supra note 18, 222 (insanların temel haklarını ihlal eden bir yönetime karşı isyan etmelerinin hakları olduğu ileri sürülmektedir.)

Feodal İngiltere'ye geri gidildiğinde hukuki normların geleneksel olarak çeşitli kaynaklardan çıktığı ve hukuki bir uyumsuzluğa ilişkin hüküm verme erkinin farklı ve çoğunlukla rekabet halindeki kurumsal aktörler arasında parçalanmış olduğu görülür.¹⁰⁵ Dolayısıyla, parlamento tarafından çıkarılan yasalara dayanan hukuk, yargıçların yarattığı hukuk ile yan yana var olmuş; hakkaniyet mahkemeleri de hukuk mahkemelerinin tamamlayıcısı olmuştur.¹⁰⁶ Ayrıca, yargı erkine yüklenen yükümlülükler yargıç ve jüri arasında paylaştırılmıştır. Zira jüri sistemi kurumsal olarak İngiltere'ye William the Conqueror tarafından 11. yüzyılda getirilmiş ve özellikle 17. yüzyıldan itibaren çoğunlukla monarşinin yargıçlarına karşı bir kontrol mekanizması olarak kullanılmıştır.¹⁰⁷

Mademki hukukun kaynakları ile hukuki aktörler birbirlerine karşı ayrı saflarda yer alabilirler, devlet aygıtları da birbirlerine karşı harekete geçirilebilirler. Bununla uyumlu olarak, her ne kadar tüm hukuk kuralları eninde sonunda devlet desteğine bağımlı olsa da “aygıtları birbirlerine karşı harekete geçirme” imkânı, hukukun üstünlüğünün devlete karşı dayatılmasını mümkün kılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri yalnızca bu İngiliz geleneğini sürdürmekle kalmamış; söz konusu geleneği, “frenler ve dengeler” sistemi ile yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki sert ayrılık eliyle anayasasında yüceltmıştır.¹⁰⁸ Böylelikle, eyaletlerden birinde gerçekleştirilen tutarsız bir yasama işlemi federal anayasal normlara başvurmak yoluyla geçersiz hale getirilebilirken¹⁰⁹ ayrıca yargı

¹⁰⁵ Bkz: e.g., 2 FREDERICK POLLOCK & FREDERIC MAITLAND, THE HISTORY OF ENGLISH LAW 578–97 (2d. ed. 1923).

¹⁰⁶ Bkz: JAMES HAZARD, CIVIL PROCEDURE 14–15 (1985).

¹⁰⁷ Bkz: JACK H. FRIENDENTHAL, MARY KAY KANE, & ARTHUR R. MILLER, CIVIL PROCEDURE 472 (1985).

¹⁰⁸ Bkz: ABD Anayasası madde I-III.

¹⁰⁹ Bkz: e.g., Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483, 495 (1954) (Bu kararda Kansas hukukundaki bir kuralın devlet okulları arasında ayrım yapmasının anayasada belirtilen

organını hem yasama ve yürütme organı ile eşit ve hem de bunlardan bağımsız olarak düzenlemesi yoluyla Federal Anayasa, Kongre tarafından çıkarılan yasaları geçersiz kılma olanağını da yargıçlara tanımıştır.¹¹⁰

Tersine, elde kalan diğer iki çelişki çok daha sorunlu gözükmemektedir. Gerçekten, *common law* sürekli olarak değiştiğçe öngörülebilirlik sorunlu hale gelmekte, vatandaşların gerçekleştirdikleri fiillerin sonuçlarını önceden bilmelerini zorlaştıran bir durum olduğunda hukukun üstünlüğünü düşünmek güçleşmektedir. Ayrıca hukuki yorum yapma ile hukuk kuralı koyma faaliyetinin arasındaki çizgi bulanık olmayı sürdürdüğçe, hukukun üstünlüğü ile politika arasındaki ayırımın makul bir ölçüde olması için inandırıcı bir yol bulmak mümkün gözükmemektedir. Ancak eğer *common law* ile bağlantılı öngörülebilirlik eksikliğinin etkisi usuli güvenceler eliyle azaltılabilir veya *common law* sisteminin dinamiklerinin kurallara bağımlı olmaksızın öngörülebilirliği teşvik etmesi ve yargısal müdahale alanının -biraz geniş olsa dahi- eninde sonunda ilke tarafından sınırlandırılması sağlanırsa bu zorlukların altından kalkılabilir.

VI. COMMON LAW, HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ, ANAYASAL DEMOKRASİ VE POLİTİKA: USUL, ESAS VE ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARININ KARŞI DURUŞU

En saf haliyle (karşıolgusal bir ideal olmakla birlikte) *common law*, tümevarım mantığının itkisindeki birikim sürecinin sağladığı emsallerin değerlendirilmesi eliyle evrilen, davalar aracılığıyla yargıç tarafından yaratılan hukuktur. Çekişmeli sistem bağlamında, anlaşmazlığın taraflarından her biri kendi savını, tüm delilleri ve taraflarca öne sürülen tüm argümanları

hukuk önünde eşitlik ilkesine aykırı olması gerekçesiyle geçersiz kılınması söz konusu olmuştur.)

¹¹⁰ ABD Kongresi'nin kabul ettiği bir yasanın anayasaya aykırı olması sebebiyle Federal Yüksek Mahkeme tarafından geçersiz kılınması, dönüm noktası niteliğindeki *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) kararında sağlam bir şekilde temellendirilmiştir.

değerlendirdikten sonra uyuşmazlık hakkında karar verecek olan yargıca bildirir. Uyuşmazlığı çözme yükümlülüğüyle karşılaşan yargıç karara ulaşmak için ilk olarak muhtemelen yalnızca kendi tecrübesi, sağduyusu ve adalet anlayışını kullanacaktır. Ancak her durumda yargıç, uyuşmazlıkla benzeren emsalleri hesaba katmak ve önündeki uyuşmazlığı önceki kararlarla uyumlu bir biçimde çözmek yükümlülüğü altındadır. Böyle bir sistemde hukuk kurallarının, yeterli sayıda birbirini izleyen emsallerin birbirlerine bağlanmasıyla aşamalı olarak belirginleşmesi ve oluşması beklenir. Ancak var olan tüm emsaller sınırlı bir sonuca ulaşmayı zorunlu kılmıyorsa, ki çoğunlukla böyle olur, *common law* yaklaşımı öngörülebilirliği garanti edemez. Gerçekten, görülmekte olan davada sorumluluk yükleyen veya sorumluluğu reddeden bir sonuca ulaşmayı sağlayacak şekilde emsaller bağdaştırılabilirse, sonraki bir davanın tarafları açısından gerçekleştirdikleri davranışların hukuki sonuçlarını önceden bilmek mümkün olamaz. Buna uygun olarak davanın sonucundan bağımsız şekilde o davada uygulanan hukuk kuralı, sonraki davalarda verilecek kararlar ayrıca bu kuralın sınırlarını açıkça belirtinceye dek bilinemez.

Common law yaklaşımının işleyişini açıklamak açısından birazdan anlatacağımız ve gelecekteki bir davada tekrardan ele alınıp ayrıntılarına inilinceye değin anlaşılamayacak bir hukuk kuralını içeren örneği düşünün. Bir arazi sahibi, komşusunun kedisinin kendi arazisine girip yol açtığı zararın tazmini için komşusuna dava açıyor. Ayrıca söz konusu uyuşmazlık açısından var olan tek uyumlu emsal olayda bir kimsenin ineğinin yan araziye izinsiz olarak girmesi sonucu meydana getirdiği zarardan ötürü yan arazi sahibine karşı sorumlu tutulmuş olduğunu düşünün. Bu şartlar altında kedinin yan araziye girmesi sonucu doğan uyuşmazlık için kararı verecek olan yargıç söz konusu emsal olaydan en azından iki farklı kural çıkarabilir. İlk kural uyarınca büyükbaş hayvan sahipleri, hayvanın komşu araziye izinsiz olarak girip yol açtığı her türlü zarardan sorumlu tutulur. Alternatif kurala göreyse evcil hayvan sahipleri bu hayvanların yol açtığı her türlü zarardan sorumlu tutulur. Kedinin küçük evcil bir

hayvan olduğu düşünülürken, eğer yargıç emsal olaydan çıkan ilk kuralı benimserse davacı davasını kaybedecektir; ancak yargıç ilk kuralı değil de emsal olaydan çıkan alternatif kuralı benimserse davacı davasını kazanacaktır.

Farz edelim ki yargıç, kedinin yol açtığı zararlarla ilgili olayın her yönüyle inek ile ilgili olayla benzeştiği (*analogous*) sonucuna vararak davacının lehine karar vermiş olsun. Bu ihtimalde dahi yargıç, iki olay arasındaki benzerliğin dayanağını belirsiz bırakmaktadır. Bu şartlar altında, inek ve kedi uyumsuzlukları için verilen kararlarla uyumlu olarak hangi hukuk kuralının uygulanacağını takdir yetkisi bir başka yargıca bırakılmaktadır. Dolayısıyla, emsal dava ve örnekteki davadan sonra açılacak bir üçüncü davaya bakacak yargıç örneğin, sorumluluğa ilişkin kuralın bir kimsenin tüm evcil hayvanları için geçerli olduğuna yahut bu kuralın evcil olup olmamalarına bakılmaksızın bir kimsenin toprağında yaşayan tüm hayvanları kapsadığına karar verebilir. Ancak önemli olan nokta şu ki, nihai olarak hangi hukuki kuralın seçildiğinin bir önemi bulunmamaktadır; zira kedi ile ilgili uyumsuzluğa ilişkin davada uygulanan hukuk kuralı sonraki davalarda benzer uyumsuzlukların çözümü için tekrardan uygulanıncaya kadar bütün yönleriyle açık ve anlaşılabilir olamaz.

Common law ile bağlantılı içsel öngörülebilirlik eksikliği tam olmasa da bir dereceye kadar anayasal hükümler ve yazılı hukuk kuralları eliyle kısmen giderilebilir. Ancak Amerikan Anayasasında¹¹¹ yer alan yargılama güvencelerine (*due process*) ilişkin ve hukuk önünde eşitliğe ilişkin kilit anayasal hükümler oldukça geniş ve soyut olarak ifade edilmiştir. Bu durum da çeşitli olası yorumlara izin vermekte ve *common law* geleneğinde yetişip bahsedilen anayasal hükümlerle fazlasıyla meşgul olan yargıçlar yorumlarında büyük ölçüde

¹¹¹ Bkz: ABD Anayasası ek madde XIV (ilgili kısımda kimsenin, yargılama güvenceleri veya hukuk önünde eşitlik ilkesi göz önünde bulundurulmadan yaşama, özgürlük ve mülkiyet haklarından yoksun bırakılmayacağı belirtilmektedir.)

farklılaşmaktadırlar. Bu durum da söz konusu anayasal hükümleri durmaksızın değişen *common law* standartları gibi öngörülemez kılmaktadır.¹¹²

Yasalar, birçok anayasal hükümle kıyaslandığında daha özel ve somut olmalarına rağmen gene de öngörülebilirliğe karşı gelmektedirler. Gerçekten *common law* yöntemlerinin yasal yorumla bağlantılı olarak getirildiği düşünülürken yasal yorum öngörülemezlik açısından anayasal yoruma yaklaşabilir. Örneğin bir kimsenin işe alınmada ırkından dolayı ayrımcılığa uğramasını yasaklayan yasanın bir uyumsuzluk sebebiyle Federal Yüksek Mahkeme önüne gelmesi sonucu beşe karşı dört oyla alınan kararda çoğunluk, söz konusu yasanın olumlayıcı eylemi yaptırım altına aldığı kabul etmişken, karşı oy kullananlar ise bireyin ayrımcılığa karşı sahip olduğu hakkın olumlayıcı eylemin meşruiyeti ile ilgisi olmadığını hararetle savunmuşlardır.¹¹³

Hukukun üstünlüğünün maddi değil de öncelikle usuli şartlar ile gerçekleştirildiğinin kabulü koşuluyla, *common law* geleneğindeki öngörülemezliğin bütün Amerikan hukuk sisteminin içine işlediği kabul edilse dahi, bu durumun ille de hukukun üstünlüğünün sisteme başarılı bir şekilde yerleşimini dışladığı söylenemez. Bu bağlamda, usuli zeminler üzerine oturtulan hukukun üstünlüğünün üç gerekli bileşenden oluştuğu söylenebilir: dar anlamda hukukun üstünlüğü, temel hukuki güvencelerin (*due process*) gerçekleştirilmesi ve sürdürülmesi, uyumsuzlukların başka bir şekilde değil de hukuki olarak çözümünü sağlayacak kurumsallaşmış yargı.

Amerika Birleşik Devletleri'nde iyice yerleşmiş dar anlamda hukukun üstünlüğünün kaynağını bulmak açısından, Federal Yüksek Mahkeme'nin *Marbury v.*

¹¹² *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 550–51 (1896) (ırksal ayrımcılığın hukuk önünde eşitlik ilkesini ihlal etmediği savunulmaktadır) kararını, *Brown*, 347 U.S. at 495 (devlet okullarındaki ırksal ayrımcılığın hukukun üstünlüğü ilkesinin güvencelerini ihlal ettiği savunulmaktadır.) kararı ile karşılaştırınız.

¹¹³ Bkz: *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979).

Madison¹¹⁴ davasında verdiği dönüm noktası niteliğindeki karara kadar gidilebilir. Dolayısıyla, *common law* geleneğinde yetişmiş yargıçların vereceği kararların öngörülemez hatta zaman zaman keyfi olduğu düşünülse dahi, dar anlamda hukukun üstünlüğünün devletin hukuk namına kullandığı yetkileri üzerinde bazı kontrolleri temin ettiği söylenebilir. Ayrıca yargı kararlarının aleni olması ve söz konusu kararların gerekçelerinin yayımlanması yoluyla açık yargısal suiistimallerin gerçekleşme olasılığı uzak gözükmektedir. Kısacası, dar anlamda hukukun üstünlüğünün, hukukiliği önemli ölçüde sağladığı ve toplum tarafından kabul edilen değerlere çok da uzak olmayan hukuki normları desteklediği gözükmektedir.¹¹⁵

Temel hukuki güvenceler, Bill of Rights'ın 1791'de kabul edilmesinden itibaren Amerikan Anayasasında yüceltilmiştir.¹¹⁶ Öte yandan, Bill of Rights'ın ve hatta Amerikan Anayasasının tamamının usule yönelik olduğu ileri sürülmüştür.¹¹⁷ Bu görüş uyarınca Anayasanın ve yargısal denetimin işlevi iyi işleyen bir demokrasi için gerekli hukuki dayanağı sağlamaktır.

¹¹⁴ 5 U.S. 137.

¹¹⁵ Bu ifadenin Federal Yüksek Mahkeme'nin, önemli olduğu kadar tartışmalı da olan bayrak yakma ve kürtağa ilgili verdiği kararlara düzgün bir şekilde açıklama getirmediği yolunda itiraz edilebilir, bkz: *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990); Ancak, kürtağ kararında dayanılan özel hayatın gizliliğine ve bayrak yakma ile ilgili kararda dayanılan ifade özgürlüğüne çoğu Amerikalının değer verdiği göz önüne alındığında, Federal Yüksek Mahkeme'nin bu davalarda karar verirken üzerine dayandığı ana değerlerin büyük çapta ortak paylaşılan değerler olduğu görülür. Dolayısıyla tartışmaya açık bir şekilde sert anlaşmazlıklar, ilgili değerler üstünde değil, bu değerlerin uygun sınırları ve uygulamaları üzerinde olmuştur.

¹¹⁶ Bkz: ABD Anayasası ek madde V (federal devlete karşı hukuki güvenceler sağlamaktadır). Ancak söz konusu güvenceler federe devletlere karşı İç Savaş'ın sonuçlanmasına kadar tanınmamıştır, bkz: ABD Anayasası ek madde XIV (1868).

¹¹⁷ ELY, supra note 30.

Buna uygun olarak demokrasiyi geleneksel düşmanlarından korumanın yanı sıra Anayasa, demokratik olarak ortaya çıkan hukuki düzenin çoğunlukçu aşırılıklar ve hastalıklara karşı korunmasını da sağlar. Bu bağlamda usule dayalı güvenceler, çoğunluğa dayalı hukuk normlarının oluşumu ve uygulanması üzerinde usuli sınırlamalar getirmek suretiyle hukukun üstünlüğünün ayrılmaz parçası haline gelmektedirler.

Bu görüş, Locke'un ileri sürdüğü önkabullerle elbirliği içinde ilerlemeye gerek duymazken, bu görüşün aslında söz konusu önkabullerle oldukça uyumlu olduğu gözükmektedir. Bu uyuma odaklanmak Anayasa anlayışları ile ilgili çok ciddi bir sorunu aydınlattığı için ayrıca faydalıdır; zira Anayasa anlayışlarının büyük bir çoğunlukla usule dayalı olması, usuli korumalar ile hukukun üstünlüğü arasındaki bağın önemini yılmaktadır. Bu sorun, federal devlet ile federe devletlere karşı var olan hukuki güvencelere (*due process*) ilişkin maddeler üzerinde hâkim olan uyumsuzluk üzerinde kısa bir kafa yorma ile açık bir şekilde görülebilir.¹¹⁸

Söz konusu uyumsuzluk, hukuki güvencelerin (*due process*) salt usuli haklar sağlayan güvenceler olarak mı yoksa ayrıca maddi bileşenleri de içerecek şekilde mi anlaşılması (maddi anlayış) gerektiği noktasında toplanmaktadır. Federal Yüksek Mahkeme bu konu üzerinde uzunca bir süre düşünmüş, ancak eksiksiz veya oybirliği ile mutabık olunmuş bir çözüm getirememiştir. En çok eleştirilen kararlarından biri olan *Lochner v. New York* kararında mahkeme, ikinci anlayışı benimsemiş, özel mülkiyet ve sözleşme serbestisini anayasallaştırmıştır.¹¹⁹ *Lochner* doktrini, *laissez-faire* anlayışını yüceltmiş ve yaklaşık otuz yıl boyunca toplum refahını arttırmak için öngörülen ve çoğu zaman demokratik çoğunluk tarafından desteklenen asgari ücret ve maksimum çalışma sürelerine ilişkin

¹¹⁸ Bkz: ABD Anayasası ek madde V (federal devlete karşı var olan hukuki güvenceler); ABD Anayasası ek madde XIV (federe devletlere karşı var olan hukuki güvenceler).

¹¹⁹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

düzenlemeler gibi ekonomik ve sosyal düzenlemeleri Mahkeme'nin etkisizleştirmesine yol açmıştır. Ayrıca, Yeni Düzen (New Deal) ile birlikte *Lochner* doktrini reddedilmiş olmasına¹²⁰ rağmen, maddi anlayış daha yakın zamanlarda yeniden canlandırılmış; mülkiyet ve ekonomik liberal haklardan öte özel yaşam ve kişi özgürlüğüne ilişkin hakları anayasallaştırmak için kullanılmıştır.¹²¹

Maddi anlayışın meşruluğu altında; usule dayalı ve salt usuli hakların çok önemli ve belirli maddi değerlere ayrılmaz bir şekilde bağlı olan temel hakların bir bölümü olarak ikna edici bir şekilde anlaşılabilir halinde meşru olabilecekleri düşüncesi yatmaktadır. Ancak *Lochner* veya *Roe v. Wade* kararlarına yönelik eleştirilerde fazlasıyla belirtildiği üzere, söz konusu maddi değerler devlet aygıtlarında evrensel olarak benimsenmediği ölçüde maddi/usuli anlayış ikiliği, hukuki sonuçlara ilişkin öngörülemezlik açısından hukukun üstünlüğünü savunmak için meşru bir şekilde kullanılamaz. Daha genel olarak, Amerikan Anayasasına ilişkin Ely'nin usule dayalı teorisine yönelik eleştirilerin ikna edici bir şekilde kanıtlandığı göz önüne alındığında bu eleştiri bizzat hukuki güvencelerin (*due process*) ötesine genişletilebilir.¹²²

Usuli hukukun üstünlüğü anlayışının üçüncü bileşeni çekişmeli yargı sistemidir. Çekişmeli sistem, *common law* yaklaşımıyla, dar anlamda hukukun üstünlüğünün bütünüyle parçalarıyla ve kimsenin hukukun üstünde olmaması nosyonuyla doğal bir biçimde harmanlanmaktadır. İdeal olarak çekişmeli sistem uyumsuzluğun taraflarına iddialarını, kendisine sunulan

ilgili delilleri gerektiği şekilde değerlendiren ve taraflarca kendisine sunulan emsal olaylarda yapılmış birbiriyle çelişen yorumları gereğince dikkate aldıktan sonra uyumsuzluğun çözümü için kararı verecek olan serbest fikirli ve tarafsız bir yargıca sunma imkânı vermektedir.¹²³ Duruşma esnasında üstlendiği pasif rol ve tüm tartışmalar yapıncaya ve tüm deliller sunuluncaya değin serbest fikirli olma yükümlülüğü sebebiyle yargıç ön yargısız ve tarafsız görünmektedir. Dolayısıyla en azından böyle bir yargıç, genel olarak uyumsuzluğun toplumdaki ezici çoğunlukça benimsenebilecek başka alternatifler yerine hukuk eliyle çözümlenmesini sağlayacak, tarafsız (genel olarak yargıcın uyumsuzluğun herhangi bir tarafını tutması için bir neden yoktur), hukuki dayanağa sahip ve usulen adil bir karar vererek hukukun üstünlüğünü destekler.

Özetle, usuli hukukun üstünlüğü anlayışının üç gerekli bileşeninden ikisinin, altından kalkılamaz bir engel yarattığı gözükmemektedir. Bunlar da dar anlamda hukukun üstünlüğü ile çekişmeli yargı sistemidir. Ancak usule dayalı güvencelerin görünüşte tartışmaya açık maddi normlara ayrılmaz bir şekilde bağlı olduğu göz önüne alındığında diğer bileşenin çok daha sorunlu olduğu yadsınamaz. Diğer bir ifadeyle farklı maddi anlamda bağlılıklar çoğunlukla farklı usuli sınırlamalara neden olduğundan, usule dayalı güvenceler yalnızca keyfi değil; ayrıca öngörülemez de olabilir.

Aşırı derecede usul odaklı hukukun üstünlüğü anlayışına dayanmanın yarattığı sorunların etkisi, hukuk ile *common law* yargılamasının politik karakteri arasında ikna edici ve ilkeli bir çizgi çizilirse önemli ölçüde azaltılabilir. Gerçekten tartışmaya açık maddi normlara başvurma gereği olmaksızın usuli adalet sağlanabilirse¹²⁴, usuli düzenlilik ve öngörülebilirlik hukukun üstünlüğünü desteklemek için yeterli olabilir. Bu halde herkes, devlete ve diğer yurttaşlara karşı sahip

¹²⁰ Bkz: *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934); *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

¹²¹ Bkz: e.g., *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 481–83 (1965) (evliliğin mahremiyetine ilişkin haklar); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 152–54 (1973) (kürtaj hakkı).

¹²² Bkz: Lawrence H. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, 89 YALE L.J. 1063 (1980) (Bill of Rights'ta yer alan hükümlerin birçoğunun doğasında maddi olduğu ve ayrıca açıkça usule ilişkin olanların da maddi temellerinden ikna edici bir şekilde ayrı tutulamayacağı savunulmaktadır.)

¹²³ Bkz: GEOFFREY C. HAZARD, *ETHICS IN THE PRACTICE OF LAW* 120–23 (1978).

¹²⁴ Bu olasılığa karşı geniş bir argüman için bkz: Michel Rosenfeld, *A Pluralist Critique of Contractarian Proceduralism*, 11 RATIO JURIS 291 (1998).

olduğu temel hukuki güvencelerden yaralanabilir ve politik rekabet alanının adil, derli toplu ve geneli kapsayan kurallar altında işlediği konusunda güven duyabilir. Evrensel olarak kabul edilebilir, adil ve katıksız usule ilişkin korumaların yokluğunda ise hukukun üstünlüğü, maddi hukukun uygulanmasına bağımlı olmak zorunda kalır. Ancak oluşumu, yorumlanması ve uygulanması açısından söz konusu maddi hukuk baştan aşağı politik olursa; hukuk bütünüyle politikanın içine yıkılmaya mahkûmdur. Özetle hukuk, politikanın bir diğer adı haline gelir.

Böyle bir hukukun en nihayetinde politika olduğu, Eleştirel Hukuk Çalışmaları (EHÇ) tarafından ileri sürülmüştür.¹²⁵ *Common law* yargıçlarının yorumlamakla yükümlü oldukları hukuki materyaller karşısında nihayetinde serbest oldukları ve haliyle verecekleri kararların politik olacağı, EHÇ'nin eleştirisinin çekirdeğini oluşturmaktadır. Genel olarak yargıçların ele almakla yükümlü bulunduğu anayasal ve yasal kurallar ile *common law* materyalleri, büyük ölçüde örtüşen kurallar ve istisnalar, birbirleriyle çelişen ilkeler ve standartlar ile birbiriyle çelişkili olmaya elverişli ucu açık direktiflerden oluşmaktadır. Dolayısıyla yargıçlar her zaman, farklılaşan politik sonuçlara sahip birçok makul alternatif arasında seçme imkânına sahip olurlar. Bu yüzden de yargı kararı, yasamaya ilişkin ve yürütmeye ilişkin kararlarda olduğu gibi politik olacaktır. Ancak bu karar politik değil de hukuki terimler üzerine uzanacağından bu durum kararın politik yanını perdeleyecektir ve haliyle yasama işlemleri veya yürütmenin politikalarının çoğunlukla karşılaştığı olumsuz tepkilerden genellikle yakayı kurtarabilecektir.

Eğer EHÇ'nin iddia ettiği gibi hukuk belirsiz ve yargı kararları da hem öngörülemez hem de politik ise,

¹²⁵ EHÇ yazını oldukça geniş ve çeşitlidir, bkz: e.g., DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION (FIN DE SIÈCLE) (1997); Mark Kelman, Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law, 33 STAN. L. REV. 591 (1981); Duncan Kennedy, The Structure of Blackstone's Commentaries, 28 BUFF. L. REV. 205 (1979); Roberto Mangabeira Unger, The Critical Legal Studies Movement, 96 HARV. L. REV. 561 (1983).

hukukun üstünlüğü rejimi ile diğerleri arasındaki tek önemli farklılık politikanın nasıl oluşturulduğu veya uygulandığı olgusuyla ilgili bulunmamaktadır. Söz konusu farklılık hiçbir şekilde değersiz değildir; zira devletin hukuka bağlı olma iddiası taşımadığı tek adam diktatörlüğü hiç şüphe yok ki politikanın üç ayrı erk arasında bölüştürüldüğü bir devletle kıyaslandığında hiç de cazip değildir. Ancak hiç şüphe yok ki, hukukun üstünlüğü politikanın üstesinden gelemedikçe sağlayacağı yararlar yetersiz kalacaktır.

EHÇ'nin eleştirileri ağırlıklı olarak, eleştirmenlerinin gözünde ileri kapitalizmin iş ilişkilerinin büyük ölçüde dominant olduğu Amerika Birleşik Devletleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Buna uygun olarak yargıcın yarattığı hukuk politikaya indirgenebilir ancak bütünü değil. Gerçekten EHÇ'nin görüşüne göre Amerikalı yargıçlar ağırlıklı olarak yöneten elit kesimden çıkmakta ve bu kesime sempati duymakta; haliyle hukukun içsel belirsizliğini egemen ilgilere yarar sağlayacak sonuçlar üretmek amacıyla kullanmaya eğilimlidirler.

Ancak EHÇ bu görüşünde haklı ise, bu durum bir dereceye kadar kendi duruşlarını sarısmaktadır. Eğer yargıçların verdikleri kararların egemen ticari çıkarlarla uyumlu olması genellikle bekleniyorsa, her ne kadar hukuk belirsiz ve politik olsa da hala öngörülebilirlik özelliğini taşır; en azından egemen elit kesimin temsilcileri ile bunların çıkarlarıyla bağdaşmayan ilgi veya ideolojilere sahip hasımların karşı karşıya geldiği davalarda. Buna uygun olarak yargıçlar, uygulamak zorunda oldukları hukuk kuralları veya yasa koyucunun amacı ile değil kendi ideolojilerinin buyrukları ile sınırlanmış olurlar. Ayrıca özellikle yargıçların emsal olaylarda varılan yargıları bir araya getirerek parça parça oluşturdukları *common law* sisteminde genel olarak kabul edilen ideoloji, tamamıyla öngörülebilir olmasa da dar bir çerçevede beklentilerin içerisinde yer alabilecek sonuçları doğurmak amacıyla belli bir yargısal yorumu ve yasa yapımını talimatları (yargıçların kısmen bilincinde oldukları, kısmen olmadıkları ya da her ikisi de) aracılığıyla benimsetebilir. Aşağıda göreceğimiz gibi EHÇ'nin eleştirisinden kaynaklanan bu anlayış kendi ulaştıkları sonuçlardan açığa çıkarılabilir ve *common law*

yargılaması üzerine dayanan ve işleyen bir hukukun üstünlüğü rejimini desteklemek için kullanılabilir.

EHÇ'nin bir diğer eleştirisine göre yargıcın yarattığı da dahil tüm hukuk politiktir ancak yine bu eleştiri hukukun yalnızca politikadan ibaret olduğu görüşünü reddeder. Bu eleştiri EHÇ'nin haklara ilişkin olumsuz değerlendirmesi üzerinde yoğunlaşır ve özellikle çarpıcı ve iğneleyicidir; zira bir ana görüş tarafından veya kolaylıkla egemen elit sınıfın sözcüleri olabilecek tutucu eleştirmenlerce değil de eleştirel ırk teorisinin taraftarlarınca açık bir şekilde ifade edilmiştir.¹²⁶ Kısacası EHÇ'nin eleştirisi, kapsam olarak evrensel ve herkese eşit olarak uygulanabilecek olan liberal hakların uygulamada burjuva çıkarlarını arttırmak için dizayn edilmiş üstü kapalı reçeteler olduğunu savunan Marksist söylemi yansıtmaktadır.¹²⁷ Ancak eleştirel ırk kuramcılarının düşüncesine göre haklar güçlülerin lehine çarpıtılabilecek nitelikte olsa dahi bu hakların baskı gören ırksal azınlıkların gelişimine izin verdiği de yadsınamaz. Diğer bir ifadeyle, Federal Yüksek Mahkeme'nin 1954'te ırk ayrımının (apartheid) anayasaya aykırı olduğuna karar vermesinden bu güne gerçekleşen değişimler göz önüne alınacak olursa, ABD'de yaşayan Afro-Amerikalıların sivil haklardaki genişlemenin sonucu olarak söz konusu haklar gelişmeden önceki konumlarına oranla bir nebze daha iyi durumda oldukları söylenebilir.

Hukukun üstünlüğünün olabilirliğini saptayınca ortaya iki önemli sonuç çıkmaktadır. Birincisi, eğer hukuk yalnızca politikadan ibaret ise; bu durum hukukun illâ ki öngörülemez olacağı anlamına gelmez. İkincisi, hukukun büsbütün politik olduğu kabul edilse bile bu durum hukukun katıksız, saf politikanın dışında bazı köklere sahip olma olasılığına engel teşkil etmez. Bu

¹²⁶ Bkz: Kimberlé Crenshaw, Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law, 101 HARV. L. REV. 1331 (1988) (EHÇ'nin hakları "işe yaramaz" hale getirmesi eleştirilmektedir.)

¹²⁷ EHÇ'nin haklara ilişkin en sistematik eleştirilerinden biri için bkz: Mark Tushnet, An Essay on Rights, 62 TEX. L. REV. 1363 (1984).

sonuçlar bir dereceye kadar gösterişsiz gözüke dahi *common law* anlayışında yerleşmiş çağdaş anayasal demokrasinin içinde yer alan ikna edici bir hukukun üstünlüğü anlayışının kurgulanmasında adeta sağlam bir "fırlatma rampası" sağlamışlardır.

VII. COMMON LAW VE ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLE HAKKANİYET ARASINDAKİ GERİLİM

Bir ideal olarak *common law*'nun bakir haline dönecek ve yukarıda bahsedilen¹²⁸, bir yere izinsiz giren hayvanlarla ilgili örneği anımsayacak olursak, *common law*'nun *Rechtsstaat* ya da *État Légal* bağlamında uygulanan Kara Avrupası hukuk sistemlerinden tamamen farklı bir şekilde işlediğini görebiliriz. Kara Avrupası sisteminde yargıç, önüne gelen uyuşmazlık karşısında, uyuşmazlıktan önce çıkmış olan yasaları usullama üzerinde modellenmiş tündengimli bir süreç içerisinde uygulamakla yükümlüdür. Bu durumda uyuşmazlıkla ilgili olgular küçük önermeyi teşkil ederken uyuşmazlığa uygulanacak norm da büyük önermeyi teşkil eder. Böylelikle sonuç olarak yargı kararı tasımsal olarak elde edilir. Tam tersine *common law* yalnızca tündengimli bir süreç içermez, uyuşmazlıktan önce var olan normları ilgilendiren mevcut uyuşmazlığın çözümünde temellenen gelecek odaklı norm yapma fonksiyonunu da içerir. İzinsiz olarak bir araziye giren büyükbaş hayvan örneğine¹²⁹ değinecek olursak uyuşmazlığa yol açan hareketin gerçekleştiği zamanda tarafların uyuşmazlıklarına uygulanacak kural hakkında herhangi bir değerlendirme yapmaları söz konusu değildir. Bu kuralın ne olduğu (hala tamamlanmamış olmakla birlikte) hüküm verildiği sırada ilan edilecektir. Diğer yandan, bu hüküm tüm büyükbaş hayvan sahiplerine gelecekteki benzer uyuşmazlıklarda ne yönde karar verileceği konusunda ilan niteliğinde olacaktır. Buna uygun olarak özenli bir *common law* yargıcı önündeki uyuşmazlıkta adaleti sağlamaya çalışacağı gibi vereceği hükmün gelecekte doğuracağı sonuçları da dikkate almalıdır. Bu bakımdan *common law*, Kara Avrupası

¹²⁸ Bkz: supra pp. 35-36.

¹²⁹ Bkz: supra pp. 35-36.

hukuk sisteminin aksine hem (yargısal) yasama faaliyetini hem de daha önceden var olan normların yeterince sınırlamadığı hüküm verme faaliyetini içerir.

Bu gözlemlere uygun olarak EHC'nın da savunduğu gibi öngörülebilirliğin olmadığından bahisle saf *common law* sisteminin hukukun üstünlüğü anlayışının tam tersi bir duruma yol açacağı ileri sürülebilir. Ancak ideal olarak *common law*, baskın elitlerin ideolojisinin hizmetçisi olduğundan değil ama, ortak değerler üzerinde temellenmesi, toplumun çoğunluğuna adalet hissi vermesi, temel ilkelere sarsılmaz bağlı oluşuyla istikrarı güvence altına alan, pragmatik ve empirik bir hukuk düzenine olan bağlılığından dolayı önemli ölçüde öngörülebilir olabilir. Başka bir ifadeyle özel edinimler alanında olmasa dahi değerler ve ilkeler alanında yerleşmiş beklentileri karşıladıkça *common law*, hukukun üstünlüğü anlayışıyla uyumlu olabilir. Dahası *common law* evrimleştiği ve emsal kararlar toplandıkça, beklentiler ve çıktılar arasındaki çalkantıların büyük olasılıkla azalacağı söylenebilir. Son tahlilde, normların sürekli arttığı, istisna hükümleriyle delik deşik edildikleri ve birbirleriyle tamamen uyumlu olmadıkları göz önünde bulundurulduğunda, Kara Avrupası hukuk sisteminin uygulamada tündengelimsel ve tasıma dayalı kusursuz bir sistem olarak kalması mümkün değildir. Bu şartlar altında da sayıları sürekli olarak artan kompleks davalarda verilebilecek muhtemel kararlar tam olarak öngörülemezdir. Dolayısıyla farklı iki süreç olarak işleseler de, gerçekte *common law* ile Kara Avrupası Hukuk sisteminin en azından öngörülebilirlik bağlamında birleştikleri söylenebilir.

Çağdaş hukukun günümüz karmaşık dünyasındaki en önemli amacı beklentileri istikrarlı hale getirmektir.¹³⁰ İlk izlenimde Kara Avrupası tipi oldukça katı hukuk kuralları rejimi bu amacı gerçekleştirmek açısından, sürekli evrimleşen *common law* standartları ya da geniş *common law* kuralları doğrultusunda yorumlanmış gevşek bir şekilde anlam verilen yasa hükümlerine göre çok daha tercih edilebilir gözükebilir. Ancak diğer bir değerlendirmede ise *common law* metodolojisi,

beklentileri istikrarlı hale getirmenin iki yönlü külfeti ve hızla değişen ekonomik ortamda sürekli gelişen ihtiyaçları karşılamak açısından daha uyumlu olabilir. Gerçekten de yasa koyucuların, yargıçların ve özel tarafların çıkarları birbirine yaklaştıkça, alışılmışın dışındaki şartlara hızlı uyarlanma karşısında dahi beklentiler nispeten istikrarlı tutulabilir. Güncel çıktılarının öngörülebilirliği daha zor hale gelecek olsa dahi, hızlı değişen ihtiyaçlara uyarlanma ile kabul edilmiş standartların devam ettirileceği yolundaki güven, beklentileri istikrarlı hale getirmek açısından ekonomik gelişimin ön planda olduğu devletlerde en iyi araçları sağlayabilir.

Dolayısıyla EHC'nın eleştirdiği çıkarların birleşmesi olgusu, *common law* sistemi üzerinde temellenecek herhangi bir hukukun üstünlüğü projesinin istikrarı açısından kilit unsur olabilir. Ancak bu istikrar, birleşme değil de ayrılmanın norm haline geldiği durumlara kadar genişletilemez. Bu ihtimalde hukukun üstünlüğü, temel hakların korunmasına yönelmelidir. Temel hakların kapsamının değiştiği¹³¹ dönemlerde haklar üzerinde yoğunlaşmak önemli derecede öngörülemezliğe yol açabilir. Bununla birlikte çekirdek temel hakların nitelik ve kapsam olarak evrensel olmaya eğilimli oldukları göz önünde bulundurulduğunda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri ya da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası normlar eliyle temel hakların korunmasının daha öngörülebilir olmaya hazır olduğu söylenebilir. Temel hakların korunmasının dayattığı gereklilikler ile beklentilerin istikrarlı hale getirilmesinin zorunlu kıldığı gereklilikler stabilize oldukları ölçüde ikisi arasındaki çatışmalar dahi çoğunlukla öngörülebilir olacaktır.

Farklı iyi anlayışlarının bulunduğu herhangi bir çoğulcu toplumda neyin temel hak sayılacağı ve hukuki

¹³¹ Örneğin Earl Warren'ın baş yargıç olduğu dönemde (1953–1969) Yüksek Mahkeme, temel anayasal hakların kapsamını oldukça genişletmiştir; Genel olarak bkz: THOMAS WALKER & LEE EPSTEIN, THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES: AN INTRODUCTION (1993).

¹³⁰ Bkz: 73. dipnota eşlik eden metin.

beklentileri istikrarlı kılacak adil araçların ne olacağı konularında geniş ölçüde bir oydaşma olmayabilir. Her iki konu ile ilgili çok daha büyük bir anlaşmazlık ise var olan hukuki normların hukukun üstünlüğünün kurumsallaştırılması olarak değil de politikanın işlevi olarak algılanmasının muhtemel oluşudur. Daha genel olarak, algılama bağlamında politikanın üstünlüğünün toplumda önemli ölçüde parçalanmaya bağlı olduğu görülürken, hukukun üstünlüğünün farklı perspektiflerin büyük ölçüde entegrasyonu ile çok yakın bir ilişki içinde olduğu görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu algılamaların hukuki sonuçların öngörülebilir olup olmamasıyla ilgili yapabilecekleri bir şey pek de yoktur. Hatta denilebilir ki, aşırı ölçüde parçalanmış bir toplumda birçok yurttaş hukuka yabancılaşmakta ancak yine de hukuki sonuçları öngörebilmekte ya da bu sonuçların adil olmadıkları gibi kaçınılmaz olduğunu da düşünebilmektedir. Aksine daha büyük bir bütünleşme doğrultusunda hızlıca ilerleyen bir toplumda geniş ölçüde desteklenen ve durmaksızın evrimleşen temel hakların beklentileri hayal kırıklığına uğratabileceği ancak adalet ve meşruiyete önemli ölçüde katkıda bulunabileceği söylenebilir. Kısaca eğer hukukun üstünlüğü, adalete bağlı ise büyük ölçüde bir öngörülemezliğe de açık olacaktır. Diğer yandan hukukun üstünlüğü, tamamen öngörülebilirlik üzerine dayalı ise yaygın bir adaletsizlikle de uyumlu olacaktır.

Son tahlilde Anglo-Amerikan hukukun üstünlüğü anlayışının önemli sayıda biçimsel unsuru, işe yarar ölçüde öngörülebilirliği, adaletin olduğuna ilişkin makul bir şuru ve birleştirilmez bölünmüşlüğü aksine göreceli bütünleşme ile hükümet ve yasama çoğunluğuna karşı usule dayalı bir düzen içerisindeki bireysel haklara ilişkin kültürel bir tercih gibi içeriksel unsurları birleştirmek açısından müktedir olduğu gözükmektedir. Ayrıca hukukun üstünlüğünün bu şekilde algılanma biçimi, hukukun politikadan tamamen arındırılmasına değil, hukuk ile politika arasındaki işbölümünün sürdürülmesine bağlıdır.

Başka bir yazımızda¹³² ayrıntılı olarak tartıştığımız gibi, hukuk ile politika arasındaki ayrım, geçmişte ortaya çıktığı zamanki durumunun, önceden adil ve öngörülebilir varsayılan muhtemel sonucu makul bir şekilde belirten standartların uygulanması bağlamında yeniden ele alındığında etkinleşmektedir. Böyle bir yeniden inşa mümkünse verilecek hüküm hukuki olarak adaleti kurar ve hukukun üstünlüğü ile uyumlu olur. Aksi takdirde hüküm politik adalete katkıda bulunur; ancak politika alanının ötesine geçemez. Sonuç olarak hukuk ile politika arasındaki ayrım her şeyden önce bakış açısındaki farklılığı yansıtır. Hukuksal ve keza hukukun üstünlüğü bakış açısından hukuki argüman ve hukuki söylem ön planda olurken, politik argümanlar ile değerler arka planda kalır. Bununla uyumlu olarak hukuki söylemdeki başa çıkılmaz bozukluklar ile hukuki argümantasyondaki onarılmaz aksaklıklar hukuka göre adalet açısından başarısızlığı beraberinde getirir.¹³³ Aksine politik bakış açısından politik ilgiler ile değerler ön planda olur ve hukuk arka plana itilir. Hukuk söyleminde politik kararlara atıf olabilir ancak politik unsurlar baskın olup işin mantığını bozduğu takdirde bu söylem gerçekten hukuki olarak nitelendirilmez yahut hukukun içinde yer almaz. Gayet tabii politik ve hukuki kararlar arasındaki işbölümü hukukun üstünlüğü ile uyumludur ancak bu işbölümünün tüm kararların biçimsel olarak hukuki ama görünüşte tamamen politik olduğu bir sistemle uyumlu olduğu söylenemez.

VIII. SONUÇ: ANAYASAL DEMOKRASİ VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN SINIRLARI

Yazılı bir anayasa ve köklü bir *common law* anlayışı üzerine dayanan Amerikan hukuk sistemi belli çelişkileri içermesi ve hukuk ile politika arasındaki ayrımı bulandırmaya eğilimli olmasına rağmen hukukun üstünlüğü rejiminin gereksinimlerini şüphesiz karşılayacak düzeydedir. Temel değerler ve amaçlar, adalet ve başlıca anayasal haklar açısından oydaşma olması şartıyla, Kara Avrupası'ndaki emsallerine

¹³² Bkz: JUST INTERPRETATIONS, supra note 14, at 74–83.

¹³³ Id. at 82–83.

nazaran görünür bir şekilde esnek olması sebebiyle Amerikan sisteminin tutarlı bir hukukun üstünlüğü rejiminin yerleşimi açısından daha uygun olduğu gözükmektedir. Aksine, oydaşmanın ciddi bir şekilde bozulması halinde Amerikan sisteminin hukukun üstünlüğü rejimini sağlaması katı bir şekilde kanunilik üzerine dayanan geleneksel Kara Avrupası sistemine göre daha zor olacaktır.¹³⁴

Dolayısıyla, en azından belli elverişli koşullar altında hukukun üstünlüğü hem öngörülebilirliğe hem de adalete katkıda bulunabilir. Bu durumun hem Anglo-Amerikan sisteminde hem de Kara Avrupası sisteminde aynı derecede mümkün olduğu gözükmektedir. Ancak bunun ötesinde hukukun üstünlüğü ile öngörülebilirlik arasındaki ve hukukun üstünlüğü ile adalet arasındaki bağın içsel olarak mı yoksa dışsal olarak mı var olduğu belirgin değildir. Diğer bir deyişle belli koşullar altındaki hukukun üstünlüğü öngörülebilirlik ve adaleti sağlamakta mıdır? Yoksa sadece bu kavramlarla örtüşmekte midir?

Habermas'ın modifiye edilmiş meşruiyet kriteriyle¹³⁵ uyumlu olarak önceden var olan rızaya atfolunabilir normatif değerler takdir edilmesi amacı bakımından öngörülebilirlik çok önemlidir. Diğer yandan adalet objektif ve sübjektif bileşenlerine bölünmektedir. Eğer

¹³⁴ Gerçekten tümdengelimli akıl yürütme modeli üzerine dayanan makul sertlikteki bir Kara Avrupası sistemi, ideolojileri, siyasi saikleri ve adalet felsefeleri ile birbirinden farklılaşan yargıçların elindeki *common law* sistemine göre daha öngörülebilir olmaya eğilimlidir. Ayrıca bu şartlar altında *common law* sisteminin adaleti teşvik edeceği yolunda bir algılama yaratmayacağı da hakikattir. Ancak vurgulanması gerekir ki çağdaş Kara Avrupası anayasal rejimleri, geleneksel öncüllerine nazaran *common law* rejimlerinden çok daha az farklılaşmaktadırlar; Bkz: e.g., Dominique Rousseau, *The Constitutional Judge: Master or Slave of the Constitution?*, in *CONSTITUTIONALISM, IDENTITY, DIFFERENCE AND LEGITIMACY: THEORETICAL PERSPECTIVES* 261 (Michel Rosenfeld ed., 1994) (Anayasa yargıcının Fransa'daki rolü tartışılmaktadır); Jacobson&Schlink, *supranote* 85, at 197 (Alman Anayasa Mahkemesi'nin geniş yetkileri tartışılmaktadır).

¹³⁵ Bkz: 42-45.dipnotlara eşlik eden metin.

yurttaş açık veya örtülü olarak hukuku veya hukuki rejimi onaylıyorsa rejimin sübjektif olarak adil olduğu düşünülebilir. Tersine böyle bir onayın olmadığı durumda hukukun ya da hukuki rejimin onaylanması yurttaş açısından makul kabul edilebilecek ise rejimin objektif olarak adil olduğu söylenebilir.¹³⁶

Yukarıda üzerinde durulan Habermas'ın modifiye edilmiş meşruiyet kriteri doğrultusunda, hukukun üstünlüğü ile adalet arasındaki dışsal bağın ancak hukuk dışı norm ve değerler üzerinde geniş çapta oydaşma bulunması ya da diğer ifadeyle iyi anlayışlarının güçlü şekilde yakınlaşması halinde mümkün olduğu gözükmektedir.¹³⁷

Ancak birbiriyle yarışan iyi anlayışlarının olduğu çoğulcu bir toplumda hukukun üstünlüğü ile hem öngörülebilirlik hem de adalet arasındaki güçlü dışsal bağın yaygın olduğunu düşünmek zor gözükmektedir. Gerçekten, birbiriyle yarışan iyi anlayışlarından kaynaklanan önemli ayrılıklar dikkate alındığında, belirli hukuk kuralları hatta rejimlerinin bir bütün olarak, belli bazı çekişen çıkarları ya da iyi anlayışlarını diğer iyi anlayışları veya çıkarlar pahasına teşvik etmekle mahkum oldukları kaçınılmaz gözükmektedir. Haliyle çoğulcu toplum bağlamında, Habermas'ın modifiye edilmiş meşruiyet kriterinin gereklerinin yerine getirilmesinin hukukun üstünlüğü ile hem öngörülebilirlik hem de adalet arasındaki içsel bağdan vazgeçilmesi üzerine bağımlı olduğu görülmektedir.

İncelenen her üç gelenekteki gelişim şekliyle hukukun üstünlüğü, gerekli içsel bağın kurulması açısından eninde sonunda yetersiz kalmaktadır. *Rechtsstaat* her üç formunda da gerekli içsel bağı güvenceye almak

¹³⁶ Diğer bir ifadeyle sübjektif adalet katılımının perspektifinden ölçülürken, objektif adalet ise gözlemcinin katılımcıların iyi anlayışlarına açıklama getirecek perspektifi ile belirlenir.

¹³⁷ Söz konusu koşullar altında hukukun (sübjektif) adaleti, arkasındaki sağlam vizyondan kaynaklanabilir ve hukukun öngörülebilirliği hukuki sonucun hükümden önce öngörülebilir olup olmamasına bakılmaksızın adil ve düzenli beklentiler üzerinde yeterli bir şekilde temellendirilebilir.

açısından başarısız olmaktadır. Kantçı *Rechtsstaat* çıkarlar alanının üzerinde yükselmenin peşinde olmasına rağmen imkânsız ya da taraflı olarak sonuçlanmaktadır. Diğer taraftan pozitivist *Rechtsstaat* umudunu yasallık ilkesine sıkı bir bağlılıkta görmekte ve haliyle öngörülebilirliği garanti etse de adalet açısından bir güvence sunmamaktadır. Son olarak çağdaş *Rechtsstaat* ya da *Verfassungsstaat*, insan onuru gibi temel normlar ve değerlerin anayasallaştırılması eliyle adaleti hedeflemekte, ancak belli çatışan çıkarları diğerleri zararına desteklediği kadarıyla oydasma yaratmada başarısız olmaktadır.

Rousseaucu *État légal* ve *État de droit* anlayışları da gereken içsel bağın gerekliliklerini karşılamak açısından başarısız olmakta ve haliyle Habermas'ın modifiye edilmiş meşruiyet kriteri bakımından yetersiz kalmaktadırlar. *État légal* ve genel iradeyi desteklemek yolundaki görevi, anayasa altı düzeyde işleyen hukuki normlara meşruiyet kazandıracak demokratik özyönetimin desteklenmesi eliyle kuşkusuz söz konusu kriterin yerine getirilmesine katkıda bulunabilir. Ancak genel irade çok soyut ya da mistik olmaya devam ettikçe ve özyönetim kendi başına adaleti temin edemedikçe gereken meşruiyeti sağlamak açısından tek başına *État légal*'e dayanmak mümkün olmayacaktır. Bu durum *État de droit*'nın savunucuları tarafından anlaşılmıştır ancak doğan anayasal rejim, Kant veya Locke'un hak anlayışı veya Alman Temel Kanunu'nda yerleşik birbiriyle çekişen temel değerler gibi olgulara dayanan yetersiz biçimsel kriterlere bel bağlamayı aşamaması konusunda Amerikan veya Alman emsallerinden daha becerikli olmadığı için *État légal*'in *État de droit* ile tamamlanması meşruiyet sorununu çözmemektedir.

Son olarak dikkat edilmesi gereken şudur ki, yeteri derecede ortak değerlere ilişkin oydasma bulunmadığında, *common law*'a dayalı ve anayasal olarak şekillendirilmiş Amerikan hukukun üstünlüğü anlayışının hukukun üstünlüğünün yaşama geçirilmesi ile hem öngörülebilirlik hem de adalet arasındaki içsel bağın devamını tek başına garanti edemeyeceği olgusudur.

Yasallığa bağlılığın, temel haklara ilişkin güvencelerin ve politik sürece yurttaşların katılımını sağlayacak gerçek imkânların yokluğu halinde Habermas'ın modifiye edilmiş meşruiyet kriterinin tamamen imkânsız olacağı söylenebilir. Dolayısıyla, sözü edilen her üç gelenekteki hukukun üstünlüğüne bağlılık, meşruiyet açısından gerekli ancak yetersiz araçlar olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, ayrıntılı olarak incelerken gördüğümüz üzere, her üç hukuk rejimi neyin yanında oldukları bağlamında değil de neye karşı oldukları bağlamında meşrulaştırmaya daha hazır gözükmektedirler. Dolayısıyla sorun, var olan liberal demokratik hukukun üstünlüğü rejimlerinin çok kültürlü ve çok etnikli toplumlardaki kimlikle ilgili iddiaların tanınması ve bağdaştırılmasına mani olma eğilimini önleyecek bir hukukun üstünlüğü rejimini bulmaktır. Böyle bir rejimin neye benzeyeceğini söylemek zor olabilir; ancak hiç şüphe yok ki usuli güvencelerden ve klasik liberal haklardan çok daha fazlasını içermek zorunda olduğu açıktır.

Açıklıkla söylenebilir ki hukukun üstünlüğü rejimlerinin gerçekleştirilmesinin beraberinde getirdiği kazanımlar heba edilmemelidir. Ancak bir sonraki adımın ne olacağı ucu açık bir sorudur. Söz konusu rejimler iyi anlayışlarının çoğulluğunu layığıyla uzlaştırmak bakımından yetersiz görüldüğü ölçüde, yapılabilecek en iyi işin çoğulculuğu yerleştirecek daha iyi araçlar bulmak olduğu söylenebilir. Bunun da hukukun üstünlüğünün dönüşümü ve hukukun üstünlüğünün ötesindeki kurumlar ile uygulamalar eliyle ne ölçüde başarılacağı belirsizdir. Ancak hukuk ile öngörülebilirlik ve adalet arasındaki gerekli içsel bağları sağlamak açısından hukukun üstünlüğünün başarısızlığı dikkate alındığında, en azından bazı gerekli değişikliklerin hukuk alanının ötesinde gerçekleşmesinin zorunlu olduğunu varsaymak akla yatkın gelmektedir.