

Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti

Mehmet Tevfik ÖZCAN*

1. Giriş

Uygarlık tarihinin incelediği toplumlara genel olarak baktığımızda, bu toplumların bütünsel varlığının belli bir iktidar düzeni içinde olanak dahiline girdiğini, kendilerini destekleyen iktidar yapıları etkisiz kaldığında varlıklarını da yitirdiklerini görürüz. Bu genelleme ile hemen devletçi bir siyasal tavır belirlemek veya sosyal bilimlere ilişkin konuların tümüne birer iktidar sorunsalı olarak bakmamız gerekmiyor. En azından, iktidarın türlerini, birbirleriyle bütünleşmelerini, siyasal meşruluğun inşası şekillerini, iktidara tabi olma durumunu ve çıkar çatışmalarını, ilk bakışta iktidarla ilgili olan, ancak sadece iktidar yapısının bilgisiyyle aydınlatılmayan sorunlar olarak özel bir şekilde incelemek gerekir. İktidarın dağılımı ve meşrulaştırılması bakımından modern öncesi toplumlarda, kural olarak, egemenlik yapıları kuvvete dayalı olarak inşa edilmiş olan toplum yapılarının meşruluklarının yine aynı iktidar yapısıyla bütünlüklü din

ve hukuk tarafından inşa edildiğini görürüz. Uygarlığın erken aşamalarından beri görülen yasaların (bildiğim kadarıyla en eskisi MÖ 2330'a tarihlenen Sümer uygarlığındaki Urugakına Yasasıdır) toplumsal yaşamı sürdürmeye dönük rol ve işlevi dinsel meşruluk tarafından inşa edilen daha kuşatıcı bir zihin yapısı ve din adamları tarafından işlenen *kanon* içinde yer tutar¹. Kapitalizmle birlikte, askeri kapasiteye bağlı kuvvet kullanımıyla iktidara sahip olan egemenlik yapısının önce burjuvazi tarafından yeni bir iktidar paylaşımına itildiği bir süreç yaşandı. Bu, tek merkezli olan iktidarın sermaye sahipliğinin yaygınlığı ölçüsünde birden fazla merkez arasında paylaşılmasının talep edildiği bir demokratikleşme sürecini ortaya çıkardı. İngiltere gibi, bu iktidarın krallık, toprak sahipleri ve burjuvazi arasında zamana yayılan çatışmalar ve alt üst oluşlarla tedricen paylaşıldığı örneğin yanında, monarşinin bu paylaşımında hasislik yaparak burjuvazi tarafından alaşağı edildiği örnek olarak iki ideal tipe sahibiz. Bu süreç, sadece dü-

şünce dünyasına ait değil, dünyevi olarak da varlığı dikkati çeken bir kurum olarak dinin meşruluk üretme kapasitesinin sona ererek özel alana taşındığı bir gelişmeyi ortaya çıkardı. Abartılı çıkarsamalar bir yana bırakılırsa, Habermas'ın incelediği seküler söylemin meşruluğu inşa etmesi olarak "iletişimsel rasyonellik" bu dönemin meşruluk idealidir². Zira, burjuvazinin çıkarları sahiplerine pazarlık yapma cesaretini verecek düzeyde belirgin unsurdur. Bu durum din adamının okuyup üfleme-siyle geçiştirilemez; bu yüzden hem din bu çıkarlara göre anlaşılacak şekilde özel alana ait hale gelir, hem de devletin muhatap almak veya dikkate almak zorunda olduğu bir kamusalılığın inşasıyla sonuçlanır. Bu dünya sisteminin de kapitalist sistem olması koşullarında, devletin egemenlik yapısının burjuvazi aracılığıyla teşhis edildiği bir noktaya evrilir.

Toplumsal düzenin yasalarla temin edildiği toplumları modern toplumlarla sınırlı saymak olanaksızdır. Devlet yapısının var olduğu koşullarda beliren uygarlık örneklerinin tamamında yasaların toplumsal düzeni temin etmede siyasal ve geleneğe ilişkin yapılarla birlikte az veya çok rol oynaması dik-

kati çeker. Ancak, "hukuk devleti" olarak adlandırılan, yönetilenler bakımından toplumun hukuk üzerinden taraf edildiği modeli sadece modernlik koşullarında görürüz. 1075 Papalık Devrimi sonrasında Avrupa'da hukukun bilimleşmesi sürecinde, Harold Berman, hukukun özerkleştiğini ifade ile bu özelliği batı hukukunun hukuk devleti geleneğinin temelini oturtmuştu³. Bu sadece batıya özgü bir durum da değildir. Osmanlı Devleti'nde 17 ve 18. yüzyıllarda şeriatın daha görülür hale gelmesi de aynı yönde değerlendirilebilir⁴. Ancak bu iki örnekte de hukuka riayet etmek durumunda olan insanların gerçek veya saymaca onaylarına ihtiyaç duyan bir siyasal sistem söz konusu değildir. Hukuki topluluğun mensupları, kendi yaşamlarını hukuk kurallarına göre algılamalarının öncesinde, dinsel olarak meşrulaştırılmış, yani yurttaşların meşruluk üretmelerine olanak vermeyen bir egemenlik yapısına tabi durumdadır. Toplumsal düzenin dinsel referans olmaksızın sadece hukuk aracılığıyla tanımlandığı koşullarda seküler ve kendi kendini meşrulaştıran bir düzen ilkesi ve meşruluk gereklidir. Hukuk devleti olarak tanımlanması henüz söz konusu olmaksızın

(*) Doç. Dr., İ. Ü. Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ve Hukuk Tarihi Anabilim Dalları Öğretim üyesi. Elinizdeki makalenin taslağı başlangıçta "Laiklik ve Hukuk Devleti" başlığına uygun olarak kaleme alınmış ve 7-9 Eylül 2006 tarihlerinde İstanbul'da toplanan "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar III" sempozyumunda özetlenerek sunulmuştu. Ancak metnin uzunluğu nedeniyle, yayım aşamasında iki ayrı makale olarak yayınlamanın daha isabetli olacağına karar verdim. Laiklik konusunu ihtiva edecek olan diğer makaleyi daha sonra yayınlayacağım. E-posta: mtozcan@istanbul.edu.tr, mtozcan@yahoo.com

(1) Jan Assman, *Kültürel Bellek, Eski Yüksek Kültürlerde Yazı, Hatırlama ve Politik Kimlik*, Çev. Ayşe Tekin, İstanbul, Ayrıntı, 2001, passim. Bu konudaki görüş için bkz. Mehmet Tevfik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 2. b., İstanbul, Set, 2003, s. 179, et seq.

(2) Cf., Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, Trans. By, William Rehg, Cambridge, Polity Press, 1998, pp. 118 et seq.

(3) Harold J. Berman, *Law and Revolution*, Cambridge, Mass. Harvard University, 1983 ©, p. 165 et seq.

(4) Osmanlı Devleti'nde bugünün hukuk devleti anlayışına yakın sayılabilecek olan "şeriat" ile yine hukuk devletinin asli unsuru olan "kanun" arasında belli bir gerilim mevcuttur. Hukuk devleti yasa yapmaya da hukuki bir form getirir, dolayısıyla yasama ile hukuk devletinin gerilimli olmayan bir ilişki modeli mevcuttur. Oysa, Osmanlı Devleti'nde bunlarda biri önde olduğunda diğeri güçten düşüren bir ilişki vardır. Osmanlı Devleti'nde hukuk devleti arayışı adına kanunu suçlarsak, bu kez devletin reform yapmasını ve bütün olarak modernleşmeyi yadsınamamız gerekir. Tanzimat Fermanı ve izleyen gelişmeler başarılı olsaydı, gidis yönü hukuk devleti istikametinde olabilirdi. Cf., Ömer Lütfi Barkan, XV. ve XVI. yy. 'da Osmanlı İmparatorluğunda Ziraî Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, C.I, İstanbul, İ. Ü. Edebiyat F., 1943, s. ix-xlii; Richard Repp, "Osmanlı Bağlamında Kanun ve Şeriat," Sosyal ve Tarihi Bağlamı İçinde İslam Hukuku, Der. Aziz el-Azme, Çev. Fethi Gedikli, İstanbul, İz, 1992, s. 155-181. Prof. Hatemi hukuk devletini "adalet değerinin topluma hakim kılınması" ölçütüyle algıladığı için, bu değeri toplumda hakim kılmaya çabalarının tamamını, özellikle İslam hukukunun tutarlı uygulandığı bütün siyasal yönetimleri hukuk devleti içinde değerlendiriyor. Bkz., Hüseyin Hatemi, *Hukuk Devleti Öğretisi*, 1. b., İstanbul, İşaret, 1989, s. 47, 77 et passim.

ve uzun bir siyasal tarih sürecinde görece olarak kısa bir yer tutan Atina'da MÖ 510-511'de kanun koyucu yapılan Kleisthenes'in kurduğu demokraside, yurttaşlık hakkına sahip olanların karar süreçlerine katılması yanında, kanun önünde eşitliğini ifade eden isonomia güvencesine sahip olduklarını görüyoruz. Bunun, hukuk devleti tartışmalarının tabanında yer alan, kanun önünde eşitlik ilkesinin tarihsel kökeni bakımından hatırlanması gerekir⁵. Antik Yunan'daki demokrasi deneyimi dışında, modern öncesi hukuk yapıları meşruluğunu dine dayandıran ve hukuku politik sistemin uzantısı haline getiren bir yaklaşım biçimine sahipti. Oysa, modernlikle birlikte, imparatorluk modeline uygun düşen tabiiyet biçimleri yerinden edilmiş, birey meşruluğu ulus devlet formunda inşa edilen yeni devlet yapısında dünya sistemi bakımından kendisini ulusun mensubu olarak tanımlamak durumuna gelmiştir. Bu koşullarda bireyler ve birey grupları da

kendi toplumundaki konumlarını hukuk aracılığıyla algılamaya başlamışlardır.

2. Prosedüral Hukuk Devleti:

Modus Vivendi

Modernliğin siyasal meşruiyetin genel formunu yapıbozumuna uğratması, modern öncesinden miras alınan toplumun devlete göre tarif edilmesi olgusuyla bir arada düşünüldüğünde, rasyonellik iddiasının toplumsal ilişkiler alanının tümünü kapsamasına neden oldu. Toplum, bir kez Tanrı edimi olarak algılanmaktan çıkınca, her bireyin devletle ve başka bireylerle yaşadığı çıkar uyumsuzlukları da aynı terimlerin alanına dahil olur. Hukuk, artık toplumu ahlaklı kılmanın aracı değil, bireysel dünyalara ait hale gelmiş ahlakları yaşanabilir kılmaktır. Modernliğin inşasındaki burjuvazinin mutlakçı kral-lara, soylu sınıflara ve kiliseye karşı eşitlik mücadelesi daha sonra sosyal sı-

(5) Isonomia kavramında ifade edilen kanun önünde eşitlik, demokrasinin özü sayılmıştır. Isonomia kavramının ilk kullanımının Samos adasında olduğu saptanmıştır. Kavramın, adanın Pers istilası altında olduğu yıllarda, Pers soylularının MÖ 522'de başlayan iktidar kavgaları sonrasında, geliştiği ifade edilmiştir. Bkz., Charles W. Fornara, and Loren J. Samons II, Athens from Cleisthenes to Pericles. Berkeley: University of California Press, 1991 c., pp. 38-47, 166-167. Atina ve Sparta arasındaki Peloponnesos Savaşı'nın başında (MÖ 431'de), savaşta yaşamını kaybetmiş Atinalılar için yapılan cenaze töreninde yapıldığı meşhur konuşmasında Pericles hukuk devleti açısından önem taşıyan bir kamu yaşamını betimlemiştir. Pericles, Demokrat Parti lideri olarak başa geçmiş, ancak Pers savaşlarının yol açtığı ortam koşullarında bir yandan lütkü bir kral gibi olağanüstü yetkiler kullanmış, diğer taraftan yine bu savaşın yarattığı krizden yararlanarak Atina'yı imparatorluk siyasetine yönelmiştir. Konuşmasında güvenimize varan bir milliyetçilik vurgusu görülen Pericles, Atina kurumlarını Atinalıların özgürlüğü (tabii burada köleler kast edilmemekte), yasalara tabi olmaları, hukukun üstünlüğü ve demokrasi unsurlarına dayandırmıştır. Konuşmada Atinalıların kahraman atalarından ve geleneklerinden söz edilse de, bir dinsel meşruluk söylemi görülmemektedir. Eğer söz edilen yaşam kalıcı bir model olsaydı, hukuk devleti tartışması için Atina sitesinin MÖ 510'da Kleisthenes reformları ile başlayan demokrasi dönemi hareket noktası olabilecekti. Ne var ki, istikrarlı bir süreç halinde gelişmeyen bu dönem, MÖ 411'de tiranlık idaresi kurulmasıyla son bulmuştur. Burada Atina sitesinin tek merkezli bir monarşiye sahip olmamasıyla paralellik gösteren merkezi şekilde meşruluk üreten bir dinsel kurumun yoluyla meşruluğun dine dayandırılması yerine, işleyiş tarazi veya eylemsel olarak demokrasiye göre belirlenen hukuka göre tanımlanması dikkati çekiyor. Konuşmadaki milliyetçi vurgu da, yüksek modernliğin bir yanda evrenselliği ilke edinmesi ile, diğer yanda ulus inşasına dönük pratiğinin ilk örneğini karşımıza çıkarmakta. Pericles'in söylevi için bkz., Thucydides, The History of the Grecian War, Trans by, Thomas Hobbes, Vol. I, London, John Bohn, MDCCCXIII (1843), ii. 34-46, pp. 187-201. Aristoteles politika üzerine eserinde iyi yönetim konusundaki görüşlerini belirlerken, savunduğu anayasal yönetim (politeia) modeli demokrasinin özgürlüğe dayanması ve yönetimin yasalarla icra edilmesi noktalarının üzerinde duruyor. Aristoteles'de (örneğin bkz. ii.6, ii.12, iii.14, iv.1, iv.6, iv.8) hukuk devleti algısı yönünden değer taşıyan ve Pericles'in görüşüyle tutarlı unsurları bulmaktayız. Bkz. Aristotle, Politics, Trans. by, B. Jowett, Vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1885, p. 42, 64, 96, 108, 119, 122.

nif haline gelecek işçilerin de tanınma ve eşit kabul edilme istemlerinin modelini biçimlendirmiş oldu. Hukuk devleti bu koşullarda ayrı bir meşruluk söylemine ihtiyaç duyulmayan, belli sınırlarda kullanıma elverişli yaşam dünyasını inşa etti⁶. Bu sınırların ne olduğu üzerinde fikir birliği yoktur, ancak verili bir toplumun inşa ettiği denge durumuna göre, su katılmamış liberalizmden devletin yeniden paylaşımında düzenleyici fonksiyonlarını icra ettiği modele kadar kapitalist devlete uygun düşen bir hukuk yaşamına kadar değişiklik gösterir. Burada dikkate alınması gereken, hukuk devleti konusundaki söylemin veya toplum kesimlerinin arzularının formları değil, bunların ne kadarının yaşandığıdır.

Dicey, 19. yüzyılın sonlarında Britanya İmparatorluğu'nun anayasal düzeninin dünyanın en meşru düzeni olduğunu belirtirken, bunu hukuk devletinin varlığına dayandırmıştı⁷. Dicey, hukuk devletini üç asgari ilkeye göre betimlemişti⁸: (1) Hiç kimse, olağan şekilde yapılmış hukuka göre, olağan mahkemeler karşısında hukuk ihlallerinin yargılanması dışında, cezalandırılmaz ve bedensel ve malvarlığı ile ilgili kısıtlamalara tabi tutulamaz. Bu

anlamda, hukuk devleti idari mahiyet-teki geniş ve keyfi kararlara tabi olmanın tersidir. (2) Hangi toplumsal sınıftan veya mevkiden olursa olsun, herkes eşit şekilde memleketin olağan kanunlarına tabi olmasıdır. (3) İngiliz kurumlarında görüldüğü üzere, toplumsal düzende hukuki ruhun önde gelmesidir. Bu üç ilkeye baktığımızda, bireylere göre anlaşılan kapitalist toplumda her bir bireye temin edilebilecek ölçüdeki güvenli yaşam dünyasının tanınımını yapılmış olduğu görülür. Yine her üç ilkeye baktığımızda, toplumsal ilişkiler dokusunun hukuk algısına göre tanımlandığı dikkati çeker. Bu hukuk tarafından betimlenmiş bir "olağan" yaşamın sürdüğü toplumdur; bunun karşıtı olan olağanüstü hal anayasa hukukçularının minimize etmek üzere çaba gösterdikleri, sadece yoğun siyasal bunalım koşullarında kısa süreli olarak kabul edilebilir yaşamdır. Yine bu olağan toplum, "hukukun ruhunu" sadece olağan yargı mercilerinin tanımlayabildiği dikkate alınarak, bireylerin hak ve yükümlülüklerini tanımlamada yargıçların kilit rol oynadığı, deyim yerindeyse, yargıçların her türlü idari karar alıcının üstünde olduğu yargıçlar devletidir. Nitekim, Dicey, İngiliz Anayasa Hukukunun üstünlüğünü, bu hukukun

(6) Yaklaşım farklarının olabirliğine rağmen, hukuk devletinin Alman hukuk yazınında "rechtsstaat" kavramı ile 1798'den beri kullanılmakta olduğu belirtilmiş, J. W. Placidius, Adam Müller C. Th. Welcker, J. Ch. Frih von Aretin ve R. Von Mohl gibi yazarların kavramı kullandığına işaret edilmiştir. Bkz., Hayrettin Ökçesiz, "Hukuk Devleti," Hukuk Devleti, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Afa, 1998 ©, s. 17; Hatemi, op. cit., s. 7. İngiltere'de hukuk devletinin karşılığı olan "rule of law" aşağıda ele alacağımız Dicey'in 1895'ten başlayan görüş açısının çerçevesi içinde tartışılmıştır. Ancak, E. P. Thompson hukuk devletini 1723'de Kral I. George tarafından çıkarılmış ve yir yıl sonra zimnen yürürlükten kalkmış Drakon tipinde bir ceza yasası olan "The Waltham Black Act"ın uygulanması içinde hukuki eşitlik fikrinin gelişmesiyle ilişkilendirmiştir. Söz konusu yasa kırsal bölgelerde yoksulların sebep olduğu mülkiyete ve şahsa karşı suçları önlemeyi amaçlamışken, süreç mülk sahiplerinin de belli oranda yasayı ihlal etmeleriyle mahkemeleri hukuki eşitlik yönünde bir algı oluşumuna zorlamıştır. Yine bu noktada, Thompson'ın hukuk devletini siyasal iktidarın maskelenmesinden ibaret saydığını da hatırlatmalıyız. Bkz., E. P. Thompson, Whigs and Hunters, London, Penguin Books, 1990, p. 258, et seq.

(7) A. V. Dicey, Introduction of the Study of the Law of the Constitution, 8th ed., London, Mac Millan & Co, 1915, pp. 182-226.

(8) Ibid., pp.193-198.

yargı kararları ile yapılması (kendi de-yimiyle "yargısal yasama" yoluyla ya-pılması) olduğunu belirtmiştir; bu ifade hukuk devleti güvencesinde temel rolü yargıya terk etmektedir.

Dicey'in hukuk devletini bir anaya-sa hukuku ilkesi olarak ortaya koyma-sında dikkati çektiği üzere, konu, son tahlilde burjuva toplumunun siyasal kurumlarının meşruluğunu temellen-dirmektir. Liberal bir toplum, başkaca bir meşrulaştırıcı söyleme ihtiyaç duy-maksızın, mensuplarının ortak yaşama-nı tanımlamada hukukun yeterli bir ya-şam tablosu sunmasıdır. Waldron'ın işaret ettiği gibi, hukuk devleti tarırsal bir toplum yerine, insan eseri yasalarla yönetilen bir toplumun tablosunu su-nar⁹. Bunu ifade ederken, ne liberal dü-şünürler, ne de kısaca onların görüşle-rini ortaya koyan ben, topluma ait ku-rumların tümünün hukukun içinde so-ğurulduğunu ifade etmiyorum. Esasen, yasaların içeriğinin minimalist bir maddi hukuku ihtiva etmesi gerektiğini açık veya örtülü olarak ifade eden libe-raller için hukukun toplumsal alanı da-kık bir tasarrufla düzenlemesi gerekir. Sadece, hukuk devletinde toplumsal düzen algısının hukuk olarak ortaya konulduğunu, politikanın da bu ölçüt aracılığıyla meşruluk sınırının belirlen-meye çalışıldığını ifade ediyorum. Böyle olunca, hukukun politika üstü veya politikadan etkilenmeyen, hatta ona meşruluk ölçütü sunan bir üst ko-

numa yerleştirildiğini düşünmemiz ge-rekir. Gerçekten, İngiliz hukuk düşün-cesinin temelinde yer tutan John Loc-ke'un liberalizmi, siyasal toplumun ku-rulması için yapılan sosyal sözleşme-nin akdedilmesinin *ratio decidendi*'si olarak doğal hakların korunmasını gös-termiştir. Locke, bu korumayı sağlaya-cak olan toplumsal düzene ilişkin (*ci-vil*) yasaların siyasal toplum tarafından yapılabileceğini dikkate alarak, siyasal toplumun sosyal sözleşme ile inşa edi-leceğini belirtmiştir¹⁰. Bu görüş açısına göre, insan eseri olan hukukun da meş-ruluk temelini temin eden "yaşam, öz-gürlük ve mülkiyet" olarak belirlenen üç doğal hakkın korunması hukuk dev-leti ilkesinin temelini oluşturur.

İngiliz hukukçularının *rule of law*, Amerikalıların *due process* olarak ad-landırdıkları hukuk devleti ilkesi her iki hukuk sisteminde doğal hakların korunması sınırında ele alınır. Bu, be-lirtilen hukuk sistemlerinin sadece ve sadece Locke'un siyasal meşruluk söy-lemiyle sınırlı bir algıya sahip oldukla-rı anlamına gelmez. Nitekim, Hume'un anti-rasyonalist çizgisini izleyen Her-bert Spencer¹¹ veya çağımızın liberal düşünürü Hayek, doğal hakların yerine yerleştiği "kendiliğinden doğal düzen" gereğince, özgürlük alanı olarak ifade ettikleri Locke'daki mülkiyet ve söz-leşme serbestisi ile teşhis edilen nüve-nin mutlak şekilde korunması görüşün-dedir¹². Konuya liberal özgürlük kavra-

ma açısından bakan bu iki hukuk çevre-sinde haklar yeniden düzenlenemeye-ceğinden, siyasal meşruluk için maddi hukukun değiştirilmemesi asıldır. Loc-ke'un, doğal hukuk içinde özetlediği siyasal alanın müdahalesinden masun kılınan hukuk, Hayek'de "kendiliğinden düzen" olarak ifade edilen *laissez faire* liberalizminin görünmez elinin düzenlediği piyasa temelinde betimlen-en ilişkiler alanıdır. Hayek, bu nokta-da demokrasinin popüler kabul gören her türlü talebi yasalastırması nedeniyle, kendiliğinden doğal düzene zarar veren bir unsura dönüşebildiğini belir-terek, demokrasi ile hukukun üstünlü-ğünü cesur bir şekilde karşı karşıya ge-tirmektedir¹³. Amerika Birleşik Devlet-leri'nde İç savaş sonrasında konulan *Fourteenth Amendment*'de düzenlenen *due process* yukarıda belirtilen üç do-ğal hakkın eşit olarak bütün insanlarca kullanılması, özellikle, idare ve yasa-manın bunların kullanımına müdahale-sinin önlenmesi amacıyla yürürlüğe konulmuştur¹⁴. Hukuk devletine "pro-cedüral" bir gereç olarak yaklaşan Amerikan hukukçuların Anayasa tadi-linin yasalastığı 1866'dan önce, daha 1850'lerde bazı mahkemeler eyaletle-rin bu alana dönük olarak çıkardıkları yasaları sınırlayan kararlar vermişler-di¹⁵. 1866 tarihli anayasa tadili yine ay-

nı tarihlere özellikle kölelikten yakın tarihte kurtulmuş olan siyahların mede-ni haklarını düzenleyen Civil Rights Act ve Freedman Bureau Bill ile ortak mantığa sahiptir. Belirtilen iki yasa, si-yahların sözleşme ve mülk edinme haklarını engelleyen uygulamaların kaldırılmasını birinci hedef olarak be-nimsemiştir¹⁶. Bu suretle, maddi hukuk bakımından üç hakkın korunması yargı organlarının yorumuna bırakılmıştır.

Hukuk devleti hukukun kendisi için gerekli bir ilke olmasının yanında, si-yasal meşruluğu hukuk ölçütüne bağla-manın ilkesidir. Burada, gerçekte hu-kuka ait özellikler olarak ele almamız gereken bazı ilkelerin bir kez daha hu-kuk devleti için de ifade edilebildiğini görüyoruz. Bunlar arasında hukuk ku-rallarının genel olması, formelliği, açıklığa sahip olması, hesaplanabilir olması sayılabilir¹⁷. Bütün bu çerçeve, başkaca bir meşruluk söylemine müra-caat etme gereği olmadan, devletin hu-kukla bağlı olması ölçütüyle meşrulu-ğun gerekli ve yeterli koşulunun sağ-lanmasıdır. Hukuk devletinin, en ikna edici sunumu liberal bir ideal olarak bi-reysel özgürlüğün güvence altına alın-masıdır¹⁸. Burada, Locke'un çizgisini izleyen doğuştan haklar doktrini veya bu yaklaşımın sosyal sözleşmecî retori-

(9) Jeremy Waldron, *The Law*, London, Routledge, 1990, pp. 39, 45.

(10) John Locke, *Two Treatises of Civil Government*, Introduction by, William S. Carpenter, London, Everyman's Library, 1966, pp. 118-119, 159-160, 201-207, 220.

(11) *The Man Versus The State*, London, Williams & Norgate, 1885, passim.

(12) Friedrich A. Hayek, *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, C.1 (Kurallar ve Düzen), Çev. Abilla Yayla, (Ankara), T. İş Bankası Yay., 1994, 55-71, 76, 92. Görüşlerini iktisadi planlama karşılığı temelinde geliştiren Hayek, plancılığın hukuk devletine aykırı olduğunu, hukuki eşitlik ilkesiyle yetinmek gerektiğini ifade etmişti. Bkz., Friedrich A. von Hayek, *Kölelik Yolu*, Çev. Tuhan Feyzioğlu ve Yıldırım Arsan, Ankara, Liberte, 2004 c. s. 106 et passim. Sururi Aktaş, *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, Ankara, Liberte, 2001, s. 137 et seq.

(13) Cf. Hayek, *Kanun...*, C. 1, s. 209

(14) Bkz., Edward Keynes, *Life, Liberty and Privacy: Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process*, w. Place, Pennsylvania State University, 1996, p. 31 et seq.

(15) *Ibid.*, p. 32

(16) Bu esnada, eski kölelik taraftarı olan Güney eyaletlerin askeri yönetim altında olduğu unutulmamalıdır; bu yasalarla Kuzeyli sanayiciler seçmen haline gelecek siyahların desteğini elde ederek, federal organlara yapılan seçimlerde Güneyli toprak sahiplerinin etkisini minimize etmeyi başarmış görünüyordular. Cf., Keynes, *op. cit.*, p.38, 42-43.

(17) Cf., Bill Schuerman, "The Rule of Law and the Welfare State: Toward a New Synthesis," *Politics and Society*, Vol. 22, No.2 (June 1994), pp. 197; Roger Cotterell, *Law's Community*, Oxford, Clarendon Press, 1995 ©, pp. 166-168. Cotterel konuyu Franz Neuman ve Otto Kirchheimer'in görüşleri çerçevesinde araştırmaktadır.

(18) Bkz., Bruno Leoni, *Freedom and The Law*, Princeton, New Jersey, D. Van Nostrand Co. Inc., 1961 ©, p. 59, et seq.

ğinden soyulmuş olan Hayek'in görüş açısı, toplumun kurucu edimini bireylere indirgeyen yaklaşımıyla hukuk devletini, pratikte mülkiyet haklarına dokunmama kabulüyle tanımlanan özgürlüğün olanaklı hale geldiği bir *modus vivendi* olarak betimlemektedir. Bu görüş açısı hukukun bir pozitivist için betimsel bilgi konusu olması durumunda anlamlıdır¹⁹. Hukuk devleti, tıpkı aralarında ateşkes yapmış devletler gibi, yurttaşların hukuka mevcut koşullarda değişiklik istemeden riayet etmesi anlamına gelir.

Liberal yaklaşımın söylem düzleminde kolay, ancak pratikte zorlu olan bu görüş açısı Raz tarafından iki temel ilke ve izleyen sekiz ilke ile betimlenmiştir²⁰. Bu iki temel ilke şöyle ifade edilmiştir: (1) İnsanların hukuk tarafından yönetilmeleri ve hukuka riayet etmeleri; (2) söz konusu olan hukuk insanlara rehberlik yapabilecek olmalıdır. İzleyen sekiz ilke ise şöyle sıralanmıştır: 1. Bütün yasalar geleceğe dönük, açık ve sarîh olmalıdır. 2. Yasalar görece olarak istikrarlı olmalıdır. 3. Tekil olarak yapılan yasalara (tekil hukuki emirler) açık, istikrarlı ve genel kurallarla yön verilmelidir. 4. Yargı bağımsızlığı güvenceye alınmış olmalıdır. 5. Doğal adaletin ilkeleri gözetilmelidir. 6. Mahkemeler diğer ilkelerin kullanılmasında kuvvetleri (yasama ve yürütmeyi-yazarın uotu) denetleyebilmelidir. 7. Mahkemeler kolayca ulaşılabilmelidir. 8 Suçu önlemeye yönelik kamu kurum ve kuruluşlarının hukuku ihlali önlenmelidir. Bu ilkele-

rin liberal toplumun yaşam koşullarını betimlerken, hukukun yargıçların ağzından ifade edilen haliyle dikkate alındığı, temel bir hukuk kaynağı olan yasamanın sorunlu hale geldiği görülmektedir. Aslında bu ilkeler Lon Fuller tarafından hukukun ahlaksallığı olarak betimlenmiş olan sekiz temel prensibin tekrarı mahiyetindedir²¹. Fuller, kapitalist piyasa modeline göre tasarımıyla ideal toplumun işleyiş koşullarını hukukun güvenceye alacağı beklentisindedir. Aralarında geçmiş olan tartışmalar bir tarafa, Fuller'in "hukukun iç ahlaksallığı", Raz'ın da "değer" olarak ifade ettiği hukuk devleti tasarımı²², politika alanında liberalizmi zorlayan taleplerin olmadığı *laissez faire* kapitalizmi koşullarında yaşam şansı bulur. Bu gerçekten bir *modus vivendi* oluşturabilir; ancak bu görece eşit koşullarda sözleşme ilişkileri kurabilen bir mülk sahipleri toplumuna aittir. Hukuk devleti bu koşullarda sadece prosedüral adalet olarak dikkati çeker. Bu noktada, prosedüral hukuk devleti yaklaşımının liberal kamusal alan algısıyla tam bir paralellik gösterdiği dikkati çekmektedir.

Nihayet, hukuk devleti -Raz'ın ilkelerinde dikkati çektiği gibi- sadece bireylerin hak aramalarıyla ilgili değil, aynı zamanda yasama organının edimlerinin hukuka uygunluğunu da gerektirir. Türk hukukunun da içinde bulunduğu geniş bir hukuk ailesi kanunların anayasaya uygunluğu denetimi usulünü benimsemesi bu anlayışın sonucudur. Burada, kanunların dar anlamda

anayasa metnine nazaran yargılanabilmesinden daha çok, anayasanın ne olduğuna yüksek mahkemenin karar vermesi Dicey'in tanımındaki hukuk devletinin unsurudur. Bunun yanında, yine Dicey'in üstünde özellikle durduğu husus, hukuk devletinin patriyarkal yönetim metotlarına aykırı düşüğüdür. Ona göre Fransa'nın *Droit Administratif* i yürütme gücüne yargısal bir sınır getirmediği için hukuk devletine aykırıdır. Dicey'in söz konusu ettiği çalışmasının ilk baskısı 1885 tarihli olmakla, daha sonra 1915'deki sekizinci baskıya yazdığı girişte zayıflayacak bir görüş olsa da, kendisi 19. yüzyıl sonlarında Fransız siyasal sisteminin hukuk devleti içinde değerlendirilemeyecek olduğu görüşündedir²³. Hukuk devleti tekil bireylerin dar anlamdaki hukuk güvenliğinden daha fazla olarak toplumsal meşruluğun tümünü inşa etmeyi hedeflediğinden, idarenin her türlü yönetsel ve kollukla ilgili edimlerini yasalarla bağlı hale getirme çabasını içine alır²⁴.

3. Maddi Hukuk Devleti: Hukuk Devletinin Maddi Hukuku İnşası

Dicey'nin parlamento yasamasının liberalizme aykırı sonuçlar vermeyeceği yönündeki örtük kabulü, 19. yüzyılın son çeyreğinden itibaren yasama yoluyla kural koymanın yaygınlaşması koşullarında sıkıntı kaynağı haline gelmeye başlamıştır. Dicey, İngiltere için parlamentonun üstünlüğü görüşünü ifade ederken, hukuk devleti yönünden mahkemelerin hukuk yapması

anlamında "yargısal yasama"nın varlığını güvence olarak ifade etmişti²⁵ ve bu liberalizmin sınırlamalarını aşan bir yasa yapmayı konu dışında bırakıyordu. Liberalizmin prosedüral hukuk devleti ile yasama arasındaki denge, yasama organının görece olarak az yasa yapması, hatta özel mülkiyet ve sözleşme ilişkileri alanlarını düzenlemesi durumunda işleyebilirdi. Kapitalizmin ağırlıklı olarak küçük mülk sahiplerini içine aldığı koşullarda bu olanaklıdır; ancak kapitalist rekabetin yerini tekelleşmeye bıraktığı koşullarda bu yaklaşımı sürdürmek olanaksızlaşmıştır. Örneğin, İçsavaş'ı izleyen yıllarda bu sorun Amerikan hukukunda mahkemelerin eyalet veya federal parlamentoların yasa yapmasına direnç göstermesi ile dikkati çekti²⁶. Kapitalist sermaye birikiminin tekelciliğe yönelik eğiliminin belirginleştiği aşamada, doğası gereği liberal olamayan alt sınıflarda yol açtığı demokrasi istemi ya yasama organlarının kompozisyonunu değiştirerek işledi, ya da sosyal yasama yönündeki baskılar önem kazandı. Çoğulcu demokrasi ve parlamentonun halk egemenliği doktrinine uygun düşen şekilde üstünlüğü prosedüral hukuk devleti açısından elverişli bir durum değildir. Nitekim, Cotterell de İngiltere'nin anayasa sisteminde iki temel taşı olan hukuk devleti ve parlamentonun üstünlüğünün sarîh ve tutarlı bir model halinde işlemediğini ifade etmiştir²⁷. Nihayet, *laissez faire* liberalizmine uygun düşen prose-

(19) Waldron, *op. cit.*, p. 33.

(20) Bkz., Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 210, et seq.

(21) Bkz., Lon Fuller, *The Morality of Law*, revised ed. New Haven, Yale University Press, 1969 c., p. 33, et seq.

(22) Cf., Fuller, *op. cit.*, p. 42; Raz, *op. cit.*, p. 221.

(23) Dicey, *Introduction...*, pp. 185-188.

(24) Bkz., Waldron, *op. cit.*, p. 45; İlhan Özay, *Günışığında Yönetim*, İstanbul, Alfa, 1996, s.11-17.

(25) Dicey, *Introduction...*, p. 191.

(26) Cf., Duncan Kennedy, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Cambridge, Ajar, 1998, p. 56 et seq.

(27) Cotterell, *op. cit.*, p. 175.

düral hukuk devletinin yargıçların kilit rol oynadığı bir anayasal sistem içinde söz konusu olabileceği düşünülmelidir. Buradaki temel sorun, gerek kurumsal yapı, gerekse de olarak demokrasi açısından, toplumsal alandan çıkan liberalizmin sınırlarını zorlayan yeni talepler karşısında hukuk devletinin durumunun ne olacağıdır. Özellikle, serbest rekabetçi kapitalizme uygun olan bir kurumsal yapıda bu sistemin temel unsuru olan kamusal ve özel arasındaki ilişkiyi değişikliğe uğratmaya yönelik talepler başarılı olduğu durumda hukuk devletinin temin ettiği meşruluk anlayışı bir yana mı bırakılacak? Başka bir yönden sorun, dünya piyasasındaki tekelleri kapitalizm koşulları altında ülkedeki sanayicilerin korumacı veya serbest rekabeti bertaraf eden düzenlemeleri talep etmeleri durumunda bu meşruluk ölçütünün ortadan kalkıp kalkmayacağıdır.

Hukuk devleti yaklaşımı, doğal hukukun alanında kabul edilen ve mahkeme kararları aracılığıyla dışa vurulduğu iddia edilen çerçeveden uzaklaşıldığında, daha yalın bir deyimle yasama organlarının kural koyma ediminin yaygın bir durum haline geldiği koşullarda farklılaşmaya uğramaktadır. Prosedüral hukuk devleti anlayışında eksen özelliği gösteren faaliyet, yasama organının maddi hukuku değil, liberalizme göre

ifade edilen hukuki ilişkileri korumaya yönelik kuralları koyması (bunlara Locke "civil laws", veya Hayek "organizasyon kuralları" demişti) ve siyasal-yönetsel edimleri mahkemelerin ifade ettiği maddi hukukla sınırlandırmasıdır. Hukuk devleti, maddi hukuku yasama organı aracılığıyla şekillendirdiğinde, hem liberalizme aykırı kurallar koydu hukuk oluşturmanın siyasal kaynaklarını hukuksallığın alanına dahil etti²⁸. Yasama organının kaynakları siyasal olan faaliyetinin hukuksal bir görünüm kazanması hukukçu imgelemi için sempatik görünür; ancak bu noktanın liberalizmin korunaklı yapısını zedeleyeceği unutulmamalıdır. İngiltere'de monarşinin Fransız Devrimi örneğini yaşanmak çabasının da etkisiyle 20. yüzyılın ilk 30 yılında iktidarda olan Tory Partisi yasama karşıtı bir tutum izledi²⁹. Bu dönemde hiç yasa yapılmamış değildir; mümkün olduğu kadar minimize edilen yasa yapma edimi muhaliflerin faaliyetlerini engelleyecek polis düzenlemeleriyle sınırlı olmuş, hatta yıllarca olağanüstü hal gerekçesiyle Habeas Corpus Act askıya alınmıştı. Durum, endüstri devrimini yapmış bir toplumda siyasal sistemin çağdışı konumunu koruması sonucunu vermiş ve alttan alta burjuvazinin rahatsızlıkları artarken, ayrı bir "problem" olarak işçi sınıfı ortaya çıkmıştı. 1830'dan itibaren Whig

(28) Cf., Ernst Rudolf Huber, "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet," Çev. Tuğrul Ansay, Hukuk Devleti, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Afa, 1998 ©, s. 61.

(29) Bkz., A. V. Dicey, Lectures on the Relation Between Law & Public Opinion in England During the Nineteenth Century, London, MacMillan and Co, 1905, p. 71 et seq. Yazarın referans verdiği diğer eseri Introduction of the Study of the Law of the Constitution ilk kez 1895'de yazıldığı halde, görevbildiğim kadaryla hukuk devleti konusundaki yaklaşım bu yeni eserde tartışma konusu yapılmamıştır. Buna rağmen, Law of Constitution'un 1915'deki sekizinci basımına yazarın kendisinin eklediği Giriş'de İngiltere'de hukuk devleti konusundaki eski saygının kalmadığı şikayeti yapılmaktadır. Bunun sebepleri arasında, sosyal yasama yoluyla hukukileşen kurumlar, bunlara ait bürokrasi ve bunların İngiliz hukukunu Fransız Droit Administratif yönünde bir gelişmeye mecbur bırakması sayılmıştır. Ona göre, geçen zamanda Fransa'da kamu yönetimi kendi hukukunu geliştirirken, İngiliz hukukunun kavramsal ve kurumsal yapısının bu yönde bir gelişme olarak vermediği dikkati çekmektedir. Bkz., Dicey, Introduction..., p. xxviii, et seq.

Partisi ve radikal liberallerin etkili olduğu Benthamcı veya Sosyal Darwinist yasama dönemi başladı³⁰. Bentham, "hukuk devleti" gibi soyut bir ilkeyi telaffuz etmek yerine, bununla uyumlu sonuçlar vermesi beklenen *laissez faire* esaslı bir yasama politikasını önermişti. 1870'e kadar devam eden bu süreçte burjuvazi temsil hakkını genişletti, İngiltere Kilisesi dışındaki kiliselerin faaliyetleri serbest bıraktı, Sosyal Darwinizme uygun bir liberalizmin gereği olarak yoksulları korumaya dönük patriarkal yasalar yürürlükten kaldırıldı. Ancak, bu koşullarda, hem niceliği, hem de toplumsal etkisi bakımından büyüyen, üstelik daha da yoksullaşmış olan işçi sınıfından destek alan Chartizm'e taviz olarak bazı örgütlenme hakları kabul edilmek zorunda kaldı. 1870 sonrasında ise, Dicey'in "kollektivism" dediği refah devleti veya sosyal devlet politikaları diyebileceğimiz tedbirler yasalaştırıldı³¹. Bu tarih, küresel ölçekte liberal piyasanın ortadan kalkıp korumacılık ve düzenleme yaklaşımının öne geçtiği bir dönemi ifade etmektedir. Şimdi gelinen bu son noktada hukuk devletinin bireyin hak ve özgürlüklerini kamusal alanın müdahalelerine karşı koruma olarak betimlenen özelli-

ği sona ermiştir. Artık, hukuk devleti, Max Weber'in yasal-ussal otorite olarak ifade ettiği bir meşruluk modeline dönüşmeye başlamıştır³². Prosedüral hukuk devletinin egemen olduğu yaklaşım ideal ifadesini doğal hukukçulukta bulurken, yeni dönem Rousseau'nun "genel irade" yaklaşımı da dahil olmak üzere, toplumdaki hukuksal-alt sistemin siyasal iradeye dayandığı, rasyonelliğin de bu politikadan kaynaklanan düzenleme ediminin dışı karşı rasyonellikle meşru kıldığı dönemdir³³.

Yasamanın etki alanındaki genişleme, liberalizmin güçler ayrılığı ilkesinin yeni bir forma bürünmesini sağlar. Hukukçular ve liberal politikacılar, liberalizmin temel kazanımı olarak, güçler ayrılığı ilkesini ifade etmeyi sürdürse de, kural koymanın sınırları genişlemiş ve yasakoyucunun sınırlandırılması zorlaşmıştır. Doğal hukukçu yaklaşım eşlik eden *modus vivendi* yerine, Weber'in tasvir ettiği şekilde, hukuku inşa eden siyasal iktidarın yasal-ussal meşruiyeti öne geçmiştir. İradeci pozitivizme dayanan yaklaşım biçimi hukuku egemenin iradesine dayandırırken, Hobbes'un *Leviathan* ii.26'da ifade ettiği³⁴ egemenliğin bölünemeyece-

(30) Dicey, Lectures..., p. 125 et seq.

(31) Ibid., p. 210 et seq.

(32) Max Weber, On Law in Economy and Society, Ed. by, Max Rheinstein, Trans. by, Edward Shils and Max Rheinstein, New York, Simon and Schuster, 1954 ©, pp.156, et seq.

(33) Weimar Anayasası dönemi bu özellikle dikkati çekmiştir. Liberal bir toplum hedefiyle yapılan anayasa, bir yandan toplumdaki gelen baskı nedeniyle liberalizmi uygulama olanağına sahip iken, anayasayı kaleme alan Hugo Preuss'un ifadesinde bile patriarkal bir yönetime kapı açın şekilde devleti sınırlarını ilişkisini düzenleyen bir güç haline getirmiştir. Anayasa'daki liberalleşme hedefiyle uyumlu olması dahi söz konusu olmayan aristokrat ve asker kökenli bürokrasi ve idare dışı dönük olarak çok sözü edildiği halde, hukuk devletinin yasama geçmesini bütünüyle engellemiştir. Cf., Hugo Preuss, "The Significance Of The Democratic Republic For The Idea Of Social Justice (1925)," Weimar, A Jurisprudence of Crisis, Ed. by, Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink, Translated By Belinda Cooper with Peter C. Caldwell, Stephen Cloyd, David Dyzenhaus, Stephan Hemetsberger, Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, Berkeley Los Angeles, University of California Press, 2000, pp. 116-127. Otto Kirchheimer, "Legality and Legitimacy," The Rule of Law under Siege, Ed. by, William E. Schuerman, Trans. by., Anke Grosskopf and William E. Schuerman, Berkeley, University of California Press, 1996, pp. 44-63.

(34) Thomas Hobbes, Leviathan, Çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi, 1992, s. 189-205.

ği ve sınırlandırılmayacağı düşüncesinin hayaleti bu pozitivizmin arkasında dolaşır. Bu, hukuk devleti yönünden, sadece demokrasinin bulunmadığı koşullar açısından değil, demokrasi açısından da bir ütopya oluşturan genel iradenin liberalizmi aşan sonuçlar üretmesiyle de hukuk devleti konusundaki söylemin eylemsel olarak tehdit altına girmesidir. Rousseau'nun 1762'de yazdığı Toplum Sözleşmesi'nin ikinci kitabında yanılmaz olan genel iradenin tezahürü olan yasama yetkisi, bir yönüyle hukuk devleti algısının doğal sonucu gibi çelişkisiz bir görünüm sunmaktadır³⁵. Liberalizm ütopyasına elverişli ve görece yaygın küçük mülkiyet koşullarında yaşamış olan Rousseau, daha önce 1758'de Ansiklopedi için yazdığı "Ekonomi Politik" başlıklı makalede mülkiyeti kutsal kabul etmekle birlikte, kamunun iyiliği için genel irade tarafından müdahale edilebilir saymıştır³⁶. Rousseau'nun görüş açısındaki bu özellik, hukukun liberal *modus vivendi*'nin koşulu olmaktan çıkıp, genel iradenin tezahürü haline gelmesinde, artık liberalizme uygun formdaki hukuk devletinin mülkiyeti korumada işlevinin -yani liberalizmin temel işlevinin- ortadan kaldırılma tehlikesine maruz kaldığını göstermektedir.

Hukuk kültüründe yasama yoluyla kural koymanın ağırlıklı yer tuttuğu bir hukuk sisteminde, yasakoyucu ile hukukçuların ayrı ayrı faaliyetlerinin

uyumlu kılınması ortak bir diyalog zemininin varlığını gerekli kılar. Bu diyalogda, Habermas'ın iletişimlilik kavramına dayanarak konu ettiği demokratik bir ortam³⁷ bulunmasa bile, iki profesyonel zümre olarak yasakoyucu ve hukukçu arasındaki uyumlu-laştırma gereğinden kaynaklanan iletişim kaçınılmazdır. Böyle bir durumda, inşa edilebilecek ortak zemin akıl kavramıyla ifade edilen müşterek alandır. Yasama politikasının öne çıktığı veya konunun yoğun tartışıldığı reform dönemlerinde hukuksal pozitivizmin ve bunun ürünü olan çözümlerin akılla temellendirilmesi bu nedene dayanmaktadır. Yasama yoluyla hukuk sisteminin tümünün yeniden biçimlendirilmesi, usul hukuku kadar, maddi hukukun da -büyük ölçüde eski malzeme kullanılarak da olsa- yeniden inşa edilmesini gerektirir. Puchta ilk kez 1822'de yazdığı, İngilizce çevirisi 1887'de yayınlanmış denemesinde hukuka dönük olarak Hegel'e dayalı -ilave olarak bir ölçüde Hıristiyanlık tonu taşıyan- bir temellendirme oluşturma girişiminde bulunmuştu³⁸. Puchta, hukuku insanın özgürlüğüne dönük bir sistem olarak ele alırken, hümanist yaklaşımının temelini "insan ruhu"nu yerleştirmişti. Düşünür, aşağı hayvanların doğasını içgüdüye dayandırırken, insan ruhunu akıl ile ifade etmiştir. Puchta, ayrıca, Hegel'in "gerçek olan akli, akli olan gerçektir" ifadesine dayanarak, rasyonal olanın, aynı zamanda zorunlu olan

(35) Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract and Discourses*, Trans. and Introduction by, G. D. H. Cole, London, Everyman's Library, 1973 c. p. 191 et seq.

(36) *Ibid.*, p. 138. Cf. Fred Dallmayr, "Hermeneutics and Rule of Law," *Legal Hermeneutics*, Gregory Leyh, Berkeley, University of California, 1992, p. 7.

(37) Habermas, *op. cit.*, p. 132, et seq.

(38) *Bkz.*, G. F. Puchta, "Outlines of Jurisprudence, as The Science of Right, A Juristic Encyclopedia," *Outlines of The Science of Jurisprudence*, Ed. and Trans by, W. Hastie, Edinburgh, T. & T. Clark, 1887, pp. 1-134, *passim*.

olduğunu ifade etti³⁹. Yine, akıl ve özgürlük arasındaki çatışmada, kendisi özgürlüğün daha yüksek olduğunu belirterek bu özgürlüğü ahlaki ideal haline getirdi. Puchta'nın akılla özgürlük arasında yaptığı ayrım, bana göre biraz bulanık bir çıkarsamayla sunulmuş olsa da, yazar, buradan ahlaki özgürlük/hukuki özgürlük ayrımına ulaşıyor. Puchta, hak olarak Tanrıdan geldiğini belirttiği özgürlüğü eşitlik olarak tanımlamıştır. Puchta'da hukuki özgürlük, (1) kişilerle, (2) kişilerin dışa dönük edimleri ile ilgilidir. Puchta, buradan da, hak kavramının iki kullanım şekliyle ilgili olarak iki tür iradeye göndermede bulundu. Birincisi, evrensel ve ortak irade, ikincisi ise bireyin iradesidir⁴⁰. Birincisi objektif hukukun dışavurumu sayılırken, ikincisi subjektif hakla tarif edilmektedir. Burada bireyin hukuki özgürlüğünün vücut bulduğu alan, dış objelere sahip olabilme, yani mülkiyettir. Mülkiyetle ilgili diğer edimler de buna eklenmiştir.

Burada asıl hedefim Puchta'nın görüşlerinin eleştirisi olmadığı için, konuyu yorumlamayı daha ileri götürmüyorum. Ancak, Puchta'nın görüşlerinden, yasayı yapacak ortak irade, bunun ürünü olan objektif hukuk, hukukun akli ve zorunlu şekilde bağlayıcılığı ve nihayet bunların tümünün meşruluğu

da dahil olmak üzere yasama politikasının gerisinde yatan mantık ortaya çıkmaktadır. Bu yaklaşım, "yaşam, özgürlük ve mülkiyet"i korumaya dönük olan prosedüral hukuk devletinden, rasyonel bir düzen olarak hukuk devletine dönük anlam kaymasını dikkati çeker hale getirmektedir⁴¹. Kanımca, İngiliz *rule of law* (ve Amerikan *due process*) ile Alman *rechtsstaat* arasındaki ayrım, burada aranmalıdır. İlki, bireyin haklarına (özel hukuk alanına) dönük olarak hukuk kurallarını yasama yoluyla koymanın ağırlıklı olmadığı bir sisteme uygun düşmekte, ikincisi de, tersine yasamanın ağırlıklı yer tuttuğu ve toplumun bütününe refahına ilişkin bir algının korunduğu bir sistemi ifade etmektedir. Devleti kurullarla sınırlandırma maddi hukuku da içine alan objektif hukuk algısına dayanınca politikanın hukuksallaşmasını temin etmekte, bu da liberalizmin kısıtlılığında kurtulmuş demokrasinin anayasa ve hukukla özdeş hale gelmesiyle sonuçlanmaktadır. Anayasa ve hukuk yorum yoluyla anlam kaymalarına yatkın olduğundan, bu kayma Weimar döneminde olduğu gibi, bu tek adamın iktidarının onaylanmasına kadar ulaşabilmektedir⁴².

Aslında, bu anlam kayması yeni de değildir; sadece yorum çerçevesinden

(39) *Ibid.*, pp. 4-6.

(40) *Ibid.*, pp. 14-16.

(41) Cf. Otto Kirchheimer, "The Rechtsstaat as Magic Wall," *The Critical Spirit, Essays in Honor of Herbert Marcuse*, Ed. by, Kurt H. Wolff and Barrington Moore, Boston, Beacon Press, 1967 ©, pp. 288-289; Özkesiz, *op. cit.*, s. 19 et seq.

(42) Dietze'nin görüşü açısından bu yönde bir yorum için bkz. Dallmayr, *op. cit.*, pp. 9-10. Franz L. Neumann, Weimar Anayasası döneminde Alman cumhuriyetinin en can alıcı sorunlarının kaynağını oluşturan işçi sınıfının toplu pazarlık rejimindeki zorlanmasını kırma çabası içinde bu değişimi ifade etmiştir. Antikomünizmde uzlaşmış olan Alman bürokrasisi ve tekelci sermaye (tabii sosyal demokratlar da, sonuçları görece basiretleri olmadığından bu kervana katılmıştır) tarafından desteklenen yargı örgütü, işçi ve işverenler arasındaki "uzlaşmaz çıkarları birbirine uyarlatma" konusunda uzunca bir çaba göstermiş, bunun sonucunda hukuksal pozitivizm yaklaşımından bir ölçüde hukuk devleti güvencesi oluşturan hukuku "genel prensipler hukuku"na dönüştürmüştür. Kurumsalcılık (institutionalism) olarak adlandırılan bu yaklaşım hukuku üzerinde çokca oynanır hale getirirken, sonunda Hitler'in hukuk söyleyicisi bir diktatör olmasının yolunu açmıştır. *Bkz.*, Franz L. Neumann, "The Change in the Function of Law in Modern Society (1937)," *The Rule of Law Under Siege*, Ed. by, William E. Scheuerman, Berkeley, University of California, 1996 c. pp. 101-141.

kaynaklanan bir kayma değil, hukuk devletinin liberal modelinin koşullarının ortada olmaması veya ortadan kalkmasının sonucunda, liberal temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan hukuk kurallarının parlamentolarca konulmasının sonucudur. Immanuel Kant hukuk bilimi üzerine yazdığı denemesinde, hukuk düzeninin doğa durumundan farklı olarak kuvvetler dengesine dayalı bir anayasa ile bireysel ve kamusal arasında denge kurduğunu belirtirken tam bu noktayı ortaya çıkarmıştı:

“Bu üç kuvvetin –Yasama, Yürütme ve Yargının- işbirliği ile Devlet kendi otonomisini yaşama geçirir. Bu otonomi kendisini Özgürlüğün Yasalarıyla uygunluk içinde onun kendi kendine örgütlenmesi, biçimlendirilmesi ve sürdürülmesinden mürekkeptir. Kendi birliği içinde Devletin Gönenci yaşama geçirilir. *Salus reipublicae suprema lex* (devletin selameti en yüksek yasadır) Bununla, açıkça Devletin vatandaşlarının bireysel iyi halleri anlaşılmalıdır; çünkü –Rousseau’nun iddia ettiği gibi- bu Hedef Doğa durumunda veya hatta despotik bir Hükümet altında daha Kabul edilebilir ve daha arzulanabildir. Fakat, Devletin Gönenci, kendi en yüksek iyisi içinde, içinde kendi Anayasası ve Hak Prensipleri arasında ulaşılabilir en yüksek uyumun koşuluna işaret eder – Devlete ait bir durumu Akıl Kategorik Emperatifi aracılığıyla daha sonra bu yolda çaba göstermek üzere bizim için yükümlü kılıcı hale getirir.”⁽⁴³⁾

Ahıttaki mantığın geniş açılımları olduğu bellidir. Ahıttı, bir taraftan

modern sanayi toplumunun refah devleti politikalarının koşullarının taslağının çizildiği görülür. Diğer taraftan Carl Schmitt tarafından geliştirilmiş kamusal ve politik olanı öne çıkarmasının gerekçeleri de aynı yerde bulunabilir. Bu konuyu tartışmayı daha ileri taşımaksızın, şimdilik, sosyal hukuk devletinin politik olarak tehlikeli bir zeminde durduğunu belirtelim. Nasyonal Sosyalist Almanya ve Faşist İtalya’daki gündelik politikanın söylemi ve kitleleri denetleme politikaları dik-kate alındığında, bu kaygının yersiz olmadığı görülür. Huber, Almanya’da sosyal devleti kuranlar arasında tutucuların bulunduğuna işaret ederken, aynı çevrelerin Nazilere destek verdiği dik-kate alınır, bu yargının yersiz olmadığı anlaşılır⁽⁴⁴⁾. Ama, bundan hareketle, şahsen, insanların kitlesel yoksulluklarını göze alan liberalizmi, özellikle Hayek liberalizmini savunacak değilim. Her halde, politikanın nasıl herkesi aynı anda ve aynı programla tatmin eden bir masumiyet alanı olmadığını biliyorsak, hukukun da toplumsal düzenin güvencesi olarak aynı kaderi paylaştığını düşünmeliyiz.

Yasama politikası bir kez öne geçtikten sonra, iki ayrı gelişmenin bunun bileşeni olduğu görülür. Birincisi, yasama ile teşhis edilen hukuk devletine toplumsal düzen hedeflerini ihtiva eden dışsal amaçlar ilave edilmesi konusunda ağırlık kazanan bir ihtiyaçtır. İkincisi ise, yasama organına devlet dışı kamusalılıklardan gelen toplumsal düzenleme taleplerinin karşılık bulması beklentisinin artışıdır. 19 yüzyıl so-

nundan itibaren görüldüğü üzere, bu, politika alanından kaynaklanan ve başlı başına ağırlığı olan bir dinamiktir. Bu vatandaşlık alanından gelen, aynı zamanda belli bir demokratikleşme gelişimine eşlik eden talep ve istemlerin sonucudur. Bu noktadan itibaren, prosedüral hukuk devleti anlayışından, Huber’in “maddi hukuk devleti”⁽⁴⁵⁾ veya Ökçesiz’in “içerikli hukuk devleti”⁽⁴⁶⁾ kavramlarıyla ifade ettiği, ideal ifadesinin “sosyal hukuk devleti”nde bulan bir gelişmenin karşındayız. Burada, liberalizmin bireysel haklara dönük prosedüral güvencelerle sınırlı tuttuğu hukuk devleti, maddi hukuku da belli bir adalet algısı ışığında yeniden düzenleme tercihine yönelir. Liberalizm hukuk algısının çekirdeğini oluşturduğu müddetçe bu çok zorlu bir problem-dür. Liberalizmin prosedüral hukuk devleti bir *modus vivendi* getirmiş ve mantık zorlamalarına ihtiyaç duymayan kendiliğinden bir rasyonelliğe sahiptir; zira bu yaklaşımın egemen olduğu koşullarda iktisadi iktidar ile siyasal iktidar arasında kısmi bir paralellik vardır. Seçmenlerin servet düzeylerine göre belirlenen sınırlı oy hakkı bunu kolaylaştırmıştır. Kapitalist mülkiyetin dağılım modeli elverişli olduğu ve çalışan sınıflar kendilerinin çıkarları ve beklentileri mülk sahiplerinden ayrı bir toplumsal kategori oluşturdukları bilinci üretmedikleri sürece bu tutarlı bir şekilde işleyebilir. Ancak 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren madalyonun her iki yüzü birden değişince, yani hem kapitalist mülkiyetin tekelleşme yönün-

de gelişmesi, hem de çalışan sınıflardaki sınıf bilinci oluşumu başlayınca, artık hukuk devleti maddi hukuk alanına girecektir. Bir taraftan iktisadi iktidar daha az sayıda merkezin elinde toplanırken, oy hakkının genişlemesi yönündeki baskılar siyasal katılma ile iktisadi sistemin paralellliğini bozmuştur. Aşağıdan gelen bu talepleri karşılamak, kapitalizmin bütününün kurtarılması için tavizlerden oluşan⁽⁴⁷⁾ ve liberalizmin dokunulmaz alanlarını da yeniden düzenleyen bir hukuk politikasına yön verdi. Alman *sozialrechtsstaat* (sosyal hukuk devleti) yaklaşımı bu gelişmenin kaçınılmaz ürünüdür⁽⁴⁸⁾. Bu arada, I. Dünya Savaşı öncesinden itibaren Avrupa devletlerinin korumacılığa yönelerek ekonomi alanını tekelleşme düzenlemelere uyruk hale getirdiklerini ve bunun burjuvazinin istemi veya onayı ile yapıldığını hatırlamak gerekir. Burada, önemli faktörler olarak, dünya savaşına hazırlanan devletlerin yurttaşlarıyla barışık olma baskısı altında olduklarını ve yeni yasalarla devlete yüklenen görevlerdeki artışın liberalizmin kabusu olan- bürokrasiyi olağanüstü büyüttüğü olgularını da zikretmek gerekir. Ayrıca, bir iktisat tarihi sorunsalı olarak, dönemin sosyal devlet yaklaşımının ekonomik durgunluğu aşmakta kullanıldığına, bunun da yüksek enflasyona yol açtığına işaret etmek gerekir.

Klasik liberalizm verili olan özgürlüğü koruma iddiasını taşıırken, maddi hukuk devletinde yapılan, bu özgürlüğü akıl aracılığıyla yeniden tasarla-

(43) Immanuel Kant, *The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence*, Trans. by W. Hastie, Edinburgh, Clark, 1887, p. 173.

(44) Huber, *op. cit.*, s. 61.

(45) *Ibid.*, s. 63-64.

(46) Ökçesiz, *op. cit.*, s. 25.

(47) Bkz., Huber, *op. cit.*, *passim*.

(48) Cf., Kirchheimer, “*The Rechtsstaat...*,” pp. 293-294.

Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti

maktır. Bu liberalizmin sihir dolu paradigmasının kaybedilmesidir. Ökçesiz'in Kant'a dayanarak yaptığı betimleme çıkarılan "hukuk yasalarının ilk hukuk devleti için biçimlendirici akıl ilkeleri" olarak anlaşıldığını göstermektedir⁴⁹. Bu yaklaşım, akla gönderme yaparak sağlam bir zemine oturmuş görünürken, I. Dünya Savaşı'nı izleyen yıllarda hukuk devletinin liberal biçimini de işlemez duruma getiren bir dizi soruna yol açmıştır. Önce, ilk dikkati çeken, dönemin hukuk yazınında devleti hukukla özdeş hale getiren bir görüş açısının gelişmiş olduğudur. Ortaya çıkacak olumsuz gelişmelerin bilinçli şekilde sorumlusu olduğunu söyleyemeyeceğimiz bir kişi, Hans Kelsen bu görüş açısını ortaya koymuştur⁵⁰. Hukukçu imgelemi yönünden belli bir değere sahip olan bu yaklaşım, hukukçuyu toplumsal düzenin asli aktörü durumuna getirip altından kalkamayacağı bir yükün altına sokmuştur. Diğer taraftan, kamusal alan ile özel alan arasındaki kapitalizme uygun ayrımı ve kamusalın politik yönünü ortadan kaldıran bu görüş, toplumsal imgelemede, daha sonra Nazi Partisi'nin zaferini kolaylaştıracak olan politikasızlaşmayı getirecektir⁵¹. Franz Neumann, iki savaş arasındaki dönemde Alman hukukunun önce Serbest Hukuk Okulu yaklaşımıyla, hukukun şekilsiz -ve söylem inşasıyla her şeyi meşrulaştırabilen- bir hale geldiğini ve pozitif hukukun hızla "genel prensipler hukuku"na dönüştüğünü belirtmiştir⁵². Bu yeri geldiğinde güvenlik gerekçesiyle grevleri yasaklamak, veya özgürlük bahanesiyle burjuvazi, toprak sahipleri veya askerleri korumaya almayı içerir; ayrıca yasaların geçmişe etkili olmaması gibi, hukukun formelliğinden kaynaklanan güvenceler ortadan kalkmıştır. Dönemin söylem kullanımı siyasal kavramları o denli bulanıklaştırmıştır ki, Alman kapitalizmini korumayı hedefleyen Nazi Partisinin adına, dönemin en ziyade yok edilmek istenen politik hareketin adı olan "sosyalizm" iliştilmiştir⁵³.

Yine, Weimar döneminde liberalizmin kısıtlılıklarından kurtulan devletin düzenleyici faaliyeti demokratik kazanımların tamamının ortadan kaldırılmasıyla sonuçlanmıştır. Weimar Anayasası liberal demokrasiyi kurmayı hedefleyen bir anayasa olarak planlanmakla birlikte, Almanya'da böyle bir politikanın dinamikleri mevcut değildi. İmparatorluk zamanından kalma bürokrasi ve örgütlü olmayan halk nedeniyle bu demokrasi plebisiter demokra-

siye dönüştü⁵⁴. Carl Schmitt, milliyetçi bir gerekçeyle, bu anayasanın Aلمانya'yı yenen devletlerin istemiyle, Almanya'nın üstüne giydirilmiş bir İngiliz elbisesi olduğunu, esasen liberalizmin devleti denetlemekle ilgili olduğunu, oysa devletin bundan daha ileri görevleri olması gerektiğini belirten hafife alınamayacak gerekçeler buldu⁵⁵. Bunca gerekçenin sonucu dönemin temel sorununun "işçi sınıfını devletle bütünleştirmek" veya Nazi Partisi'nin getirdiği düzenin liberalizme karşı, fakat demokratik olduğunu ifade etmekte. Schmitt, etkileri modern sosyal hukuk devletinde de görülen düzenleyici devletin iktidarının genişliğinin düşünsel gerekçesini sağlam bir şekilde kurdu. Bu "olağanüstü hal" durumuydu; burada devletin düzenleyiciliğinin sınırı artık tartışılmaz⁵⁶. Olağanüstü hal ne kadar sürer, kapsamı nedir ve benzeri soruların yanıtını aramak da çok verimli değildir. Önemli olan devletin buna karar vermesidir; günümüzde bazı devletlerin az gelişmiş ülkelerde askeri darbeler yapabilmek veya kendi ülkesini savaşa sürüklemek için geniş kullanımlı bir "olağanüstü hal yaratma" teknolojisini ile iş gördükleri dikkati çekmektedir. Kapitalizmin bugünkü tekelci aşamasında liberal hukuk devleti artık taraftarları için de eski bir nostaljidir; maddi hukuku yeniden düzenleyen günümüz "sosyal hukuk devleti" de, ya olağanüstü halin sürekliliği

ya da sınırlarında gezinmesi baskısı altındadır.

Nihayet bu tartışmayı liberal hukuk devletinin ilkelerini yeniden yorumlamayı deneyen girişimleri sergilemek ve eleştirmekle tamamlamak düşünülmelidir. Belirgin bir tutarlı tablo sunmayan bu tartışmayı bir başka çalışmaya bırakmak yerinde olur. Bu noktada dikkati çeken, önemli hukuk kuramcıları yönünden açık veya örtülü şekilde meşrulaştırma sorununun hissedildiğidir. Bu noktada, en sakıncalı yol, Raz'ın yukarıda zikrettiğim görüşü gibi, olarak ahlaki değerlere göndermede bulunan yazarların tuttuğu yoldur. Demokratik kamusalılığı ortadan kaldıran bu görüş açısı patriyarkal bir devlete davetiye çıkarmaktadır. Benzer şekilde hukukun formelliğini eleştiri konusu yapan eleştirel hukuk kuramcıları hukuku bir politik gereç durumuna düşürmektedirler. Yine çokkültürlülük ekseninden yaklaşan cemaatçi algı hukukun gayriresmîleşen şekilde anlaşılmasıyla belirsizleşmesine kaynaklık etmektedirler.

4. Sonuç

Hukuk devleti toplumsal düzenin hukuka gönderme yapılarak meşrulaştırılmasıdır. Bu anlamda, hukukçu, politikacı ve sıradan yurttaş ortak bir referansa gönderme yaparak hukuku meşrulaştırır. Bu meşruluk, başarılı olduğu durumda, sadece siyasal iktidarı meşrulaştırmakla kalmaz, bunun ya-

(49) Ökçesiz, *op. cit.*, s. 19.

(50) Bkz., Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Trans by, Max Knight, Berkeley, University of California Press, 1978, p. 279, et seq. Hans Kelsen, "Legal Formalism and Pure Theory of Law," Weimar, A Jurisprudence of Crisis, Ed. by, Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink, Translated by Belinda Cooper with Peter C. Caldwell, Stephen Cloyd, David Dyzenhaus, Stephan Hemetsberger, Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, Berkeley, University Of California Press, 2000, pp.76-83.

(51) Carl Schmitt makalesinde devletin depolitizasyonu görüşünü alkışlamış ve Nazi Partisi yönünden bunu olumlu bir gelişme momenti olarak algılamıştır. Bkz., Carl Schmitt, "Tarafsızlaşma ve Depolitizasyon Çağı," Çev. A. Emre Zeybekoğlu, İ. Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXIII, No:1-2 (2005) s. 359-372.

(52) Neumann, *op. cit.*, pp.126-133.

(53) Almanya'da dönemin temel özelliği ağır sanayileri yöneten büyük sermayenin devletle içli dışlı olmasıdır. Hafif sanayilerin sahipleri toplumsal uzlaşma arayışında olsa da, silah, otomotiv, demir-çelik gibi en büyüklerin devletle bütünleşmeden yaşama şansı yoktur. Bkz., Daniel Guerin, *Fascism and Big Business*, Trans. by Frances and Mason Merrill, New York, Monad Press, 1973, pp. 21-40.

(54) Kirchhei, *ier*, "Legality...", p. 19.

(55) Carl Schmitt, "Parlamentarizm ile Modern Kitle Demokrasisi Arasındaki Tezat Üzerine," Çev. A. Emre Zeybekoğlu, İ. Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXIV, No: 1 (2006), s. 359-374. Carl Schmitt, "The Liberal Rule Of Law," Weimar, A Jurisprudence of Crisis, Ed. by, Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink, Translated By Belinda Cooper with Peter C. Caldwell, Stephen Cloyd, David Dyzenhaus, Stephan Hemetsberger, Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, Berkeley Los Angeles, University Of California Press, 2000, pp. 294-300.

(56) Bkz., Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, Çev. Emre Zeybekoğlu, Ankara, Dost, 2000, *passim*.

nında hukukçu etkinliğinin politikanın ve başkaca toplumsal alt sistemlerin müdahalesi olmaksızın kendine yeterli bir toplumsal alt sistem olarak işleme-sini temin eder. Burada, bir ideal ola-rak hukuk devletinin *laissez faire* libe-ralizminde tutarlı şekilde işlediğini, te- kelci kapitalizm koşullarında bu duru- mun ortadan kalktığını ifade ederken, böyle bir ütopyayı terk edip etmeme sorusunu sormak akla geliyor. Top- lumsal düzen için hukukun dışında meşruluk ölçütü bulunmadığı sürece konunun kapanmayacağı anlaşılıyor. Belki, maddi hukuku yeniden inşa eden hukuk devleti tasarımı, demok- ratikleşmenin sağlıklı işleyişi koşulla- rında, demokrasiyi mülkiyetin kutsallı- ğı yargısını taşıyan liberalizmden kur- taracak, ancak kötüyü kullanılması da önleyecek yeni bir algı altında ele almakla, daha yaşanabilir hale getir- mek mümkün olur. Ancak, bu da hu- kukçuların çözemeyeceği bir sorundur. Sorunun çözümü, olsa olsa, politika alanındaki güç paylaşımının yeniden düzenlenmesiyle, yani politika yoluyla söz konusu olabilir. Bu noktada siyasal meşruluğu ve hukuku dine dayandırma konusundaki revivalist hareketlerin hiç başarı şansının olmadığı hatırlanmalı- dır; şayet bu hareketler kısmi bir başa- rı gösterebilirlerse, bu ülkenin modern- liğin dışına düşmesi ve nihai şekilde dünya sistemi içinde sömürgeleştiril- mesine hizmet edebilir.

BİBLİYOGRAFYA

- Aktaş, Sururi. Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi. Ankara, Liberte, 2001.
- Aristotle. Politics, Trans. by, B. Jowett, Vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1885.
- Assman, Jan, Kültürel Bellek, Eski Yüksek Kültürlerde Yazı, Hatırlama ve Poli- tik Kimlik, Çev. Ayşe Tekin, İstanbul, Ayrıntı, 2001.
- Barkan, Ömer Lütfi, XV. Ve XVI. yy.'da Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekono- minin Hukuki ve Mali Esasları, C.I, İstan- bul, İ. Ü. Edebiyat F., 1943.
- Berman, Harold J., Law and Revolution, Cambridge, Mass. Harvard University, 1983 ©.
- Cotterell, Roger, Law's Community, Ox- ford, Clarendon Press, 1995 ©
- Dallmayr, Fred, "Hermeneutics and Rule of Law," Legal Hermeneutics, Ed. by, Gregory Leyh, Berkeley, University of California, 1992, pp. 3-20.
- Dicey, A. V., Introduction of the Study of the Law of the Constitution. 8th ed., Lon- don, Mac Millan & Co, 1915.
- Dicey, A. V., Lectures on the Relation Between Law & Public Opinion in Eng- land During the Nineteenth Century, Lon- don, MacMillan and Co, 1905.
- Fornara, Charles W. and Loren J. Samons II, Athens from Cleisthenes to Pericles. Berkeley: University of California Press, 1991 c.
- Fuller, Lon, The Morality of Law, revised ed. New Haven, Yale University Press, 1969 c.
- Guerin, Daniel, Fascism and Big Busi- ness, Trans. by Frances and Mason Mer- rill, New York, Monad Press, 1973.
- Habermas, Jürgen, Between Facts and Norms, Trans. By, William Rheig, Cam- bridge, Polity Press, 1998.
- Hayek, Friedrich A., Kanun, Yasama Fa- aliyeti ve Özgürlük, C.I (Kurallar ve Dü- zen), Çev. Atilla Yayla. (Ankara), T. İş Bankası Yay., 1994.
- Hayek, Frederich A. von, Kölelik Yolu. Çev. Turhan Feyzioglu ve Yıldırım Ar- san, Ankara, Liberte, 2004 c.
- Hatemi, Hüseyin, Hukuk Devleti Öğreti- si, 1. b., İstanbul, İşaret, 1989.
- Hobbes, Thomas, Leviathan, Çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi, 1992.

- Huber, Ernst Rudolf, "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet," Çev. Tuğrul Ansay, Hukuk Dev- leti, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Afa, 1998 ©, s. 57-81.
- Kant, Immanuel, The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Prin- ciples of Jurisprudence, Translated by, W. Hastie, Edinburgh, Clark, 1887.
- Kelsen, Hans, "Legal Formalism and Pu- re Theory of Law," Weimar, A Jurispru- dence of Crisis, Ed. by, Arthur J. Jacob- son and Bernhard Schlink, Translated By Belinda Cooper with Peter C. Caldwell, Stephen Cloyd, David Dyzenhaus, Step- han Hemetsberger, Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, Berkeley, Univer- sity Of California Press, 2000, pp.76-83.
- Kelsen, Hans, Pure Theory of Law, Trans by, Max Knight, Berkeley, University of California Press, 1978.
- Kennedy, Duncan, The Rise and Fall Classical Legal Thought, Cambridge, Afa, 1998.
- Keynes, Edward, Life, Liberty and Pri- vacy: Toward a Jurisprudence of Sub- stantive Due Process, w. Place, Pennsylv- ania State University, 1996.
- Kirchheimer, Otto, "Legality and Legiti- macy," The Rule of Law under Siege, Ed. by, William E. Schuerman, Trans by., Anke Grosskopf and William E. Schuer- man, Berkeley, University of California Press, 1996, pp. 44-63.
- Kirchheimer, Otto, "The Rechtsstaat as Magic Wall," The Critical Spirit, Essays in Honor of Herbert Marcuse, Ed. by, Kurt H. Wolff and Barrington Moore, Boston, Beacon Press, 1967 ©, pp. 287- 312.
- Leoni, Bruno, Freedom and The Law, Princeton, New Jersey, D. Van Nostrand Co. Inc., 1961 ©.
- Locke, John, Two Treatises of Civil Gov- ernment, Introduction by, William S. Carpenter, London, Everyman's Library, 1966.
- Neumann Franz L., "The Change in the Function of Law in Modern Society (1937)," The Rule of Law Under Siege, Ed. by., William E. Scheuerman, Berke- ley, University of California, 1996 c. pp. 101-141.
- Ökçesiz, Hayrettin, "Hukuk Devleti," Hukuk Devleti, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstan- bul, Afa, 1998 ©, s. 17-34.
- Özay, İlhan, Günışığında Yönetim, İstan- bul, Alfa, 1996.
- Özcan, Mehmet Tevfik, Hukuk Sosyolo- jisine Giriş, 2. b., İstanbul, Set, 2003.
- Preuss, Hugo, "The Significance Of The Democratic Republic For The Idea Of So- cial Justice (1925)," Weimar, A Jurispru- dence of Crisis, Ed. by, Arthur J. Jacob- son and Bernhard Schlink, Translated By Belinda Cooper with Peter C. Caldwell, Stephen Cloyd, David Dyzenhaus, Step- han Hemetsberger, Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, Berkeley Los An- geles, University of California Press, 2000, pp. 116-127.
- Puchta, G. F., "Outlines of Jurisprudence, as The Science of Right, A Juristic Eny- clopedia," Outlines of The Science of Ju- risprudence, Ed. and Trans by, W. Hastie, Edinburgh, T. & T. Clark, 1887, pp. 1- 134.
- Raz, Joseph, The Authority of Law: Es- says on Law and Morality, Oxford, Ox- ford University. Press, 1979.
- Repp, Richard, "Osmanlı Bağlamında Kanun ve Şeriat," Sosyal ve Tarihi Bağla- mı İçinde İslam Hukuku, Der. Aziz el- Azme, Çev. Fethi Gedikli, İstanbul, İz, 1992, s. 155-181.
- Rousseau, Jean-Jacques, The Social Con- tract and Discourses, Trans. and Introdu- tion by, G. D. H. Cole, London, Every- man's Library, 1973 c.
- Schmitt, Carl, "Parlamentarizm ile Mo- dern Kitle Demokrasisi Arasındaki Tezat Üzerine." Çev. A. Emre Zeybekoğlu, İ. Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, No: 1 (2006), s. 359-374.
- Schmitt, Carl, Siyasal İlahiyat. Çev. Emre Zeybekoğlu, Ankara, Dost, 2000.
- Schmitt, Carl, "Tarafsızlaşma ve Depoli- tizasyon Çağı," Çev. A. Emre Zeybeko- ğlu,

- lu, İ. Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXIII, No:1-2 (2005) s. 359-372.
- Schmitt, Carl, "The Liberal Rule Of Law," Weimar, A Jurisprudence of Crisis, Ed. by, Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink, Translated By Belinda Cooper with Peter C. Caldwell, Stephen Cloyd, David Dyzenhaus, Stephan Hemetsberger, Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, Berkeley Los Angeles, University Of California Press, 2000, pp. 294-300.
- Schuerman, Bill, "The Rule of Law and the Welfare State: Toward a New Synthesis," Politics and Society, Vol.22, No:2 (June 1994), pp. 195-213.
- Spencer, Herbert, The Man Versus The State, London, Williams & Norgate, 1885.
- Thompson, E. P., Whigs and Hunters, London, Penguin Books, 1990.
- Thucydides, The History of the Grecian War, Trans by, Thomas Hobbes, Vol. 1, London, John Bohn, MDCCCXLIII (1843).
- Waldron, Jeremy, The Law, London, Routledge, 1990.
- Weber, Max, On Law in Economy and Society, Ed. by, Max Rheinstein, Trans. by, Edward Shils and Max Rhinestein, New York, Simon and Schuster, 1954 ©.

Yüzyılımızın Postmodern Bireyi ve Baudrillard'ın Birey Anlayışı

Zeynep Özlem Üskül-ENGİN*

"Dün gece düşümde gerçekliği gördüm, uyandığında ne rahatlamaydı öyle!"

Stanislaw Lec

I. Bireyin Yirminci Yüzyılda İzlediği Sürece Bir Bakış

Birey kavramı, ilkçağlardan beri varolmakla beraber, sürekli değişik içeriklere sahip olmuş bir kavramdır. Her dönemde, bireye farklı anlamlar yüklenmiş, bazen tümüyle unutulmuş, bazen de ön plana çok çıkmıştır. Tarihsel sürece bakıldığında da, bireyden Eski Yunan'da dahi sözedilmesine karşın, bireyin Aydınlanma Çağı'nda taçlandırıldığı, ondokuzuncu yüzyıla kadar önemini koruduğu, Batı uygarlığının bir özelliği olduğu ve aynı zamanda modernitenin merkezini oluşturduğu görülmüştür.¹ Ancak ondokuzuncu yüzyılda ortaya çıkan siyasi, ekonomik ve toplumsal gelişmelere bağlı olarak birey kavramının değil, toplum kavramının önem kazandığı izlenmiştir. Yirminci yüzyıl ise hem bireyin unutulmasının hem de geri dönüşünün yaşandığı bir zaman dilimidir.²

Ondokuzuncu yüzyılın başından itibaren 1950'lere dek sosyolojinin de önem kazanmasıyla, dünya düzenini

çok yakından etkileyen savaşlarla bireyden çok toplumun öne çıktığı bir dönem yaşanmıştır. 1950'leri izleyen dönemlerde, temel olarak toplumsal, siyasi ve ideolojik çatışmaların giderek yokolduğu izlenmektedir. Totalitarist komünizm hala yerini korumaktadır, ancak bu ideolojiyi benimsememiş ülkeler için gitgide bir iç tehdit olmaktan çok bir dış tehdit olarak algılanmaktadır ve ideolojisinin etkisinin yavaş yavaş ortadan kalktığı hissedilmektedir. Bu durum dünya dengelerini de yakından etkilemektedir.³ İkinci Dünya Savaşı sonrasında işçi hareketlerinin yavaş yavaş çöküşü, gözlerin toplumdan tekrar bireye doğru kaymasına neden olacaktır.

60'lı yıllar genel olarak sistemin ve yapıların tartışıldığı yıllardır. Bu yıllarda dilbilimi, psikanaliz, antropoloji, edebiyat eleştirileri, sosyoloji gibi dallar bireyi toplumsal yapılardan bağımsız olarak ele alarak toplumsal yapıları incelemektedir. Bireyin özne olarak ağırlığının kalktığı, özgürlük ve sorumluluk kelimelerinin anlamlarının

(* Bu tebliğ daha önce İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası'nda 2005 yılı sayısında basılmıştır.

(**) Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) Laurent, Alain, Histoire de l'Individualisme, PUF, Paris, 1993, s. 3.

(2) Bireyciliğin izlediği süreç için Bkz. Üskül, Zeynep Özlem; Bireyciliğe Tarihsel Bakış, Büke Yayıncılık, İstanbul, 2003.

(3) Castoriadis, Cornelius; Dünyaya, İnsana ve Topluma Dair, İletişim Yayınları, İstanbul, 2001, s. 172-173.