

Roland Maspétiol

Çeviren: Tuğba Ballıgil

Hukuk devleti, yani yasaların egemen olduğu yönetim biçimi, genelde hukuki gelişmenin, kamu özgürlüklerinin ve kişisel hakların güvence altına alınmasının kabul edildiği bir rejim olarak açıklanır. Anayasa öğretisi yaratıcılarının düşüncelerine uygun bulunan bu sav, kısmen yanlış olmuştur. Çağdaş siyasal örgütlenme içinde, salt yasa koyucunun değişken ve keyfi iradesine bağlı bulunan çok biçimsel bir yasa anlayışı, sivil yaşamın meşru menfaatlerinin korunmasında yeterli bir ilke oluşturamazdı. Uzun bir gelişim sürecinin ardından devlet, sadece uyruklarıyla olan ilişkilerinde değil, fakat yurttaşların aralarındaki ilişkilerde de hukuk yaratma yetkisini elde etmekle, yönettiği toplumun bağımsızlığını kendi insafına bağlı kılan en korkunç silahı kazanmıştır. Bu iki kurumun kaçınılmaz düalizmi son bulmuştur; ancak bu sonuç, hukuk düzeninin etkinliğine zarar vermekten başka bir şey sağlamamıştır.

Hukuk devleti, gerçekten de ikili bir karmaşaya dayanır; bunlardan biri hukuk ve yasanın özdeşliği, diğeri de adalet

ve hukuka uygunluğun özdeşliğinin yarattığı karışıklıktır. Bununla birlikte, C. Schmitt'in bulduğu iyimser çözüm yoluna göre, "hukuka uygunluk, belki meşruiyeti ortadan kaldırmaktadır"¹. Böylece yasanın egemenliği, bazı hallerde keyfi bir egemenlik olsa da, bunun yarattığı tehlike kamu oyunca o denli uzun süre farkedilmeden varlığını sürdürebilmiştir ki, yasa, buyruğunun genelliği yüzünden soyut ve düzenlemeye çalıştığı alan dolayısıyla da sınırlı kalmıştır. Devletin, toplumsal yaşamın birliğini sağlama, daha önceleri yurttaşların özgür girişimine bırakılmış olan alanlarda kendi direkiflerini zorla kabul ettirme yönündeki yeni iradesi, yasaya, liberal devlet yanlılarının kuşkusuz düşünmedikleri nerede ise zor-baca bir yetki vermektedir.

Toplumsal gerçeklikler alanında, sınırsız yaşama yetkisi ile özel işlemlerin güvence altına alınması arasındaki karşıtlık, daha net olarak ortaya çıkmaktadır.

Hukuk düzeninin güvencesi, kendi değer ve etkinliği içinde, ekonomik koşulların belirli bir uyumuna bağlı olsa da, gözlenen şudur ki, bu konu, yaşamın kaygısızca sürdüğü bazı dönemlerde ihmal edilmiştir; böylesi dönemlerde insanlar,

* Bu çeviri, Roland Maspétiol'un Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, Paris 1938; p: 200-208'de yer alan makalesinden yapılmıştır.

sözleşmelerin alışlagelmiş süresine uygun düşen bir süreç içinde, ancak belli, bizzat o koşullara benzer unsurlara bağlı olarak tahminde bulunabilmekte idiler. İşlemlerin doğruluk ve hakkaniyete uygunluğu, sözleşmelere saygılı olma koşuluna sıkıca bağlıdır; fakat bu, fiyat ve para dengesindeki bozulmaların, edimlerin karşılıklı değerini alt üst etmemeleri koşulu ile ancak menfaadlerin gerçekten korunmasını sağlar. Hukuk güvencesi bu korumanın yalnız biçimsel gücüne sahiptir; hukuki kurumlar, her tür içerikten yoksun soyut çerçevelerdir; bunun nedeni, dağıtıcı adalet ilkesinin bu kurumlarda değil, fakat bunların değiş tokuşuna olanak verdiği mal ve hizmetlerin uygunluğunda bulunmasıdır.

Bu, hukuk düzeninin temel ilkesinin özetlendiği sözleşme özgürlüğünde ve onun bağlayıcı gücündedir. Hukukta yüzyıllardır yaygın olan görüş, bireyin özerkliği anlayışıdır. Temel prensipleri derin hakikatleri içinde kavramak açısından her zaman kendilerine başvurulması gereken Romalılarda, hukukun bu büyük kurucularında kişisel hak, sadece kendi salt erki ile var olan, haklılığını bizzat kendi içinde taşıyan bir şey olarak görülmekle kalmaz, aynı zamanda öznel irade devlet kavramından önde gelir; öyle ki yasa bir sözleşme gibi görünür ve devletin özel hukuku ile ilişkisinin temel biçimi, sözleşmeye dayalı bir ilişkidir; nitekim yargılama yöntemleri ve infaz yolları buna kanıt olarak gösterilebilir.

Aynı görüşler, modern hukukta basındırlar; Medeni Kanun, çatısını oluşturan sözleşme kuramına dayanır. Sözleşme, taraflar arasındaki hukuki yükümlülüğü, bunların geçerli rızası, o sözleşmenin içeriğini biçimlendiren bir konuda ve meşru bir koşul için beyan edilmişse, ser-

bestçe belirler. Yine, devletin kurumlarını hukuk kuralına bağlı kılmak isteği de, oldukça keyfi bu yer değiştirmenin yol açtığı çekinceler ne olursa olsun, insanların, yurttaşlarına iktidarla olan ilişkilerini belirlemek ve onların, kendilerini baskı altına alan yasanın hazırlanmasına katılmalarını olanaklı kılmak üzere başvurdukları sözleşme fikrine aittir.

Fakat sözleşme, tarafların karşılıklı borçları ile ilgili tanımlamasında, hızlı biçimde değişen durumlar nedeniyle, karşılıklı edimlerin önceden belirlenmesine olanak bırakmayan bir toplum dinamizmine ayak uyduramaz. Sınırlı sayıda bazı hallerde, gabin (aşırı yararlanma) bir sözleşme kusuru oluşturuyorsa, bu ancak, iradelerin uyuşması anında değer taşıyabilir. Bununla birlikte sözleşmenin yerine getirilme sürecinde, onun yasal dayanağını biçimlendiren maddi öğeler, insan tahminini aşan boyutlarda alt üst edildikleri takdirde, psikolojik ve toplumsal gerçeklikler alanında zorunlu bağlayıcı gücünden geriye ne kalır?

Psikolojik ve toplumsal gerçeklikler, yargısal içtihat yolu ile, mücbir sebep ile, bazı değişikliklerle öylesine sınırlanmış bulunan kavramla bağdaşmadıkları ölçüde, uygulanması metnin sözüne uygun olması gereken sözleşme koşullarının buyurucu niteliğini hiçbir bakımdan azaltmazlar. Fiyat ya da paradaki istikrarın bozulduğu dönemlerde, işlemlerin hakkaniyete uygunluğu konusunda güvence sağlayamayan sözleşme, artık keyfilik etmeninden başka bir şey olamadığı gibi, sivil toplum ve ticari yaşamın istikrarında bir spekülasyon unsuru durumuna gelmek için vazgeçilmez bir tahmin ölçütü de olamaz.

Bunun örnekleri, son yıllarda savaştan ve enflasyondan kaynaklanan buna-

limlardan başlayarak çok sık görülür olmuştur. Kuşkusuz, benzer durumların varlığı halinde idari yargı, öngörülemez hallerin hakkaniyete uygun biçimde çözümlenmesi yolunu düşünmüş ve fakat bu çözüm, sadece özel hukuk alanında uygulanmaması ve en seçkin medeni hukuk uzmanlarınca hukuki bir canavarlık olarak değerlendirilmesinin dışında, ancak kuramsal açıdan kamu hizmeti fikri ve onun düzenli ve sürekli görülmesi zorunluluğu ile, yani pratik yaşamın gereksinimlerinden çıkarılmış bir kavram ile aklanabilmiştir. Aslında bu çözüm, öngörülemez risklerin ortak sözleşene geçmesi sonucunu doğurduğu için, kamu hizmeti alanında kendini temize çıkarabilir; zira bu, kural olarak öylesine bir toplumsal gerçekliğe uygun düşer ki, onun tatmini, maliyet fiyatından bağımsız olarak sürdürülebilir; arzu edilen sözleşme maddesinin, iradelerin uyuşmasına sıklıkla engel olduğu sivil yaşam ilişkilerinde bu çözüm, aksine daha büyük keyfiliklere yol açmış olacaktır.

Hukuki anlaşmaların yeni ekonomik gerçeklere uydurulmasındaki hatanın, toplumda ne denli çok çatışmaya neden olduğuna tarih tanır. Eski Yunan ve Latın'da borçlularla alacaklılar arasındaki çatışmaların şiddeti ve bu savaşımın siyasal alana kayması, onun bu soruna hukuk alanında bir çözüm getirmenin olanaksızlığına değindiği noktada anlamlı bir açıklama olarak kaydedilebilir. Arık bundan böyle Birleşik Devletler'de Roosevelt deneyiminin ilk başlarda özel borçlar sorunu dolayısıyla oynadığı rol unutulamaz.

Bununla birlikte bu, hukukun, esas özelliği değişkenlik olan yaşamın kendi koşullarını bilmeyen sabit ve değişmez nitelikte bir toplum içinde ancak söz konu-

su olabileceği anlamına gelmez. Tahmin unsuru, her süreli anlaşmanın içinde yer alır ve ticaretin temel özelliklerinden biri, piyasa ve fiyatların belirlenmesinde serbestlik kuralı gereği olan bu işlevi üstlenmektedir. Her insani girişimde olduğu gibi, sözleşme de bir risk taşır; toplumsal yaşamın gelişmesinin, tarafları, onların serbestçe kabul etmiş oldukları rastlantılardan kurtardığı iddiası herhalde desteklenemez. Fakat yalnızca ekonomik olguların sonuçlarına bakıldığında mümkün olan, bunların uyumu keyfi müdahalelerle bozulduğu takdirde, geçersiz hale gelmesidir. Bu zararlar ikili bir mahiyet taşırlar; bunlar hem hukuk kuralının biçimlenmesini ve hem de bunun işlevini görmesini sağlayarak sivil toplumun kuruluş biçimini amaçlarlar.

Bir yandan sözleşme özgürlüğüne saygı, öte yandan ekonomik yaşamın doğal dengesine uygun koşulların sürdürülmesi, böylece hukuk düzeninin etkinliği için gerekli iki öğeyi oluştururlar.

Hukuk tekniği, sözleşmeden doğan hukuk, yasal bir düzenlemeden kaynaklanan durumun karşısına çıkarır. Yasa ya da tüzük ve yönetmeliklerin her durumda hukuki muameleler oluşturup oluşturmadıkları, bu inceleme çerçevesinde araştırılacak konu değildir. Bunlar, siyasal iktidardan kaynaklandıkları için, yayınladıkları yönergelerin doğası gereği günümüzde bir ölçüde genişletilmiş bulunan siyasal iktidarın niteliğine ortak olurlar. Yasanın, konusu itibarıyla onu Kantçı anlamda ahlak yasasına yaklaştıran bir evrensellik dile getirdiği bir zamanda, örneğin kişilerin statüsünü saptamada, hukuki pozitivizm tezi yeterli bir açıklama getirmiş görünebilir; bu da çoğu kez iktidarın, iş-

lerin idaresinde bir yönetim değişikliğini kabul ettirmek istemesinden başka bir şey değildir.²

Yasa, bu görünümü düşlediği ölçüde, bir hukuk fikri değişikliğinden daha çok pratik yerindeliği ortaya çıkarır. Zaten o, gelecek adına her an değiştirilebildiği için, hiçbir zaman kazanılmış hakların yaratıcısı değildir. Salt hukuki durumlara değer ve güvenlik veren bu karşılıklı bağın gerçekleşmesine izin vermez.

Yasa ya da tüzük ve yönetmelikten başka dayanağı olmayan toplumsal ilişkiler, ancak düşük nitelikli bir korumadan yararlanırlar. Görüldüğü gibi, statüden sözleşmeye geçiş, gitgide gelişen toplumları belirlemektedir.³ Gelişim, aksine yasal düzenlemelerin sayısını ve önemini artırma yönünde olduğu zaman, hukuk güvencesi azalır ve bu da biçimsel açıdan, ona bağlı olan durumların hukuki olarak nitelendirilmelerinden başka bir şey değildir.

Yasa, tüzük ve yönetmeliklerin klasik alanı kamu hukukudur; zira kamu hukuku ilişkilerinin çoğu, karşı karşıya bulunan tarafların güçleri ve uyumsuzluk konusunu menfaatin yoğunluğu içinde içerdiği belirsiz adalet kuralından kaçıp kurtulur. Bu ilişkileri hukukun gerçek yükümlülük kuralına bağlı kılma yolundaki her girişim başarısızlığa mahkumdur; zira birçok risk ve rastlantı ile dolu karşılıklı bir savaşım halindeki, güçleri az çok birbirine eşit insanlar arasında yer bulmuş gibi görünen adaletin bu temel niteliği bilinebilir. Kamu iktidarının bazı temel gerekleri, haklı olarak özel hukuklardan elde edilmiş bireysel savlar önünde boyun eğmeyi kabul edemez.

Kamu hukukuna ilişkin durumların sahip olduğu hukuki korumanın yetersizliğini gidermek için, bazı ülkelerde yürü-

tülen çabaların önemi yadsınamaz; Birleşik Devletler'de yasanın anayasaya uygunluğunun denetimi ile Fransa'da yönetimin ahlaka uygunluğu ve yetki tecavüzünün kontrolü konusunu burada özellikle anımsatmak gerekir. Pratik gelişmeler, bu ustalıklı yöntemler sayesinde gerçekleştirilmiştir, fakat bunlar ancak, salt sürekli arz eden sözleşmeye ilişkin durumları önleme olanağı verebilirler. Nitekim, gerçekten sağlam güvence gerektiren hallerde, ne zaman belirli ilişkilerin korunmasını sağlama zorunluluğu görülse, başvurulacak hukuki yükümlülük biçiminin bu olduğu, bu açıdan kayda değer bir gösterge değil midir? Danıştay'ın yeni içtihadı, bu konuda özellikle karakteristik bir açıklama getirmektedir.⁴

Hukuk düzeninin etkinliği açısından kaydedilmesi gereken, bunun yasa, tüzük ve yönetmelikler alanının gitgide artan açılımı, idare hukukunun gelişmesinin olduğu kadar, sivil ve ticari yaşam ilişkileri içinde kamu yetkililerinin müdahalesinin de sonucu olduğudur. Bu gelişip büyüme, kendi içinde, sadece bireylerin ilişkilerini, bu ilişkiler arasına kamu düzeni ve sözleşme hükümlerinin gereklerini ilave etmeyi amaçladığı zaman tehlikesizdir. Bazı aslan payına dayanan koşulları engelleyerek, edimlerin eşitliğinin bozulmaması için önlemler alarak, siyasal iktidar olağan ve birincil rolü olan düzen ve adalet rolünü yerine getirir. Bu müdahalenin etki alanı, çağlara göre az çok yaygın olsa da, temel ilkesi en bireyci rejimler tarafından bile hiçbir zaman tartışılmamıştır.⁵

Fakat, yasa bugün daha ileri gitmektedir; o, kısmen de olsa, ekonomik yaşamın devletçe yönetilmesinin sağlanmasıyla yönelik bir araç durumundadır. Bu eğilim, kamu hukuku ve özel hukuk ara-

sındaki her tür açık ayrımın yok edilmesi ve sivil toplumun içindeki özgür ve bağımsız ilişkilere yasa hükümlerinin uygulanmasıyla, salt kamu düzenine saygı çinkesi altında, kendini göstermektedir.

Bizzat sözleşme, tarafların yasal ve zorlayıcı bir kurallar bütününe itaatini sağlamayı amaçlar; onun temel ilkesi artık onama değil buyruktur, yetkidir; sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin sonucuna ulaştıran saiklerin denetimince kabul görmezken, yasa, bazı hallerde bir hakkın kullanılmasını belli bir saikin ispatına bağlı kılarken, sözleşme, kamu yetkililerince denetlenir. Kuşkusuz klasik öğreti, sözleşme yapanlara, aralarında iyi niyet kuralının uygulanması gereken taraflar olarak değil, daha çok hasımlar olarak bakma eğiliminde idi. İnsanın toplumsallığını yadsıyan atomcu bir anlayışın sonucu olan bu aşırı bireyciliğe çare, örneğin kargaşa dönemlerinde *rebus sic stantibus*⁶ (beklenmeyen haller) koşulunun uygulanmasıyla bulunabilirdi; fakat sivil otoriteye yükümlü kalma ve yükümlülüğünden kurtarma yetkisini veren yasamanın müdahalesinin genişletilmesinde bulunamazdı.

Şimdiki gelişim bireysel özerkliği azaltmakta, kazanılmış hak kavramına zarar vererek sözleşmenin zorlayıcı gücünü yok etmektedir. Sözleşme, özgürlüğünü yitirmektedir; zira Proudhon'un büyük bir dürüstlikle gözlemediği gibi, yönetim düşüncesini dışta bırakıp serbest ticaret fikrini benimsemektedir.⁷ İç ve öznel hak duygusu insanların çoğunda, iradelerin uyuşmasının keyfi ve yinelenen kargaşalarla alt üst olması dolayısıyla körelmiş bulunmaktadır.

Sözleşme özgürlüğüne tecavüz, hukuk düzeninin etkinliğini azaltır; hal böyle ise, bunun nedeni sadece bizzat sözleş-

menin biçiminin taşıdığı değer değil, aynı zamanda sözleşmenin ekonomik yaşamın doğal dengesine doğrudan bağlı olmasıdır.

Fiyatların serbestçe biçimlenmesi, sözleşmede yer alan güvenceyi sıkı sıkıya şart koşar. Bu da ancak, ekonomik olguların dengeli biçimde gelişmelerinde engelleme ile karşılaşmadıkları, sözleşmenin özerkliği ve zorlayıcı gücünün nesnel bir gerçeklik oluşturduğu toplumsal bir ortamda mümkün olur. Açık ki, devletin keyfi kararının fiyatların otomatik mekanizmasının yerini aldığı güdümlü ekonomiye dayalı bir rejimde, artık kazanılmış hak kavramı ile sözleşme kavramı ancak içeriğin özel çerçeveleri olabilirler.⁸ Kamu erkinin ekonomik yaşamın yönetimine müdahalesi, karşılıklı koşullarda beklenmedik halin ve dahası öngörülemeyen olanın payının tehlikeli biçimde artmasına yol açar.⁹

Güdümlü ekonomik sistemlerin zoraki kolektif havası, sivil toplumun hukuki ilişkilerinin normal gelişimine ve onu esinleyen hakkaniyet düşüncesine karşı çıkar. Böyle bir sistemin buyurucu düzenlemeleri, sermayelerin biçimlenme kurallarını değiştirerek, ülkenin genel zenginliğinin artışına bağlı olmaksızın parasal işaretlerin sınırsız aqlımını kolaylaştırarak, sermaye ile zenginlik arasındaki ilişkilerin dengesini değiştirirler. Malvarlığı kavramı ve ona bağlanan tüm borçlar böylelikle değiştirilmiş olmaktadır. Böyle bir sistemin sonuçları, modern toplumda zenginliğin, nesneler üzerindeki dolaylı haklarla, bunların zilyetliğiyle olduğundan daha çok deyimlendiği ölçüde ortaya çıkarlar.

Düzensizlik, kargaşa, aynı biçimde ti-

cari yaşam alanına da yayılır. Tahmin, ticaretin büyük düzenleyici işlevi ise de, arz ve talep yasasına bağlanabilecek iniş çıkışlar, iktidarın, ekonominin uyum sağlayan güçlerinin bozulmasına yol açan tek yanlı kararlarına eklendiği zaman, artık bu işlevini göremez.

Liberal rejim, doğrusunu söylemek gerekirse, hukuk kuralının etkinliği için gerekli koşulları sunacak tek unsur değildir. Olası tahmin hataları, ekonomik planda onaylanmış olarak kaldığına göre, devlet, sorumsuzluk ya da bürokratik yönetim formüllerini onun yerine koymadan, örneğin mesleki bir toplumsal örgütlenme de buna elverişli olabilir. Sendikanın da iradi olarak, kamu erkinin denetimi altında genel meslek yasasına dönüşmüş bulunan anlaşmalara dayandığı için, sözleşme fikrinin önceliğini kabul ettiğini gözlemek ilginçtir.

Böylece ticari muamele özgürlüğü, ona bağlanan karşılıklı ekonomik yaptırım ile, ticaretin ve medeni hakların korunmasının ortak temeli olarak görünmektedir. Siyasal iktidarın hukuk düzeninin yaratıcısı olmak şöyle dursun, bu hukuk düzeni, toplumun devletten ayrı olarak varlığını sürdürdüğünü, mekanizmalarının asıl kendiliğindenliklerine tabi olmaya devam ettiklerini ve içinde, salt kamu düzeninin gerekleri çekincesi dışında, insanlara iradi olarak sonuca bağlanmış özel hükümlerin yer aldığı, karşılıklı taahhüdünün tam eşitliğini koruyan koşullara zarar vermemiş olduğunu varsayar.

Hukuk kavramı, gerçekleşmek için kendilerinden kaçamadığı basit ama kesin toplumsal koşulların bir araya gelmesini gerekli görür. İçinde, kişi ve malların sadece yasa, tüzük ve yönetmeliklere bağlı bulunduğu kolektif bir örgütlenme, özellikle siyasal otoritenin ekonomik dü-

zenin yönetimini sağlamak istemesine karşın, iradelerin özerkliğine ve taahhütlerin güvenliği ve güvencesinin tek yaratıcı kaynağı olan sözleşme özgürlüğüne artık yer bırakmaz. Hukuk, özgürlük ile aynı esastan kaynaklanır; her ikisi de, devletin zorlamalarına karşı sivil toplumun bağımsızlığının koruyuculuğundan ayrılmaz.

NOTLAR

- 1) *Légalité, Légimité*, 1934, traduction 1936.
- 2) Cf. notre ouvrage, *L'Etat et son pouvoir* 1937, p. 71.
- 3) H. Summer MAINE, *L'ancien Droit*, trad., p. 162.
- 4) Danıştay, 24 Ocak 1936, BRUN, s. 106. Memur statüsü yasa, tüzük ve yönetmeliğe uygun bir durum gösteriyorsa (örneğin Danıştay, 24 Ocak 1936, *Lestideau*, emeklilik hakkının doğumuna ilişkin kurallar hakkında), Danıştay, aksine adı geçen kararla, emekli aylığı alma hakkına sahip kamu hizmetleri görevlisinin, bu haktan yararlanma süresini ya da koşullarını (kuşkusuz, yasanın salt biçimsel erki kaydı ile) tek yanlı olarak değiştiremediği bir sözleşme pozisyonunda bulunduğu hükmetmiştir. Salt mantıki açıdan, memurların statüsünde yapılmış olan bu hukuki ilişkiler ayrımı oldukça tartışma götürür; fakat bunu yargıcın, özel bir düşüncüyü toplumsal yönden haklı kılar görünen bir durumu, etkin biçimde koruma iradesinin tanığı olarak yorumlamak gerekir. Bu karar böylece, sözleşmenin yasa üzerindeki hukuki üstünlüğünü ileri sürerken, apaçık öğretisel bir yarar sergilemektedir.
- 5) Cf. Code civil, art. 6 et 1133.
- 6) Bu anlamda Yeni Alman Hukukundaki eğilimler hakkında bakınız, *Bulletin des Archives mondiales de Hambourg* du 15 décembre 1936.
- 7) *Idée générale de la Révolution*, p. 115.
- 8) Cf. RUEFF, *La Crise du capitalisme* (Communication à l'Académie des Sciences morales et politiques, le 5 janvier 1935).
- 9) Cf. Rapport annuel 1937 de la Sofina (*Revue économique internationale*, avril 1937, pp. 147 sq.).