

olarak, iktidarın aktif merkezinin etkinliğini pasif çevresine uyguladığı her durumda hukuk ortaya çıkabilir. Bu çevre, aileden toplumun bütününe kadar uzanabilir. 'Ibu societates ibi jus' (nerede toplum varsa, orada hukuk vardır) önermesi, bu anlamda doğrudur. Ancak, bu önerme, iktidar dikkate alınmazsa, her türlü yaptırım mekanizmasının hukukla eşitlenmesine yol açar. Örneğin, kan gütmeye, bazı yaklaşımlarla hukuk sayılmış, toplumsal tepki hukukun kaynağı sayılmıştır. Bu yaklaşımlar, hukuku, herhangi bir toplumsal kontrol mekanizmasıyla karıştırma sonucuna yol açmışlardır. Hukukta, diğerlerinden farklı olarak, norm, hukuki olayla (ihlâl ettiğine inanılan davranış), rasyonel şekilde karşılaştırılır. Yargılamayı, yapan iktidar, ilgili toplumdaki ölçüler dahilinde taraflardan bağımsız şekilde adaleti uyguladığı inancıyla hareket eder. Ben, çalışmanın sınırları içinde, toplumun bütününde etkili hukuk uygulamasını ele aldım. Hukukun yaptırımlandırmasındaki karakteristikler bütün örneklerde aynıdır.

İlkel toplumlarda hukukun iktidara bağlı şekilde ortaya çıkışı, gelişim çizgisini de ortaya koyar. Materyal kültürün çok geri olduğu koşullarda, nüfus yoğunluğu düşük ve dolayısıyla iktidar yapıları yeterince merkezileşmemiş ve hiyerarşilenmemiş olsa da, tekil plandaki hukuk olgularıyla karşı karşıya geliriz. Bunlar, genellikle, toplumun bütününe tepkisine konu olan norm ihlallerinde söz konusu olur. Merkezileşmemiş iktidar yapıları, bir araya gelerek, tekil norm ihlâlini yargılar ve yaptırımın uygulanışını denetler. Ancak bu uygulama, düzenli ve sistematik bir uygulamaya dönüşmez.

İlkel hukukun düzenli ve sistematik uygulanışı, aktif iktidar merkezinin, karşılıklılık biçimleriyle yaptırımlandırılan ihlalleri (veya bunların arabuluculukla çözümlenen örneklerini) yargılamasının alanına dahil ettiği koşullarda ortaya çıkar. Burada, iktidar merkezi, toplumsal düzeni sürdürmeyi kendi fonksiyonu olarak üstlenmiştir. İktidarın aktif merkezi artan ölçüde belirginleştikçe veya kesin şekilde hiyerarşilendikçe, önceleri toplumun bütününe ilgilendirmeyen uyumsuzluklar, hukuk aracılığıyla, giderek ilişkilendirilir. Bu gelişme, iktidarın kendi görüş açısından ve değer sisteminden hareketle değerlendirdiği toplumsal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik yasama tasarruflarının çıkışıyla tamamlanır. Uygur toplumlara geçiş koşullarında, materyal kültürdeki ilerlemenin yol açtığı büyük ölçekli ekonomik artı, içinde hukukçuların da bulunduğu aydınlar (literati) zümresinin çıkışında, pozitif hukuk sistemlerinin kuruluşuyla sonuçlanır.

Toplumsal kontrol, birden çok kaynaktan gelen farklı mekanizmaların işleyişlerinin sonucudur. Birey, normu ihlâl ettiğinde, kendisine hukukun veya diğer yaptırım mekanizmalarının bir şekilde karşılık vereceğini bilir ve ihlâlden kaçınır. Bireyin kişiliği içinde yer alan norm, etkinliğini otonom şekilde gerçekleştirmese dahi, yaptırım mekanizmalarının etkinliğinde, heteronom olarak etkinlikte bulunur. İlkel veya gelişmiş, bütün toplumlarda toplumsal kontrol hukuktan ibaret yaptırımlandırmalarla gerçekleşmez. Hukuk, diğer önleyici mekanizmalarla birlikte işler. Ancak, bir genelleme olarak, ilkel toplumlarda hukukun yerinin küçük olduğunu belirtmemiz gerekir.

HUKUK DEVLETİ

Gustav RADBRUCH

(Çev. : Yrd. Doç. Dr. Hayrettin Ökçesiz)

«Asil Lordum, devlet yararının size adalet olarak görünebileceğinden kuşkulananın!»

Schiller*

Devletin, hukukuyla bağlılığı; devlet karşısında bireylerin hakları; genel kamu ve idare hukuku -ve genel kamu ve idare hukuksuzluğu-; Hukuk devleti, nasıl mümkündür? Bu sorun eskiden, hukukun mu devletten yoksa devletin mi hukuktan önce geldiği yani devletin, kapsamı ve sınırları bakımından buyurma gücünü hukuka mı borçlu olduğu ya da aksine hukukun geçerliliğinin devlet iradesiyle mi belirli ve koşullu bulunduğu biçiminde ileri sürülmüştür (1).

Bu sorulara verilmesi mümkün her iki yanıt da hemen ağır kuşkuyla karşılaşır görünmektedir. Devletin hukuktan önde gittiği görüşünü, devletin yalnızca bir hukuk kaynağı olmayıp bilakis kendisinin bir hukuki yapı olduğu, hukuki varlığının genel kamu hukukunun bir ürünü bulunduğu olgusu engelleyecektir. Bunun karşısındaki; hukukun devletin önünde ve üstünde yer aldığı görüşüne, devlet üstü ve öncesi bir hukukun kabulünün ya doğal hukuk öğretisinin bir yenilenmesi ya da genel kamu hukukunun teamül hukukunda temellendirilmesi demek olacağı söylenerek karşı konulabilir. Oysa ki genel kamu hukukunun temel sorunları barışçıl bir hukuk uygulaması ile değil, bilakis yalnızca, genel kabul gören bir devlet gücünün iradi kararının sona erdirebileceği bir hukuki görüşler savaşında çözümlenmektedir.

Bu dilemmadan kurtuluşu devletin ve hukukun özdeşliği öğretisi (Hans Kelsen) vaatmektedir. Bu öğreti her ikisinin tek şey olduğunu ileri sürerek, hukukun veya devletin önceliği sorusunun asla sorulamayacağını söylemektedir. Hukukçu bakımından devlet kendini yasada ifade ettiği gibi ve sürece -yani sosyal bir güç, tarihî bir yapı olarak değil, bilakis yasalarının yaratıcısı ve onların tecessümü olarak varlık göstermektedir. "Yasama (Gesetzgebung)" sözcüğü dahi böyle bir eki olan diğer bütün sözler gibi hem bir süreci hem de bunun bir ürününü, bir isteyişi (Wollung) ve bir istenileni (Gewolltes) birlikte nitelermektedir. Yasamada belirli bir işeyişin içeriğini görüyor sek o bize kendini hukuk olarak gösterir, ama onda belirli bir içeriğin istenmesini görüyor isek o zaman bu, devlet kişiliğine bürünmektedir. Yasama düzenleyen bir düzen olarak devlet, düzenlenmiş düzen olarak hukuktur. Devlet ve hukuk birbirlerine karşı organizma ve organizasyon gibidirler. Devlet kural koyan bir etkinlik olarak hukuktur; Hukuk, kurala bağlanmış yetkililik olarak devlettir. Biri diğerinden gerçi ayırddilebilir fakat ayrı tutulamaz.

(*) Schiller, Maria Stuart, I. perde, 7. Sahne.

Hukuku ve devleti eş tutan bu görüşe göre devlet her zaman haklı olacak, zulmeden devlet ise devlet sayılmayacaktır. Bununla, devletin hukukuyla bağlılığı sorunu çözülmemekle birlikte bertaraf edilmektedir, çünkü devletin her zaman haklı bulunduğu saptamasında polis devletine; zulmeden devletin artık devlet olmadığı iddiasında hukuk devletine olan inanç kadar, az bir inanç görülebilir. -Meğer ki bu, her devletin bir hukuk devleti olduğu anlamında anlaşılın (2). Bu özdeşlik kuramı tanımsal-çözümleyici anlamda önemli olup, hukuk felsefesi ve politikası bakımından bir içerik taşımamaktadır.

Özdeşlik kuramı hukukun veya devletin önceliği meselesinin yanlış sorulduğunu göstermeyi gerçekten başarmış mıdır? Salt hukuki bir bakış açısından hukukun ve devletin özdeşliği tartışmasız isabetlidir. Böyle bir bakış için elbette devlet kendini genel kamu hukuku alanında da gösteren bir yapıdır. Fakat bu hukuki kavramı yanında devletin bir de gerçeklik kavramı vardır. Eğer bu bir hukuk gerçekliği kavramı ise ve değer ilişkili gerçekliklerin bu tür kavramlarının yapısını taşıyor ise, o zaman bu tarihi-sosyolojik gerçeklik kavramı elbette devletin hukuki kavramı olmaksızın kavranamaz. Hukuk gerçekliği olarak devlet, kendisinde, hukukun ve özellikle genel kamu hukukunun gerçekleşmesi gerektiği, fakat hukukun bu gerçekleşme açısından bakıldığında yani devletin hukukun düzenlenmesiyle karşılaştırıldığında hukukun gerçekleşmiş olmasına hiç gerek duymayan bir temelden başka bir şey değildir. Devletin hukuki kavramının, gerçekliği kavramına ilişkisi şöyledir: "Egemenlik hakkının taşıyıcısı, formal bir hukuk süjesinden bu hukukun zorlaması için hazır bulunan insanların oluşturduğu bir kadroya; egemenlik hakkı ise bu kadronun buyruklarının gerçekten meşru sayıldığı ve onlara uyulduğu bir fırsata yani bir olasılığa dönüşmektedir" (3). Ancak bu her iki, birbirlerinden oldukça farklı kavramın kendileri için aynı dercede "devlet" adını kullanıp kullanamayacakları tartışılacak olursa, normun ve norm temelini aynı sözcükle ifade edilmesinin yalnızca bu durumda söz konusu olmadığını, örneğin sanatın gerçeklik kavramının bir dönemin bütün sanat başarılarını, sanatsal olanı ve Kitsch'i kapsaması karşısında, "Sanat"ın aynı zamanda sanatsal olmayanı sanat dünyasından uzaklaştırmanın bir ölçütü, bir ideal kavramı olduğunu, aynı biçimde "bilim" in bir yandan bilgi edinme etkinliğinin başarısız bir bilgi edinme çabasını bilim dışı olarak göstermede bir hakikat ölçütünü oluşturduğunu; diğer yandan ise bilimsel hakikati ve bilimsel yanılığını değerden bağımsız biçimde içeren tarihî kültür kavramını ifade ettiğini, nihayet kültür kavramının da hem tarihî-toplumsal kültür olguları için bir ideali, ama hem de bu kültür olgularının tamamı olarak anlaşılabilceğini söylemek gerekir.

Devletin hukukî ve gerçeklik kavramlarının ayırımı, daha önce açıklanmış olandan başka ve devletin gerçeklik kavramıyla kendi bakımından çok sıkı bir ilişkide görünen diğer bir hukuki kavramının varlığıyla iyice karmaşık hale gelmektedir. Başka bir yerde (yukarıda prg. 15) hukuk kavramlarını iki türe ayırmıştık: İçeriklerinde hukuk normlarının toplandığı hakiki hukuk kavramları ile

hukuk normlarında, özellikle hukuki kalıplarda unsurlar olarak bulunan hukukun anlam taşıyan kavramlar... Bu, bütün önkoşulları ve hukuki sonuçları ile bir hukuki kurumun ifadesi olarak "Mülkiyet" kavramı ile, hukukun temellendirilmiş bir hukuki kalıp unsuru olarak "sözleşme" kavramının karşılaştırılmasında somutlaştırılacak bir ayrımdır. Devletin daha önce ifade edilen hukuki kavramı bu açıklama çerçevesinde hakiki bir hukuk kavramıdır. Yani örneğin 1919'dan sonraki Weimar Anayasası olarak kişileştirilmiş Alman İmparatorluğu gibi hukuk düzeninin veya genel kamu hukukunun devlete bir süje olarak yansıtılmış içeriğidir. Fakat Alman İmparatorluğu Weimar Anayasası'nın birçok yerinde bizzat yetkili veya görevli bir süje olarak görünmekte, buna göre devlet yalnızca bir "hukuki varlık kavramı" (4) değil ayrıca bir "hukuki içerik kavramı" (5) da olmaktadır. Devletin bu hukuki içeriksel kavramı, hukukun anlamlı kavramlar kategorisine girmektedir. Hukukun anlamlı kavramlar ama, hukuk düzeninin kendileriyle ilişkili kurduğu, belirli ilişkilerde vurguladığı ve bir biçime soktuğu fakat esasen yaşamdan üstlendiği, hukukun dışındaki gerçekliğin kavramlarıdır. Devletin hukuki içeriksel kavramı devleti, özellikle bir gerçeklik olgusu olarak öylesine ifade etmektedir ki, hukukun anlamlı kavram olarak devletin gerçeklik kavramı hukuk dünyasında sivrilmiştir.

Hukukun mu yoksa devletin mi önceliği sorusu bir taraftan hukukun normatif kavramına diğer taraftan ise devletin gerçeklik kavramına ilişkin bulunmaktadır. Ancak bu iki kavram arasında ise hiçbir biçimde bir özdeşlik bulunmayıp, bilakis herhangi bir norm ve gerçeklik arasında görülebilecek gerilimin burada daha da artması, yani yüksek bir gerilim söz konusudur. Bu norm "hukuk", gerçeklik olan "devlet" için belli bir anlamda ona karşılık olmayan bir normdur. Çünkü hukukun idesi de devlet idesi ile özdeş değildir. Devlet amaçları yanında hukuk, somut bir devlet amacıyla çatışabilecek bir ideye; hukuk güvenliğine ve ilk elde devlete yabancı bir ideye; adaletle yarayışlıdır. Devlet elbette, öyle söylemek gerekirse sonradan, adaleti ve hukuk güvenliğini amaçları arasına almaktadır ve bunlara hikmet-i hükümeti kısmen feda etmeye hazır olmaktadır: Öyle ki, devletin kendisiyle ölçüldüğü bir ölçü olarak hukukun özde yabancılığı, hukuk ile devlet arasındaki gerilim, bir şey içerisinde giderilmektedir.

Soruluşunun anlamsızlığını gösterme çabasının başarısızlığı karşısında yeniden hukukun veya devletin önceliği problemiyle karşı karşıya bulunuyoruz. Devletin önceliğini hukukun devlet için bağlayıcılığı ile bağdaştırma denemesi, devletin kendisini kendi hukuku ile bağladığı öğretilidir (Georg Jellinek). Sözleşme kuramını eleştirmizde, sözde bu, hukukla bağlanmanın gerçekte bir otomiden değil, aksine bir heteromiden oluştuğunu, iradenin kendi kendisini bağlamadığını, aksine bugünkü iradenin dünkü iradeyle bağlandığını görmüş bulunuyoruz. Devletin, hukukuyla bu varsayılan bağlılığında, bağlayan ve bağlanan kendilik farklıdır, kendi bağlanan gerçeklik olarak devlettir, kendini bağlayan, sorunun soruluşundaki anlamda söz konusu olan devletin hukukunun tecessümü

olarak devlettir. Devletin gerçeklik kavramına göre bu, hukuk düzeninin kendisidir, öyle ki devlet dışı normun devleti hukukuyla bağladığı biçimde, hiçbir surette basitleştirilmemiş bir soruyla karşı karşıya bulunmaktayız. Georg Jellinek'in açıklamalarındaki "olgusalın normatifliği" öğretisi: Belirli bir dönemin kanaatine devletin kendi soyut irade açıklamalarıyla bağlı bulunup bulunmadığının nihai belirleyici oluşu, soruyu yanıtlamamakta, aksine kesip atmaktadır. "Olgusalın normatifliği" bir paradokstur. Bir olandan asla bir olması gereken çıkmaz. Belirli bir dönemin kanaati gibi bir olgu, ancak bir norm ona bu normatifliği vermiş ise normatif olabilir. Şu halde kendimizi hem pozitif hukukun hem de devletin üstüne çıkmaya zorlamış görüyoruz. Yani olguların dünyasına değil, aksine hiç devletin olmayan, pozitif olmayan ve ancak doğal hukuka ilişkin olabilen normların dünyasına itilmiş bulunuyoruz. Daha önce görüldüğü gibi (prg. 10) devlete ve hukuka ilişkin bir pozitivizm gerçekten doğal hukuka ilişkin bir hukuk ilkesini önkoşmaktadır: "Bir toplulukta en üst düzeyde bir zor var ise onun düzenlemelerine uyulmalıdır". Hukukun geçerliliğine dair incelemelerimizde zor sahibinin buyurma gücünün meşruiyetinin, hukuk görüşlerindeki çekişmeyi ancak onun yetkisel olarak karara bağlamaya, yani kararına geçerlik, etkinlik vermeye muktedir olduğunda -ancak onun hukuk güvenliğini sağlayabildiğinde- yattığını gördük. Ancak, böylelikle sağlanan hukuk güvenliği, hukuk yaratan devlet gücünün hukukunun temeli ise o zaman bu, onun sınırı da olmalıdır. Devlet yasama hakkına ancak, yasalarının kesin geçerliği uğruna sahiptir. Ama bu güvenlik, eğer devlet kendi kendini bu yasalarla bağlılıktan serbest kılabilirse, akamete uğramış olur. Devleti yasamaya görevli kılan bu hukuk güvenliği düşüncesi, devletin kendisinin de yasalara bağlılığını gerektirir. Devlet yasamaya ancak, kendini yasalarıyla bağlı tutması koşuluyla yetkili kılınmaktadır. Her zamanki zor sahibinin hukuk koyma hakkına dair doğal hukuk ilkesi ile bu zor sahibinin kendi yaptığı yasalarla bağlılığına dair doğal hukuk ilkesi demek ki birbirlerine ayrılmaz biçimde bağımlıdır. Zor sahibi koyduğu yasalara uymaktan kaçınır kaçınmaz onun hukuk koymaya olan yetkisi de sona erer. Devlet gücünün ele geçirilmesi ile hukuk devleti olmak yükümü zorunlu olarak ve reddi imkânsız biçimde üstlenilmektedir. Demek ki devlet, pozitif hukuk üstü, doğal hukuk aracılığıyla, pozitif hukukun geçerliliğinin de onunla temellendirildiği aynı doğal hukuk ilkesi aracılığıyla, pozitif hukukuyla bağlanmaktadır.

Devletin, kendisince konmuş pozitif hukukuna bağlılığının bu asgari ölçüsünün hukuk devleti düşüncesinin pozitivist bir sığlaştırılması olduğu ifade edilerek hukuk devleti düşüncesinin, asli biçimiyle devletin devlet ön-

cesi insan haklarına ve devlet üstü doğal hukuka bağlılığı demek olduğuna dikkat çekilmekte ve hukuk düşüncesinin yeniden, bireyin devlete olan ilişkisinde sadece bir hukuk kavramının değil, esasen belirli bir hukuk iadesinin uygulanması anlamına gelmesi gerektiği ileri sürülmektedir (6). Ancak, hukuk devleti konstrüksiyonunda yalnız bir hukuk kavramının kullanılması küçümsenmemelidir. Çünkü hukuk, yalnızca adalet olmak anlamını taşıyan şeydir. Adalet ile ise eşitlik konmaktadır. Tekil olaylara ve insanlara bireysel olarak geçerli olmak isteyen bir devlet düzenlemesi hukuk değil, keyfilik olurdu. Bu düşünce siyasi geçerlikte keyfiliği ve çıkarı en azından hukuk kisvesine bürünmeye zorlayacak kadar güçlüdür. Bunun bir anlamda önemli olduğu başka bir yerde (yukarıda prg. 3) gösterildi. Orada, burjuvazi tarafından kendi sınıf çıkarı adına talep edilen özgürlüğün, adilane olarak nitelendirildiği için hatta burjuvazinin çıkarına karşı ittifak özgürlüğü biçiminde dördüncü sınıfın da işine yaradığı gösterilmişti. Kendilerince meslek şerefının, hukuk işlerinde sanatın adilane icrası demek olduğu "hukuk büyükleri" (Max Weber) kesimince icra edilen yorum, hukuku çikarsal köklerinden koparan, hatta nihayet kendisinden doğduğu çıkara karşı dahi geçerli kılan hukuki biçimin kendine özgü yasallığının taşıyıcısıdır. Bu kendine özgü yasallık yoluyla, ezilen sınıfın, egemen sınıfça konmuş hukukun gerçekleşmesinde menfaati olabilir. Böylelikle ezilen sınıf hukuk uğruna verdiği türlü savaşılarda egemen sınıfın onun üzerine astığı hukuk düzeninin koruyucusu olmaktadır. Çünkü bu hukuk bir sınıf hukuku olsa da yine bir hukuktur, ve bu sınıf hukuku egemen sınıfın çıkarını açıkça ortaya koymamakta, aksine hukuk kisvesine büründürmektedir. Hukukun içeriği ne olursa olsun hukuki biçim ezilenlere hizmet etmektedir.

Ç.N. : Bu yazı yazarın, "Rechtsphilosophie" (8. basım, çıkaranlar: Erik Wolf ve Hans - Peter Schneider, Stuttgart 1973) isimli eserinin 26. paragrafını oluşturmaktadır.

- (1) Krş. bu sorunla ilgili olarak Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. basım, s. 364 vd.
- (2) Krş. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, s. 91, 100.
- (3) Krş. Herman Kantorowicz, *Staatsauffassungen, Jahrbuch f. Soziologie*, cilt 1, 1925, s. 108, Max Weber'e ilintiyile.
- (4) Hukuki içerik ve hukuki biçim hakkında krş. yukarıda prg. 15'in sonları.
- (5) Krş., Kelsen, *a.g.e.*, s. 275.
- (6) Darmstaedter, *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates*, 1930.