

Hayrettin Ökçesiz

Hukuk Devleti Olgusu

Olgu ve olayların düşünsel bir çerçevesi hep olagelmıştır. Olan biten her şeyin kuramsal bir temellendirmesi felsefe ve bilimlerin ortak amaç ve yöntemleridir. Bu temellendirme, adlandırma, kavramlaştırma bazan öyle bir soyutluğa ulaşır ki, kaynaklandıkları gerçekliğin yeniden görülmesi birçok bakımdan bir zorunluluk durumuna gelir. “Hukuk Devleti” kavramı da bir ide, bir hukuki, siyasi kurum, anayasal bir buyruk olarak kendi toplumsal gerçekliği ile birlikte düşünülmediğinde, iyi niyetli özelemler ayrı tutulmak üzere, çoğu zaman art niyetlerin saklanması, aldatma ve öyalamalar için kullanılmaktadır. Asla hukuk devleti olamayacak devlet düzenleri veya anayasal buyruklardan sapan hükümetler kendilerini ısrarla gerçek hukuk ve adalet devleti ya da yapıp ettiklerini bu devletin eylem ve işlemleri olarak nitelemekte, otoriter ve totaliter yöntemleriyle uyruklarını buna inanmaya zorlamaktadırlar. Bu kuzu postunun içerisinde başka bir yaratık bulunmamalıdır. Var ise, onu zamanında bilebilmelidir. Şu halde kavramların gerçeklikle olan ilişkilerinin araştırılmasının aynı zamanda yaşamsal önemi de bulunmaktadır. Bu durum bize sempozyum konumuzu temellendiren şu ilk soruyu sordurmaktadır: 1) Hukuk devleti olgusunun toplumsal ve siyasal önkoşulları nelerdir? Hukuk uygulaması, toplumun hukuksal yaşamı, ne dereceye kadar hukuk devleti idesine uygun düşmektedir? 2) Bunu bilebilmenin yöntemleri ve araçları nelerdir? 3) Toplum bir hukuk devleti toplumu olarak görünmüyorsa, toplumlar için böyle bir genelleme yapılamayabilirse, “Hukuk Devleti” o zaman gerçekten evrensel bir değer olarak görülebilir mi? Bu son soruyu da bilebilmenin görgül araçları ve yöntemleri neler olabilir?

Hukuk devletinin bir ideal olarak bilinçlere yerleştiği toplumlar artık bu idenin nimetlerinden uzak durabilecekleri bir aşamayı çok gerilerde bırakmışlardır. Herhangi bir toplumun hukuk devleti toplumu olmakta istikrarlı bir çizgi izlediğini söylemek olanaksızdır. Bu talebinde en üst düzeyde bir doyuma ulaşabilmesinin veya en ileri yoksunluk durumlarına düşmesinin toplumsal önkoşulları bulunmaktadır. Bunların araştırılmasında elbette ilk önce sosyoloji, sosyal psikoloji, antropoloji yönetsel ve bilgi birikimsel büyük olanaklar sunmaktadır.

Bildirimi bu çerçevede hukuk devletinin kavramsal neliğine, toplumbilimsel ve antropolojik, gözlemsel önkoşullarına özgülemek istiyorum.

I

Bilindiği üzere hukuk devleti biçimsel ve içeriksel özelliklerinde tarihsel bir gelişimi gizlediği gibi bugün bu her iki yanıla demokratik ve sosyal olabilmenin de zeminini oluşturmaktadır. Öte yandan ise demokratik ve sosyal olmayan bir devlet düzenine çağdaş anlamda hukuk devleti olmak özelliğini bir türlü kazandıramayız. Bir devlet yapısal olarak a) güçler ayrılığı, b) mahkemelerin bağımsızlığı, c) Her türlü idari eylem ve işlemlerden dolayı kişilere verilen zararın giderimi güvencesi ilkesine sahip ise ilk önce bir “biçimsel hukuk devlet”idir. Buna “yasa devleti” de denebilir. Anayasa yargısı bu tipten en son aşamalarından biridir. Bu kurgu, burjuva toplumunun ya da sivil toplumun bireyinin yaşam, özgürlük ve mülkiyet taleplerinde en yüksek doyumu

verebilecek ve bütün gerekleriyle devinen bir yeni çağın sürekli yolunu açabilecek başarılı bir devlet tasarımıdır. “Hukuk Devleti” kavramı yeni sınıfın ve toplumun devlete karşı savaşımının bir parolası olarak karşımıza çıkar. Devlet ve idaresi yasayla dizginlenir. Burada öncekilerden çok farklı bir yasa kavramı söz konusudur. Genel ve sürekli olmasının yanında devletin hukuk devleti olmasını sağlayan önemli bir özelliği daha vardır: Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir. İhtilâlin nedeni ve meyveleri olan temel haklar ve özgürlükler asla yokedilemezler. Sınırlanmaları gerektiğinde buna ancak millet kendi temsilcileri aracılığıyla yetkilidir. Millet meclislerinin bu işlemine “yasa” denir. Yaşam, özgürlük ve mülkiyet talepleri şu halde, ancak yasayla sınırlanabilir. Devlet ve toplum böyle bir yasanın üstünlüğüne tâbidir. Böyle bir yasanın üstünlüğü ilkesi de öteki adıyla hukuk devleti olmaktadır. Bu konum hem başlangıcı, hem de önemli bir kesimiyle bugünü deyimlemektedir. Doğal hukuk düşüncesinden ve uygulamasından hukuki pozitivizme aynı zamanda yeni bir devlet tasarımı ile geçmekteyiz. Formel hukuk devleti pozitivist bir hukuk ve yasa anlayışına bağlıdır. Yeni sınıfın çıkarlarını güvenceye almış olan bu yasa, yasadır. Ona itaatin ve meşruluğunun başkaca bir kaynağı olamaz. Hukuki yorumda ise kavramlar içtihadı akımı bu tabloyu bütün olanakları ile tamamlamaktadır. Burada sınırlım, *Max Weber*’in kapitalist toplum - modern çağ çözümlemesi açısından da hukuk devletine bakmak yerinde olacaktır.

Yeni çağ toplum yapısının biçimsel ussallığının bir yansıması olarak önce yasa pozitivistliğini ve biçimsel hukuk devletini görüyoruz. Bunların her ikisi de *Weber*’in biçimsel ussallık tasarımının hukuk ve devlet anlayışındaki mantıki sonuçları olarak görünmektedir.

Buna göre yasa, bağlayıcı kimi doğal hukuk düşüncelerinden kopmuş olmaktadır. *Max Weber*’in, devrimin çocuğu: Code Civil üzerine söyledikleriyle, “hukuki olmayan unsurların her türlü karışımı, her türlü ders verici tarzda, ahlâken ikaz edici notlar ve kazuistik” artık bulunmuyordu⁽¹⁾. Demek ki, hukuk ve ahlâk arasında zorunlu bir ilişki bulunmamaktaydı. Her türlü içerik hukuk olabilir. Hukuk burada elbette pozitif hukuktur. “Yasa yasadır” sözü bu anlamda anlaşılmalıdır. *Kant* da, daha o zamanlar moralite ile legaliteyi birbirinden ayrı tutmuştu.

Weber’e göre hukuk zorlayıcı bir aygıt tarafından güvenceye alınmış bir düzen ise, o zaman bu yeni, herkes için eşit olarak geçerli yasa da bu tanıma uygun biçimde bir zorlayıcı aygıt tarafından güvenceye alınmış olmalıdır. Yeni üçüncü sınıfın özgürlüğünü ve mülkiyetini güvenceye alan; devleti kayıtsız şartsız bağlayan ve bu sırada her türlü ahlâki isteme kendisini yasaklayan yasa elbette, kapitalizmin biçimsel ussallığının zorunlu bir görünüşü olarak anlaşılacaktır. Formal Hukuk Devleti, böyle anlaşılan bir yasa için yukarıda sözü edilen zorlayıcı aygıtı oluşturan devlettten başka bir şey değildir.

1837 yılında *Friedrich Julius Stahl* hukuk devletini şu sözlerle tanımlamaktaydı: “Devlet hukuk devleti olmalıdır. Parola budur. Hakikatte bu, yeni çağın hareketi geçirici gücüdür. Etkinliğinin yollarını ve sınırlarını, yurttaşlarının özgür alanlarını hukuk tarzında tam olarak belirlemeli ve kesintisiz güvenceye almalı, ahlâki düşünceleri devlet eliyle, yani doğrudan, ancak hukuk alanına girdiği kadarıyla, yani yalnızca gerekli

(1) Rechtssoziologie, §7

sınırları içerisinde gerçekleştirmelidir⁽²⁾. Hukuk ve devlet felsefesinin 19. yüzyıldaki gelişiminde, *Weber*'in kapitalist modern dönem açıklamasına belirli bir koşutluk bulunduğunu görmekteyiz. Hukuk ve devlet biçimsel olarak anlaşılmaktadır. Hukuk güvenliği öncelik taşımaktadır. Bu, biçimsel ussallığın ve yeni gerçekliğin ussallaştırılmasının zorunlu bir sonucudur.

Kavranması ve hakim olunması kendine özgü bir ussallığın tasarlanmasıyla ve bunun da, toplumsal varoluşun ussallaştırılması olarak gerçekleştirilmesiyle ilk kez olanaklı bulunduğu yeni gerçeklik, en son zamanlarda biçimsel hukuk ve devlet kavramıyla açıklanamayacak derecede özel bir boyut kazanmıştır.

20. yüzyılın en son ve kapsamlı felâketleri, biçimsel ussal bakışın, dünya görüşünün bazı yönlerden eksik bulunduğunu gösterdi. Bu tamamlanma gereksiniminin yansımaları ilk olarak, genel hukuk kuramının en son hukuk tanımlarında görmekteyiz. Örneğin *R. Dreier* hukuku şöyle tanımlamaktadır. "Hukuk, devlet olarak örgütlenmiş ya da devletlerarası olan bir normlar sisteminin anayasasına ait normların tamamıdır. Ancak bu sistem genellikle sosyal etkili olması ve asgari bir etik meşruluk ya da meşru görülme yeteneği göstermelidir. Hukuk ayrıca, bu anayasaya göre konmuş normların da bütünüdür. Ancak bunların da asgari bir sosyal etkililiğinin bulunması ve asgari bir etik meşruluk ya da meşru olma yeteneğini göstermesi gereklidir"⁽³⁾. Burada, etik anlamda asgari bir içeriğe sahip olamayan bir pozitif normun hukuk olarak anılamayacağı bilinci ifadesini bulmaktadır. Bu etik anlamda gerekli görülen asgari içerik, devleti sosyal olmaya zorlayan toplumsal ve siyasal gelişmelerin koşutluğunda, hukuk devletine biçimselliğinin yanında değersel içerik kazandıran maddi hukuk devletine götürmektedir. Biçimsel - içeriksel ussallığa karşılık geldiğini sandığım bu biçimsel - içeriksel hukuk devleti ayırımında, bu sonuncusunun aynı zamanda toplumsal-siyasi gelişimin ürünü olmakla *Weber*'in ussallık şemasında bir geriye dönüş oluşturmadığı, daha ileri bir aşamada insanların dokunulmaz insanlık onuru biçimindeki bir ana kavram altında kavranan evrensel temel haklarının devletin amacı yapılmasıyla (Örn. Alman Anayasası md. 1/1, T.C. Anayasası md. 2) ortaya çıkan bir değer içerikli ussal edim ile açıklanabileceği düşüncesindeyim. İnsan haklarının buna göre hiç bir pozitif normda başka amaçlar uğruna kötüye kullanılması istenmemektedir. Modern toplumda yurttaşların gözlemlenen bilinç düzeyi, bu temel hakların, böylesine değer nitelikli bir anlam verme ve aramadan soyutlanmış bulunan biçimsel ussallığın bir sonucu olarak belirebilecek herhangi bir kötüye kullanılmasını tolere edemeyeceğine işaret etmektedir.

İnsanın anlam sorunu kısmen, yeni modern toplumun ve onun maddi hukuk devletinin kendilerine nihai amaç yaptıkları ve uğruna değer içerikli ussal davranacakları yeni insan hakları ideolojisiyle çözülebilecektir. Bu varsayımı onaylayamaz isek, herhangi bir ussallıktan hiç bir biçimde söz edemeyeceğiz demektir. Bu bin yılın sonunda modern toplum, biçimsel ussallığından insan hakları bakımından bir maddi ussallık geliştirmek zorundadır. Ya da aksi durumda kıyaslanamaz bir usdışılığa sürüklenmiş olacaktır.

⁽²⁾ Ingeborg Maus, Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaats, b.y.: der bürgerliche Rechtsstaat, hazırlayan: Mehdi Tohidipur, I. cilt, Frankfurt/M 1978, s.30

⁽³⁾ Ralf Dreier, der Begriff des Rechts, b.y.: R.Dreier, Recht-Staat-Vernunft, Studien zur Rechtstheorie 2, Frankfurt/M 1991, s.116

Yukarıda anahatlarıyla oluşumu, niteliği ve değeri bakımlarından değindiğim hukuk devletinin siyasal ve toplumsal koşullarına ilişkin başka önemli bir çözümlemesini burada tanıtarak tartışmaya sunmak istiyorum: Ülkemizde hâlâ pek az tanınan *Niklas Luhmann*'ın işlevsel-yapısal sistem kuramının, hukuk devletinin sosyolojik açıklanması bakımından özellikle dikkate değer olduğunu düşünüyorum⁽⁴⁾. O'na göre hukuk devletinin sosyolojik olarak en göze çarpan belirtisi hukukun pozitifleşmesi, yani hukukun geçerliğinin tamamen örgütlenmiş kararlara bağlanması ve böylelikle bu konuda uzmanlaşmış bir toplumsal sistemin sorumluluğuna sokulması olgusudur. 19. yüzyılda dinsel olmayan, salt siyasal bulunan roller sistemlerinin hukuk üzerinde egemenlik talep etmesi ve iktidara geçmesi ile hukuk devleti düşüncesinin üstün gelmesi bir rastlantı değildir. Hukuk devletinin toplumsal ve siyasal koşullarını bilmek isteyen kimse, doğal hukuk oluşumlarından pozitif hukuk oluşumlarına geçişin gelişim tarihçesini iyi kavramalıdır. Pozitif hukuk, toplumsal karmaşıklığın toplumun kendi siyasal alt sisteminin sorumluluğunda azaltılmasıdır. Böylelikle hukuken düzenlenebilecek davranış beklentilerinin sayısının oldukça artırılması ve herşeyden önce, hukuken düzenlenmiş beklentilerin uyum yeteneklerinin hızlandırılması hedeflenmektedir. Pozitifleşme ile, geçerli olanın bundan böyle de hep geçerli kalacağı önermesinden hukuk kurtarılmaktadır. Hukukun biçimlendirme, yapılandırma işlevi için böylesine bir sonsuz geçerlilik gerekli değildir. Hangi durumlarda neyin geçerli olduğunun bilinmesi yeterlidir. Ancak anayasa karar süreçleri için dokunulmaz kalmalıdır. Fakat bu dokunulmazlık da mutlak değildir. Yalnız herşey bir anda problem olmamalıdır. Basit ya da bütünsel-hiyerarşik yapıli toplumlar hukuklarını pozitifleştiremezler. Buna karşın farklılaşmış toplumlardaki hukukun değişmezlikle, gelenekle, kalıcı ve süregelen doğayla, mutlak değerlerle aşırı sembolleştirilmesi terk edilmelidir. Aksi halde bu hukuk, sosyal gelişmeye ayak uyduramayacağı için ideoloji olmak zannı altında kalacaktır. *Luhmann* burada şu soruyu sormaktadır: Pekalâ, bu tarz bir hukuki geçerlik başka toplumsal mekanizmalar tarafından işlevselliğe uygun olarak ne tarzda çözülüp bir kenara itilebilir? Hep böyle olagelmış bir düzenin sunduğu açık, anlaşılır, somut güvenlik; sistem yapılarının gösterdiği ve toplumun işlevsel farklılaşmasına daha uygun, fakat daha çok soyut, dolaylı, dağınık özellikteki yaşam sürdürme güvenceleri ile ikame edilmek zorundadır. Bu güvenceler nasıl karakterize edilebilir? Bu sorularla *Luhmann*, hukuk devletinin toplumsal ve siyasal koşullarının neler olduğu sorusuna ulaşmaktadır. *Luhmann* bu koşulları altı noktada toplamaktadır:

1) Siyasal sistemin işlevsel özgülüşmesi ve kendi kendisini hukuken programlaması ancak toplumun diğer iletişilen sferlerinin yapısal bakımdan analog bir istikrarına, yine aynı biçimde roller bakımından seçilmişliğine, özgülüşmüşliğine ve nisbeten özerk bir örgütlenmişliğine bağlıdır. Öyle ki, din, dogma ile inanç arasındaki ilişkinin işlenmesine, bilim, deneyim ile kavram arasında gerilimin işlenmesine yoğunlaşmıştır. Ekonomi para mekanizması ve pazar sistemi ile kendi düzenine sahiptir. Küçük aile olarak aile ise yaygın bir bireysel sempati (sevgi) ilkesi üzerine kuruludur. Bu toplum sferlerinin siyaset ile olan bağımsızlıkları ve bağımlılıkları aynı zamanda artmaktadır, çünkü edim olanaklarının karmaşıklığı bir bütün olarak artmaktadır. Karmaşıklıkla böylesine bir artışı ancak yapısal bir harmoniye ulaşıldığında mümkündür. Aksi durumda kısmi

⁽⁴⁾ Niklas Luhmann, gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaats, b.y.: der bürgerliche Rechtsstaat, a.g.y. s.101 vd., 110 vd.

sistemlerde yapısal nedenlerle, diğer kısmi sistemlerin yine yapısal nedenlerle karşılayamayacakları beklentiler oluşabilir.

2) Böylesine bir farklılaşma, iyice kurumsallaşmış ve bütünüyle işleyen rollerin ayrıştırılması mekanizmalarını ön koşar. Örneğin, insan parayla siyasi güç ya da sevgi satın alamaz, alamamalıdır. İşsizlik yardımı ile aile, iktisadi dalgalanmaların kötü etkilerine karşı korunmuştur. Babamızın düşüncesi bilimsel temellendirmede bir kanıt değildir. Kadının, kocasının mesleki kariyerinde etkili olabilmesi için, onun amiri ile görüşmesi hiç olağan değildir.

3) Ayrımlar ve sistem özerklikleri karşılıklı bağımlılıkları ve etkileme olanaklarını bloke etmeyecek biçimde düzenlenmiş olmalıdır. Alt alanlarda kendini etkilere açmak özgürlüğü anlamında yeterince yapısal esneklikler ve hareket serbestisi olmalıdır. Siyasi seçim özgürlüğü, toplumsal güçlerin siyasi sisteme, onun toplum üzerindeki iktidarına, yani işlevine zarar getirtmeden etkide bulunmaları olanağına bir örnektir. Aile de sevgi ilkesiyle, önemli çevre değişikliklerine uyum gösteren, siyasi ve iktisadi felâketleri aşabilen oldukça genelleştirilmiş bir iç düzene sahiptir. Böylelikle yeniçağın medenileşmiş sosyal düzenlerinde iktidarın, paranın ve sevginin kurumsallaşmasında yapısal bir harmoni vardır.

4) Toplumsal karmaşıklığın ve farklılaşmışlığın hukuk devletinin mümkün ve anlamlı olduğu bir düzeye çıkarılması, dilin kendiliğinden sunduğunun üzerinde bir iletişim üstünlüğünü ve başarısını gerekli kılmaktadır. Bugünkü koşullarda dil, ortaya çıkan bilgi kütlesini işlemeye ve dağıtmaya yeterli olamamaktadır. Problem çözüm dilleri olarak uzmanlaşmış meslek dilleri tasarımı, iletişim süreçlerinin organizasyonu ve nihayet otomasyon çıkış yolu olarak görünmektedir. Buradaki sorunlar hukuk devletinin dar geçidini oluşturmaktadır. Hukuk alanında yeterince ve gereğince iletişilememektedir. Bireylerin hukuku artık bilemedikleri olgusu karşısında, hukuk düzeni silikleşme ve belirsizleşme eğilimleri göstermektedir. Hukuku bilmeme sorununun çözümü henüz yoktur. Uygarlığın ilerlemesinin izleyen sonucu olarak bu yükün bireye yükleneceği, yani iç psikik mekanizmalarla çözüleceği söylenebilir.

5) Toplum düzenleri, yapısal olarak çözülemeyen problemleri önemli oranda bireysel kişiliklere yükler. Farklılaşmış toplumların bu bakımdan da hukuk devletinin dolaylı koşullarından sayılabilecek bazı gerekleri vardır. Uygur insan örneğin duygularına egemen olmayı, gereksinimlerini tatmini ertelemeyi öğrenmelidir. Mesafeli olmalı, yani insanlara değil, rollere doğru yönelebilmeli, çatışmalı durumlarda taktik bir canlılık geliştirebilmeli, partnerinin kişisel ve sosyal davranış koşulları için yeterince duyarlı olabilmelidir. Bütün bunlar yeniçağ öncesi toplumlarına nazaran, kişiliğin kapsamlı bir psikik donanımını gerektirmektedir. Toplum bu psikik donanım değişikliğini siyasi ve iktisadi sistemi ile, barışı ve maddi ihtiyaçların karşılanmasını güvence altına alarak ve böylelikle temel ihtiyaçların kısa vadeli baskısından kurtararak sağlar.

6) Bütün burada söylenen kurum ve mekanizmalar, devletsel kararların meşruluk sürecinde etkenler olarak yer alırlar. Siyasi sistemin bağlayıcı bir kararı, koşulsuz tanınması kurumlaşmış, yani sosyal olarak beklenmekte olup kişisel değil ise meşrudur. Meşruluk, bugün siyaset biliminin kabul ettiği gibi, yalnızca, bu kararların temelinde yatan ilkelere ve değerlere inanç sorunu olmayıp, özellikle bu kararların verildiği durumlardaki sosyal davranış beklentileri sorunudur. Gizil olarak etkiyen meşruluk

süreçleri, hukukun doğal hukuktan pozitif hukuka dönüştürülmesi ve artık değersel inanca dayandırılmaması ölçüsünde sorunlu olmaya başlayacaktır. Bu durumda, bilgi işlemenin bilinçli ve örgütlü süreçleri yardımıyla, siyasi sistemin kendi içerisinde meşruluk üretilmelidir. Siyaset ve idare siyasi sistem içerisinde birbirinden ayrılmalı ve bunlar ussallığın farklı ölçütleri ile işletilmelidirler. Böyle bir içsel farklılaşma ile siyasi sistem, farklılaşmış bir toplumun yapısal koşullarına uygun düşmektedir. Gelişmekte olan ülkelerde siyaset ile idareyi birbirinden ayırmanın zorluğu, o ülkenin toplumunun işlevsel farklılaşması yolunda ciddi bir engel olarak görünmektedir.

Siyaset ile idarenin ayrılmasında hukuk devletinin özgün siyasi koşullarını; yani bir siyasi sistemin, 1) hukukun pozitifleşmesini, 2) devlet ediminin kapsamlı biçimde hukuksal programlanmasını ve 3) bu programların güvenilirli uygulanmasını mümkün kılan bir iç düzenini buluyoruz. İdare kavramı burada geniş anlamıyla, bağlayıcı kararlar hazırlayan bürokratik bir örgütlenme olarak alınmaktadır. Şu halde idare meşruluk üretmek yerine, kurulmuş olan meşruluğu kendi işlerinde kullanan ve dar anlamda siyasi işlevler yükünden kurtarılmış olan bir kurumdur. Aksi durumda idare, edimlerini programa göre yönetemez. Programlı edimlerin olanaksızlaşması ile de programlama kendi anlamını yitirir. Burada her türlü program anlaşılacağından, hukuk devletinin siyasi koşulunu daha da somutlaştırmak gerekir: Hukuk devleti koşullu programlama biçimlerinin başta gelmesinden oluşur.

Yukarıdaki altı noktada, işlevsel olarak farklılaşmış bir toplumun, hukuk devletinin sürebilmesi için gerekli bulunan görüngülerini, Niklas Luhmann'a göre ayrıntılarıyla sıraladım. Bütün bunlara bakıldığında tekrar görülecektir ki, hukuk devleti, siyasi sisteminin kendi özerkliğini kazandığı ve diğer sistemlerin karşılıklı bağımsızlık ve bağımlılık ilişkilerini bir uyum içinde kurabildiği, işlevsel olarak farklılaşmış bir toplumun ürünüdür.

Luhmann'ın, hukuk devletini olanaklı bulduğu bu toplum modelinde Max Weber'in biçimsel ussal olarak örgütlenmiş modern toplum açıklamasının ayrıntılarını ve uzantılarını görüyorum. Burada şu soruyu sormak gerekiyor: Meşruluğunu, normatif anlamda maddi hukuk devletinin değersel içeriği bulunan temel hak ve özgürlüklere dayandırmadan üreten bir siyasi sürecin ve bu meşruluğu koşullu hukuki programlar çerçevesinde tüketen idarenin varlığı da, hukuk devletinin varlığının kanıtı ve yeterli koşulu olabilecek midir? Yani hukukunu pozitifleştirmiş olan her toplumsal sistem bir hukuk devletini zorunlu olarak içerir mi? Bu her iki soruya hayır diye yanıt vermemelidir. Hukuk devletinin insan hakları ideolojisi ile, hukukun pozitifleşmesi öncesi doğal hukuk döneminin hukuk ve meşruluk anlayışına bir yaklaşma sözkonusu değil midir? Bu soruya da hayır demek gerekecektir. Max Weber'e göre olan açıklamalarda olduğu gibi, Luhmann'ın işlevsel olarak farklılaşmış toplum sistemlerinde de biçimsel hukuk devleti anlamında yasa devleti aşamasını elbette geride bırakmış oluyoruz. Maddi hukuk devletinin insan hakları içeriği her ne kadar evrensel ve bütün insanlığı kapsayan ilkeler olarak alınsa da, buna dayandırılan bir meşruluk temeli, yine bu yeni toplum işleyiş sürecinde oluşmaktadır. Yani mutlak sayılanın bu mutlaklığını asla ezeli ve ebedi olarak kuramayacağı göreceli süreçlerde meşruluk üretilmektedir. Farklılaşmış toplum, bunu bilen toplumdur. Günümüzde kimi siyasi partilerin ve düşünürlerin ilâhi doğal hukuk düzenine dönüşün mümkün olabileceğini ileri sürmeleri, toplumun bu bilgisini kavrayamamalarından kaynaklanabilir. Ya da bu tür savlar ancak böyle bir farklılaşmaya

henüz yeterince ulaşamamış bulunan toplum düzenlerinde ileri sürülebilir. Böyle bir dönüş, kısmi sistemler arası bağımlılık ve bağımsızlık ilişkisinde *Luhmann*'ın harmoni olarak dile getirdiği dengenin, bu sistemler arasındaki yatay ilişkiyi değiştirecek biçimde bozulmasıyla da mümkün olabilir. Bu, hiyerarşik ve bütünsel toplum yapısına dönüş demektir. İnsan haklarını kendi ilâhi doğal hukuk düzenlerine dayandıranların dayattıkları otoriter ve totaliter siyasi-toplumsal değişime karşı bu temel haklar ve özgürlükler, düşüncede ve eylemde mümkün olabildikleri bu modern toplum yapısının, meşruluk kaynağı olarak kalabildikleri sürece aynı zamanda koruyucu bilinçsel öğeleridir.

Hukuk devleti çağdaş birçok toplumun siyasal ülküsü durumuna gelmiştir. İnsan hakları birçok ülkede günlük siyasi söylemin başta gelen öğesidir. Düşünsel çerçevesi ile Aydınlanma çağına kazanımları olan bu ülküler, yukarıda değindiğim toplumsal değişimleri henüz geçirmemiş olan kimi ülkelerde siyasi seçkinlerin harekete geçirdiği reformlar ve hatta devrimler ile hukuk ve devlet düzenine sokulmaya, eğitim ve öğretim politikalarıyla ülke kültürüne katılmaya çalışılmıştır. Bu girişimlerin en başarılı olanlarından biri elbette Anadolu'da bir bozkır kasabasında hayata geçirilen Türkiye Cumhuriyeti'dir. "Muasır medeniyet seviyesi" olarak algılanan, yukarıdaki ilk iki kısımda ele aldığım bu neden-sonuç ilişkisinde gerçekleşen gelişmelere, bir amaç-araç ilişkisinde ulaşılmak istenmiştir. Ancak buradaki değişimin de motoru, hukukun yukarıdaki anlamda pozitifleştirilmesidir. Bunun ilk devindirici ve devrimsel ifadesi "hâkimiyet bilâkaydüşart milletindir" tümcesidir. Ardından gelen hukuk devrimi önceki doğal hukuk düzeni ile olan bütün köprüleri yıkmıştır. Yetmişbir yılın sonunda Türkiye Cumhuriyeti toplumunun işlevsel anlamda farklılaşmış, kendi kısmi sistemleriyle yatay bir oluşuma geçmiş olduğunu kolaylıkla gözlemleyebiliriz.

III

Hukuk devletinin gözlemsel olarak anlam taşıdığı başka bir bağlam da insana antropolojik bakıştır. Yukarıdaki açıklamaların hiç biri, insana biyo-sosyal gerçekliğinde isabetli bir tanım getirmeden yeterince anlaşılamaz. Toplumsal düzenlerin insanın temel gereksinimleri ile açıklanabileceği düşüncesinden yanayım. Bu gereksinimlerin kalıcı olmasına rağmen düzenlerin ve ilişkilerin sürekli değişmesi bu savın yanlışlığını ortaya koymaz. Fakat biz bütün bu değişimler boyunca bu temel gereksinimlerde ana bir yön bulmuş oluruz. Bu bağlamda hukuk antropolojisinin hukuka ilişkin gerçeklik bilimleri arasında en az onlar kadar önemli olduğunu sanıyorum.

Özellikle hukuk ve siyaset düşüncesi bakımından insanın üç temel gereksiniminden yola çıkabiliriz: Bunlar özgürlük, güvenlik ve eşitliktir⁽⁵⁾. Bunlardan herhangi birine ya da hiç birine gerek duymayan bir insan ve toplum düzenini gözlemlemek veya tasarlamak sanırım olanaksızdır. Özellikle özgürlük ve güvenlik birincil ve toplumsuz da duyumsanabilecek temel gereksinimlerdir. Eşitlik doğallıkla en az iki insanın bulunduğu yerde söz konusu olacaktır. Özgürlük ve güvenlik uğruna kavganın sürmesinin de bir özgürlük ve güvenlik kaynağı olmadığını görerek insan, bu kavgayı sona erdirebilmek için eşitliği zihinsel bir manivela olarak düşünmüş olmalıdır. Ancak çağdaş insan hakları

⁽⁵⁾ Bu temel gereksinimlerin hukuk ve devlet düzenleri ile ilişkisi bakımından bkz. *Hayrettin Ökçesiz*, *Sivil İtaatsizlik*, İstanbul 1994, s.96 vd. ve orada zikredilen kaynaklar

toplumlarından önceki toplum düzenlerinde insanlar, kendi kümelerinde eşit iken bu kümeler arasında hiyerarşik bir eşitsizlik vardır. Endüstri toplumu öncesi toplum tiplerinde bu hep öyledir. Bu basamaklarda üstte duranlar, kendi altındakilerine göreceli bir özgürlük ve güvenlik sağladığına inanılan kümelerdir. Her ne tarzda olursa olsun eşitlik de ikinci sırada olmakla birlikte her dönemde diğerleri kadar temel olan bir gereksinim özelliğindedir. Eşitliğin bir başka tanımı olan Adalet, toplumların tarih boyunca oluşagelen edebi, siyasi ve hukuکی metinlerinde sürekli kullanılmış önemli bir sözcüğüdür. Kültür çevremizde bu kavramın hiç telâffuz edilmediği bir toplum ve dönem bulamayız.

Hukuk devleti de insanın özgürlük ve güvenlik gereksiniminin karşılanması için vardır. Hangi yüksek idealleri benimserse benimsesin, insanların özgürlüğüne ve güvenliğine yaramayacak bir devlet ve hukuk düzeninin gerçekçi olabileceğini düşünemeyiz. Herkese pek tabii gelecek olan bu sözlerden sonra, bir devleti insanın özgürlük, güvenlik ve eşitlik gereksinimleri karşısında diğerlerinden ayırarak hukuk devleti yapan koşullara ve özelliğe dönmek istiyorum. Bu koşullardan ilki, insanın bireyselleşmesidir: Onun intisap edip, iltimas gördüğü toplumdan geçilerek, bir individuum durumuna getirildiği yeni, modern toplumdur. Eski giysilerinden soyunan insan artık, insan hakları diye nitelediğimiz bir temel haklar ve özgürlükler giysisini giymek, onu sürekli taşımak zorundadır. Bu giysinin eksik ve yetersiz kaldığı yerde onu koruyan hiç birşey yoktur. Bu bakımdan bütün insanlar eşittir. Görüldüğü gibi buradaki eşitlik yeni bir içerik taşımaktadır; insanın üçüncü temel gereksinimi olan bu öge, temel haklar ve özgürlüklerin ancak kendileriyle sınırlanabildiği ve ancak herkesin ortak iradesiyle gücüne kavuşan bir yasa karşısında herkesin eşitliği anlamını içermektedir. İnsan hakları temelinde pozitifleşmiş bir hukuk karşısında eşitlik, hukuk devletinin anahtar özelliğidir. Bu yeni kavramışı ile eşitlik, insanın temel gereksinimlerini evrensel üstün değerler düzeyine yükseltmekte ve insan haklarının konusu yapmaktadır. Eşitlik düşüncesi bu bakımdan zihinsel bir manivela işlevi görmektedir. *Kaufmann*'ın antropolojik boyutlar getirerek geliştirdiği *Radbruch*'çu hukuk idesi formülü de⁽⁶⁾, üç unsuru olan: eşitlik, amaca uygunluk ve hukuk güvenliği ile insanın bu üç temel gereksinimine koşut bir ilişki sergilemektedir. Çağdaş demokratik, sosyal hukuk devletinin, herbirinin diğerlerinin tabanında yükseldiği bir üç boyutluluğundan söz edebilirsem, bunlar yine özgürlük, güvenlik ve eşitlik olacaktır. Yalnız, bu yol tek gidişlidir ve özgürlük yönündedir. Özgürlüğe yaramayan bir güvenlik ve eşitlik çabası insanın doğasına aykırıdır. Özgürlük yoksa her şey mubahur. Şu halde hukuk devleti demokratik ve sosyal devlet tabanında, özgürlük boyutunda yükselen bir yapıdır.

IV

Hukuk devleti evrensel midir, sorusuna verebileceğim yanıtla sözlerimi tamamlamak istiyorum. Önce hiç bir düşüncenin ve dogmanın, oluşumunda ve geçerliğinde tarihsellikten bağımsız olarak anlaşılabilceğini sanmıyorum. Ancak tarihselliği yanında yerel de kalan toplumsal oluşumlar vardır. Şu halde evrensellik zamansal değil, ilk önce mekânsal bir kavramdır. Bu anlamında yeryüzünün bütün ülkeleri için bir geçerlilik

⁽⁶⁾ *Arthur Kaufmann*, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, b.y.: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, hazırlayanlar: A. Kaufmann, W. Hassamer, 5. baskı, Heidelberg 1989, s. 95

iddiasındadır. Hukuk devletin toplumsal ve siyasal önkoşullarını ele alırken, bu gelişimin özellikle Avrupa kıtasında 18. Yüzyıldan başlayarak ortaya çıktığını gördük. Bu koşulların, oluşup geliştiği başka toplumlarda da bir devlet ve hukuk düzeni olarak gerçekleştiğini biliyoruz. Bu koşulların henüz gündeme gelmediği ülkelerde hukuk devleti özleminin siyasi muhaliflerce ısrarla savunulduğunu ya da iktidarı ele geçirmiş bulunan devrimciler veya reformcular tarafından toplumsal ilişkilere yasakoyucu düzenlemelerle zorlandığını da biliyoruz. Normatif olanın olgusal etkisi ile hukuk devletine ulaşmak istenmektedir. Yeryüzünde hemen herşeyin dolaşımında engellerin giderek silindiği çağımızda, başarılı bir üretim, yönetim ve hertürlü başarılı varoluş tarzı, diğer toplumların bunları öğrenme ve uygulama arzularını kamçulamaktadır. Bu da pek tabiidir. Doğu ve Batı kültürleri arasında her iki dili, ya da her iki elini kullanabilen ya da kullanmak zorundaki bir toplum olan ülkemizde, insan hakları ve hukuk devleti tartışmalarını izlediğimizde, batının alternatifi olarak sunulan dinsel argümanlarda bile bu her iki temel kavramın hakikisinin kendi inanç sistemlerinde bulunduğu iddia edilmektedir⁽⁷⁾. Bu yaklaşım dahi insan haklarının ve hukuk devleti düşüncesinin kültürlerle ve çatışan dünya görüşlerine ortak bir hedef olarak yaygın biçimde nüfuz ettiğini göstermektedir. Dünyanın bütün insanları kendi toplum sistemlerinin sağladığından daha nitelikli özgürlük ve güvenlik düşleyebilirler. Temel insan hakları ve özgürlükleri ile çağdaş hukuk devleti kavramları, insanlığın çağdaş bilinç içeriğinin ortak yapı taşları olarak, dünya toplumunu hazırlamaktadır. Hukuk Devletin siyasal ve toplumsal koşulları, modeller olarak gerçekleşmiştir ve yayılmaktadır. Bu toplum modellerine kavuşmuş ülkeler, diğerleri karşısında üstün bir konumda yer almaktadır. Bu üstünlüğün algılanması da onun evrenselleşmesi sürecinde önde gelen bir etmendir.

Zusammenfassung

Ich beschränke hier meine Erläuterungen besonders auf den Begriff und auf einige soziologisch und anthropologisch beobachtbare Bedingungen des Rechtsstaats. Damit bezwecke ich für den "lebenden" Rechtsstaat einige Vorverständnisse zu skizzieren.

Dem Begriff "Rechtsstaat" begegnen wir als einem Kampfbegriff der neuen Klasse der neuzeitlichen Gesellschaft gegen den Staat. Der Staat und seine Verwaltung wird durch das Gesetz gezügelt. Hier ist von einem sich von anderen Gesetzesverständnissen besonders unterscheidendem Gesetzesbegriff die Rede. Neben der Allgemeinheit und Dauerhaftigkeit hat er noch eine wichtigere Eigenschaft, die dessen Staat zum "Rechtsstaat" macht: die politische Herrschaft gebührt ohne Einschränkung und Bedingung der Nation. Die Grundrechte und -freiheiten als Grund und Früchte der Revolution dürfen niemals in ihrem Kern verletzt werden. Wenn sie eingeschränkt werden müssen, so entscheidet darüber allein die Nation selbst durch ihre Vertreter. Diese Verfügung der Nationalversammlungen heißt "Gesetz". Das Gesetz, das die Freiheit und das Eigentum des neuen dritten Standes sichert, den Staat unbedingt und ausnahmslos bindet und sich jedem weiteren moralisch-materiellen Anspruch verschließt, wird wohl -in seiner Entwicklung- als eine wichtige Erscheinung der formalen Rationalität des Kapitalismus zu verstehen sein. Der formale Rechtsstaat ist für

⁽⁷⁾ Hüseyin Hatemi, Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul 1989

dieses nichts anders als der Staat, der zu seiner Durchsetzung den oben genannten erzwingenden Apparat darstellt.

Der ethisch notwendig angesehene Mindestgehalt führt uns in Begleitung der gesellschaftlichen und politischen Entwicklungen, die den Staat zwingen, auch sozial zu sein, zum Begriff des materiellen Rechtsstaats, der dem Rechtsstaat neben Formalität auch wertlichen Inhalt gedeihen läßt. Ich denke, bei dieser Unterscheidung des formalen und materiellen Rechtsstaats, die vielleicht der *weberschen* Dichotomie von materieller und formaler Rationalität zu entsprechen scheint, bildet der materielle Rechtsstaat als das Erzeugnis der gesellschaftlich-politischen Transformation kein Zurück zum Beginn der Rationalität im *weberschen* Sinne. Sondern im Gegenteil kann er, auf einem durch einen spiralförmigen Fortschritt erreichten Stadium, auf dem die aus dem Begriff der "unantastbaren Menschenwürde" abzuleitenden universellen Grundrechte zum Hauptzweck des modernen Staates (Z.B. im Art. 1 des Grundgesetzes der BRD und in Art. 2 der Verfassung der Türkischen Republik) gemacht werden, durch eine weitere materiell rationale, also wertorientierte Handlung erklärt werden. Die Menschenrechte dürfen demgemäß in keiner gesetzten Norm als Mittel zu irgendwelchen weiteren Zwecken mißbraucht werden. Das faktische Bewußtsein der Bürger in der modernen Gesellschaft würde konsequenterweise einen solchen Mißbrauch als die Folge einer vor jeglicher Sinngebung und Sinnfindung abstrahierten formalen Rationalität nicht tolerieren. Die Sinnfrage läßt sich für den Menschen teilweise in der neuen Ideologie der Menschenrechte derart lösen, daß die neuere moderne Gesellschaft und deren materieller Rechtsstaat sich die Menschenrechte zum Endzweck machen, bzw. sich dann um ihretwillen auch wertrational verhalten würden. Wenn wir diese Annahme nicht bejahen können, dürfen wir in keiner Weise von einer Rationalität sprechen. Am Ende dieses Jahrtausends wird die moderne Gesellschaft im Hinblick auf die Menschenrechte aus ihrer formalen eine materielle Rationalität entwickeln müssen. Oder andernfalls wird sie in eine unvergleichbare Irrationalität verfallen.

Hier möchte ich noch eine andere wichtige Analyse der gesellschaftlich - politischen Vorbedingungen des Rechtsstaats kurz skizzieren und zur Diskussion stellen: Ich glaube, die funktionell-strukturelle Systemtheorie *Niklas Luhmanns*, der in unserem Lande wenig bekannt ist, ist für die soziologische Erklärung des Rechtsstaats besonders beachtenswert. Nach ihm ist das ausgeprägte Merkmal des Rechtsstaats die Positivierung des Rechts. Im Rahmen obiger Erläuterungen könnte man den Rechtsstaat als das Erzeugnis einer Gesellschaft betrachten, die funktional ausdifferenziert ist. In einem solchen System erlangt die Politik genauso wie die anderen Teilsysteme ihre eigene Autonomie in einer harmonischen Interdependenz und Independenz. Rechtsstaat ist also der Staat einer horizontal organisierten Gesellschaft, oder m.a.W. einer Zivilgesellschaft.

Bei diesem Gesellschaftstypus, in dem *Luhmann* den Rechtsstaat allein für möglich hält, sieht man die Details und Konsequenzen der *weberschen* Erklärung der formal-rational organisierten modernen Gesellschaft. Hier läßt sich fragen, ob die Existenz eines politischen Prozesses, der ihre Legitimität - ohne sie auf die Grundrechte und -freiheiten als den Inhalt des materiellen Rechtsstaats zu stützen - produziert, und der Verwaltung, die diese Legitimität im Rahmen juristisch konditionaler Programme in Anspruch nimmt, die ausreichende Bedingung und den Beweis des Rechtsstaats bilden kann, oder ob m.a.W. jedes Gesellschaftssystem, das sein Recht positiviert hat, einen Rechtsstaat im-

heutigen Sinne unbedingt impliziert. Diese Fragen müssen mit "Nein" beantwortet werden. Die Frage, ob mit dieser Ideologie der Menschenrechte als dem Inhalt des Rechtsstaats von einem Zurück zum Naturrecht und seinem Legitimitätsverständnis schon vor dem Stadium der Positivierung des Rechts nicht die Rede sein könnte, muß ebenso verneint werden. Genauso wie bei den weberschen Erklärungen ist auch in den funktionell differenzierten Gesellschaftssystemen in Luhmanns Sinne der formale Rechtsstaat eigentlich als Gesetzesstaat sicherlich hinter uns geblieben. Selbst wenn die Menschenrechte als materielle Grundprinzipien des Rechtsstaats universell und als einen auf die ganze Menschheit bezogenen Inhalt des modernen Staats verstanden würden, entsteht die darauf basierende Legitimität ohne Zweifel im Laufe eines Prozesses, der in seiner Struktur und Funktion unabhängig von inhaltlichen Momenten ist. Die Legitimität wird durch die Prozesse erzeugt, in denen das als absolut Angesehene niemals in der Lage sein wird, ewige Geltung zu besitzen. Die ausdifferenzierte Gesellschaft ist die, die sich dessen bewußt ist.

Diese Ideen, die als Produkte der Aufklärung des neuzeitlichen Westens anzusehen sind, wurden in anderen Ländern, die die oben geschilderte gesellschaftlich-politische Entwicklung noch nicht erlebt hatten, von führenden Köpfen durch Reformen oder sogar Revolutionen in die eigene Rechts- und Staatsordnung eingeführt. Sie sind durch angemessene Erziehungs- und Ausbildungspolitik in der allgemeinen Kultur des Landes verwurzelt. Unter diesen Versuchen ist vielleicht der Erfolgreichste die Türkische Republik. Mit dem Zauberspruch (es hieß damals im alten Türkischen) "Muasır Medeniyet Seviyesi" wollte man die gesellschaftlich-politischen Entwicklungen in den westlichen Gesellschaften, die in einem wie oben skizzierten Prozess entstanden sind und immer in einem Kausalnexus durch *causa efficiens* erklärt werden, hier in einem Zweck/Mittel Kontext erwägen und durch die Logik des *causa finalis* für die eigene neue Welt deuten. Die Ursachen dort wurden hier zu Mitteln. Auch hier ist der Motor der erzielten Entwicklung die Positivierung des Rechts. Nach einundsiebzig Jahren ist nun hier in diesem Land eine funktionell ausdifferenzierte, mit ihren entwickelten Teilsystemen eine horizontale Struktur aufweisende Gesellschaft zu beobachten.

Ein anderer Kontext, in dem der Rechtsstaat eine empirische Bedeutung trägt, ist die rechtsanthropologische Beobachtung der *conditio humana*. Die obigen soziologischen Erklärungen können nicht ausreichend verstanden werden, wenn der Mensch in seiner bio-sozialen Wirklichkeit unvollständig definiert wird. Daß die gesellschaftlichen Ordnungen und Verhältnisse sich nach Ort und Zeit ständig ändern, während die Grundbedürfnisse immer die Gleichen bleiben, kann uns nicht zum Schluß führen, diese Annahme sei unrichtig. Die gesellschaftlichen Wandlungen betrachtend sehen wir, daß das Erleben und die ständige Befriedigung der Grundbedürfnisse der Fortbewegung einer Spirale gleichen. Sie funktioniert, indem diese Bedürfnisse irgendwie immer gestillt werden, d.h. solange sie sich nicht in einen *circulus vitiosus* umwandeln. Ein solches Ende würde auch das der menschlichen Existenz bedeuten. Aus all diesen Gründen glaube ich, daß der Rechtsanthropologie eine ebenso wichtige Bedeutung zukommt, wie den anderen Wirklichkeitswissenschaften.

Besonders aus der Sicht der Rechts- und Sozialphilosophie können wir von drei Grundbedürfnissen des Menschen ausgehen: sie sind *Freiheit*, *Sicherheit* und *Gleichheit*.

Es ist scheinbar unmöglich, eine Gesellschaft und einen Menschen zu beobachten, der irgendeines dieser Grundbedürfnisse nicht kennen würde.

Auch die Formel von Kaufmann, die den Radbruchschen Begriff der Rechtsidee mit den anthropologischen Gesichtspunkten bereichert, zeigt mit ihren drei Elementen von *Gleichheit*, *Zweckmäßigkeit* und *Rechtssicherheit* eine Parallele zu diesen hier genannten Grundbedürfnissen. Dem modernen, sozialen Rechtsstaat sind auch drei Elemente als seine Dimensionen eigen, die ich wieder als Freiheit, Sicherheit und Gleichheit benennen darf. Die Richtung ist aber eine Einbahnstraße und zeigt auf das Ziel der Freiheit. Gleichheit und Sicherheit, die zur Freiheit nicht führen, widersprechen der Menschennatur. Denn, gibt es die Freiheit nicht, so ist alles erlaubt. Der Rechtsstaat steigt also auf der Basis der demokratischen Länge und sozialen Breite in seiner Dimension der Freiheit empor. Diese drei Trias: als drei Elemente der Rechtsidee, als drei Grundbedürfnisse des Menschen und als drei Dimensionen des Rechtsstaats bilden die Fäden eines Gewebes, in das die heutige Rechts- und Staatsordnung eingebettet sein sollte.

Auf der faktischen Kraft des Normativen will man die moderne Rechts- und Staatsordnung aufbauen. In unserem Zeitalter, in dem die Zirkulation aller ideellen und materiellen Güter und Kommunikationsinhalte zwischen Ländern im Verhältnis zu früheren Zeiten mit sehr wenigen Hindernissen geschieht, lassen jede Art und Weise erfolgreicher Produktion und Staatsführung, jeder erfolgreiche individuelle wie auch kollektive Seinsmodus die anderen Gesellschaften, Gruppen und Individuen danach streben, sie zu erlernen und zu praktizieren. Das ist sicher ganz natürlich. Wenn wir in unserem Land, das zwischen den westlichen und östlichen Kulturen beide Sprachen sprechen und beide Hände gebrauchen muß und es daher auch mittlerweile kann, die langen Diskussionen über Menschenrechte und Rechtsstaat verfolgen, begegnen wir selbst bei den religiösen Argumenten, die als kulturelle Alternativen für islamische Länder ausgearbeitet werden, öfters der Behauptung, daß der wahre Rechtsstaat und die wahren Menschenrechte dem Islam entspringen. Solches Argumentieren zeigt, daß die Idee der Menschenrechte und des Rechtsstaats als gemeinsames Ziel in die rivalisierenden Kulturen und Weltanschauungen tief eingedrungen ist. Alle Menschen der Erde sind sicher in der Lage, sich qualitativ viel bessere Freiheit und Sicherheit vorstellen zu können, als sie ihnen die eigenen Gesellschaftsstrukturen anbieten. Die Begriffe von Grundrechten und -freiheiten des Menschen wie auch des modernen Rechtsstaats bereiten als die gemeinsamen Grundsteine der heutigen Bewußtseinsinhalte der sich mehrenden Weltbürger die kommende globale Zivilgesellschaft vor. Die gesellschaftlichen und politischen Bedingungen des Rechtsstaats liegen als realisierte Modelle allen vor Augen und verbreiten sich in der Welt mit notwendigen Modifikationen je nach dem Kulturkreis. Die Wahrnehmung der funktionellen Überlegenheit dieser Modelle ist ein wichtiger Faktor ihrer Universalisierung.

Abstract

In the midst of our general struggle against the state, the concept of a "the rule of law" presents us with a paradox. The state and its administration are directed by law. However in the case in question the nature of the laws are different. In order for a state to be truly governed by the rule of law, it must possess one special characteristic namely: absolute

sovereignty belongs to the people. Accordingly the resultant basic rights and freedoms are universal and can only be limited by the representatives of the people. It is such acts of this peoples parliament that are correctly called "statutes".

Using modern terms we could describe these concepts as legal positivism and the rule of law. Both of which were concepts posited by *Weber* when reflecting on these matters.

However, according to recent legal thinking, concepts of ethics must play their part in the rule of law, and thus bring about the development of social and political rights. This conclusion affects both the internal and external aspects of the "rule of law" and in my view, rather than taking us back to *Weber*, it takes us beyond to a point where the state, in order to preserve human sanctity, becomes the guardian of Universal human rights. (eg Constitution of the Republic of Germany, article 1/1, and the Turkish Constitution, article 2)

On the other hand when the rule of law is established within a political system, then it can be a useful tool for social change. Indeed I see the model of the rule of law in society which *Luhmann* proposed, as being only the modern manifestation of *Webers* basic hypothesis. A further aspect linked to the implications of the rule of law is that of human anthropology. It is particularly the case that from the perspective of Law and Politics there are three necessities to be afforded to human beings: These are freedom, security and equality. Indeed both freedom and security are basic human needs preceived by individuals regardless of community. Furthermore, in order to see that fighting to attain freedom and security does not produce these goals, rather the opposite, society must accept that only in fully understanding human equality will such strife be ended. However, in society prior to human rights in their modern form, whilst people were seen as equal in their own class, among the classes there was heirarchy and inequality. Those who were at the top defended their positions on the basis that is was their presence which ensured freedom and security for the lower-classes. Yet no matter the situation equality remained as secondary to other considerations.

The role of the rule of law is also, to provide the necessary freedom and security to human beings. Whatever the basis of its ideology it would be difficult to conceive of true government or the rule of law which did not intend to benefit the freedom and security of human beings.

Of course having said this, it is the case that governments, by the use of rules and conditions, distinguish between individuals and their freedom, security and equality, one from another, it is to these conditions that I wish to turn again. The first of these situations is referred to as the process of individualisation: It is modern society which has brought about this phenomena. Having shed his former clothing, modern man is constantly being required to wear the clothing of basic rights and freedoms known as human rights. Where there are holes or deficiencies in these garments there is nothing to cover them. In this respect all men are equal. In this instance it can be seen that equality has a further dimension: Thus it is only when an individual's basic rights and freedoms are necessarily limited in relation to other individuals by common consent, that third essential, equal in law can have proper meaning. At the heart of human rights is the concept of equality before the law, this is the key feature of the rule of law. This view speaks of the universality of human rights and the vital role of equality. Thus from such a

point of view its role is eminently practical. Indeed *Radbruch*, developing the thought's of anthropologist *Kaufmann*, comes up with a threefold statement: Provided there is appropriate equality and legal security, mankind can be said to have these three basic requirements. In terms of the modern, democratic and social rule of law these would still be designated, freedom, security and equality. It is only by taking this route that freedom will be achieved. Without freedom everything is lost. In this case where the rule of law and democracy are being established, so with equal force must the boundaries of freedom. (Translated by J.B.)

Sami Selçuk - Teşekkür ederiz. Bugün birbirinden güzel bildiriler dinliyoruz. Bu bildirinizi Cumartesi günü, oybirliğiyle bir karar alırsınız, hükümete postalarınız. Çok güzeldi. Yalnız ben üç sözcüğe karşı savaş açtım. Onu duyurmak isterim. Birisi "kısıtlı". Bu hacirli anlamına geliyor; mahcur... Yerde kullanılmıyor Türkiye'de bunun yerine "sınırlama" demek gerek. İkincisi, "neden olmak" sözcüğü kakafonik; kulağıma hiç hoş gelmiyor, "yol açmak" demek daha uygun. Üç, "çözümlmek" sözcüğü Türkçede yanlış kullanılıyor. Herkes de kabul etti, "çözmek" demek gerek. Çözümlmek, tahlil etmek anlamında. Bunu da duyurmak istiyorum. Savaş açtığım bir sözcük daha var benim; "siyaset" sözcüğü. Ben de çok kullandım, "siyasal" filân ama, kökeni hoşuma gitmiyor; "seyis"ten geliyor biliyorsunuz, yani at bakıcısı. Demek ki Osmanlı kendisini hep seyis olarak görmüş, tebaasını da başka bir şey görmüş. Hoşlanmıyorum. Onun için "politika", "politik" diyorum. Teşekkür ederim.

Efendim son konuşma sayın *Atalay*'ın. Buyrun efendim, söz sizin.