





Özgürlük Serisi - 3

**Bruno Leoni**

**ÖZGÜRLÜK  
VE  
HUKUK**

Çeviren: Mustafa Erdoğan



## **Özgürlük ve Hukuk**

*Freedom and the Law*

**Bruno Leoni**

**Çeviren:** Mustafa Erdoğan

ISBN: 978-605-06758-1-8

© 1991, Liberty Fund, Inc.

© 2020, Hukuk Yayınları

© 2020, Mustafa Erdoğan (Türkçe çeviri)

1. Baskı: Ağustos 2020

*Bu çeviri Liberty Fund'ın izniyle yayınlanmıştır.*

*This translation is published with permission from Liberty Fund, Inc.*

*Bu çalışma Atlas Network, Liberty Fund ve Friedrich Naumann Vakfı'nın destekleri sonucu hazırlanmıştır. Bu çalışmadaki görüşler yazara aittir, Özgürlük Araştırmaları Derneği, Atlas Network, Liberty Fund ve Friedrich Naumann Vakfı'nın görüşlerini yansıtmaz.*

**Yayına Hazırlayanlar:** Seval Yaman ve Barış Yardımcı

**Tasarım:** Serbest Kitaplar ([www.serbestkitaplar.com](http://www.serbestkitaplar.com))

**Baskı:** Salmat Basım Yayın Ambalaj Sanayi Ltd.Şti

Zübeyde Hanım Mah. Sebze Bahçeleri Cad. Arpacıoğlu İşhanı,

No:95/1 İskitler, Altındağ, Ankara

Tel: 0312 34110 20 | SertifikaNo: 47771



Selanik Cad. No:72 06640 Kızılay / ANKARA

Tel: 0 312 417 78 35

Faks: 0 312 425 06 82

[www.orionkitavevi.com.tr](http://www.orionkitavevi.com.tr)

[orion@orionkitavevi.com.tr](mailto:orion@orionkitavevi.com.tr)





## İÇİNDEKİLER

Üçüncü Baskıya Önsöz	9
Türkçe Baskıya Önsöz	15

### BİRİNCİ KİTAP: ÖZGÜRLÜK VE HUKUK

Giriş	19
1. Hangi Özgürlük?	41
2. "Özgürlük" ve "Kısıtlanma"	59
3. Özgürlük ve Hukukun Üstünlüğü	75
4. Özgürlük ve Hukukun Kesinliği	93
5. Özgürlük ve Yasama	111
6. Özgürlük ve Temsil	127
7. Özgürlük ve Ortak İrade	147
8. Bazı Zorlukların Analizi	167
Sonuç	185

### İKİNCİ KİTAP: HUKUK VE SİYASET

1. Bireysel İddia Olarak Hukuk	203
2. Oluşum Halindeki "Hukuk ve İktisat"	219
3. Siyasî Fenomene İktisadi Yaklaşım	233
4. Piyasaya Karşı Oy-Verme	249
Dizin	263





## ÜÇÜNCÜ BASKIYA ÖNSÖZ

BRUNO LEONI, HEMEN HEMEN BÜTÜN FAALİYETLERİNDE, LİBERAL DİYE-  
bileceğimiz ideallerin sâdık bir savunucusuydu. O çok yetenekli,  
zekî, maharetli, ikna edici ve çok yönlü bir kişiydi. Ona "Rönesans  
adamıydı" demek kesinlikle hiçbir şekilde kelimelerin kötüye kul-  
lanılması olmazdı.

26 Nisan 1913'te doğmuş olan Bruno Leoni bilim adamı, hu-  
kukçu, tüccar, amatör mimar, müzisyen, sanat uzmanı, dilci ve  
hepsinden önce tutkulu bir şekilde inandığı bireysel özgürlüğün  
savunucusu olarak dinamik, yoğun, hareketli ve komplike bir  
hayat yaşadı. Kendisi Pavia Üniversitesinde Hukuk Teorisi ve  
Devlet Teorisi Profesörüydü; orada aynı zamanda Siyaset Bilimi  
Fakültesinin Başkanı ve Siyaset Bilimi Enstitüsünün Direktörü  
ve üç aylık *Il Politico* dergisinin kurucu editörü olarak da hiz-  
met etti. Seçkin misafir akademisyen olarak bütün dünyayı do-  
laştı, ders veya konferans verdiği üniversiteler arasında Oxford  
ve Manchester (İngiltere), Virginia ve Yale (ABD) üniversiteleri  
de vardı. Torino'da yaşadığı yıllarda avukatlık yaparken aynı  
zamanda Metodolojik Araştırmalar Merkezinde de çalışıyordu.  
Zaman zaman Milan'ın ekonomi ve finans dergisi *24 Ore* için  
köşe yazıları yazdı. İtalya'nın kuzeyinin Almanlar tarafından  
işgali sırasında çok sayıda müttefik askerî personelin hayatları-  
nı kurtarmada gösterdiği başarılı çabaları ona üzerinde "Bruno  
Leoni'ye, Müttefiklere Kahramanca Hizmeti için, 1945" yazan bir

kol saati yanında mezkûr personelin ebedî minnettarlığını da kazandırdı. 1967 Eylül'ünde Vichy'de (Fransa) yapılan kongresinde Mont Pelerin Society'nin Başkanı seçildi. Bu, zaman ve enerjisinin büyük bir kısmını adamak suretiyle uzun yıllar Sekreter olarak Topluluğa verdiği hizmetin doruk noktasıydı.

## I

Bruno Leoni 1967'nin 21 Kasım gecesi hayatının en olgun çağında, aynı zamanda kariyerinin ve yeteneklerinin zirvesindeyken trajik bir şekilde hayata veda etti. Leoni'nin daha başarabileceği birçok şey için fırsat bulamadan vefat edişi dünya akademik camiası için de bir kayıptır.

Onun ilgilerinin derinlik ve genişliği hakkında bilgi sahibi olmaya ilgi duyanlar bu işe en iyi şu iki kaynağın tetkikiyle başlayabilirler. Bruno Leoni'nin eserlerinin bir derlemesi, dostları ve meslektaşlarının hüznü tanıklıkları ile birlikte, Dr. Pasquale Scaramozzino tarafından derlenip yayına hazırlanan *Omaggio a Bruno Leoni* [Bruno Leoni'ye Armağan] (Milan, 1969) adlı ciltte bulunabilir. Gelişigüzel bir okuma Leoni'nin geniş ufuklu ilgileri ve akademik vukufundan şüphe edenleri bile ikna edecektir. Ayrıca, kendisinin 1950 yılında kurduğu çok-disiplinli üç-aylık dergi *Il Politico*'nun yine Profesör Scaramozzino tarafından gayet ustaca hazırlanmış olan kümülatif indeksi de vardır.

## II

Ben 1954'ten 1959'a kadar California'daki Claremont Men's College'da Özgürlük ve Rekabetçi Girişim üstüne altı Enstitüyü yönetme hazzını ve onurunu yaşadım. Enstitüler ekonomi ve siyaset bilimi alanındaki Amerikan kolej ve üniversitelerinin öğretim üyeleri olarak bu konuları öğretilere lisansüstü dersler vermek üzere kurulmuşlardı. Bu Enstitülerin her birinde, iktisat ve siyasetin ilkelerinin kaynağı olarak özgürlüğün analizi, serbest piyasa mekanizmasının işleyişi ve gelişmesinin analizi, özel işletme sisteminin felsefî temelleri, özellikleri, faydaları ve kusurlarının incelenmesi konularında bireysel olarak sunuş yapmak üzere üç seçkin akademisyen davet edilmişti.

Bu Enstitülerin her birine, başvuranlar ve adaylardan oluşan uzun bir listeden seçilen 30 civarında kişi katıldı; bunların çoğu

iktisat, siyaset bilimi, iş idaresi, sosyoloji ve tarih profesörleri veya öğreticileriydi. Birkaç tanesi araştırmacı veya yazardı ve bir veya iki akademik dekan da vardı. Altı Enstitüye kırk ayrı eyalette, Kanada ve Meksika'da yerleşik 90 farklı kolej ve üniversiteden gelen toplam 190 kadar meslektaş katıldı.

Katılanlar, Prof. Bruno Leoni'den başka, Prof. Ronald H. Coase, Prof. Herrell F. De Graff, Prof. Aaron Director, Prof. Milton Friedman, Prof. F. A. Hayek, Prof. Herbert Heaton, Prof. John Jewkes, Prof. Frank H. Knight, Dr. Flix Morley, Jacques L. Rueff ve Prof. David McCord Wright gibi seçkin hocalardı.

Uluslararası entelektüel iletişimin hem niteliğini hem niceliğini denebilir artırma çabası içinde, şimdiye kadar her bir enstitüde Avrupa akademik geleneğini en az bir hoca temsil etti.

### III

Ben Bruno Leoni ile ilk olarak Mont Pelerin Society'nin St. Moritz, İsviçre'de Eylül 1957'de yapılan toplantısında tanıştım. İkimiz de Topluluğun nispeten yeni üyeleriydik ve oturumların birinde birer tebliğ sunmuştuk. Birleşik Devletlere dönüşümü takiben, meslektaşlarımı Leoni'yi bir sonraki Enstitü'ye davet etmenin iyi olacağına ikna ettim. Leoni 1958'de severek kabul etti ve 15-28 Haziran'da yapılan Özgürlük ve Rekabetçi Girişim hakkında Beşinci Enstitüye Friedman ve Hayek'le birlikte konuşmacı olarak katıldı. Prof. Hayek'in sunuşları sonunda *Özgürlüğün Anayasası*'nın bir parçası oldu, Prof. Friedman'ınki *Kapitalizm ve Özgürlük*'te yer aldı, Prof. Leoni'nin sunuşları ise *Özgürlük ve Hukuk*'u oluşturdu.

Bu oturumlara katılanların pek azı onları unutmuştur. Entelektüel canlılık, gece yarısına kadar süren tartışmalar, dostluk; bütün bunlar neredeyse kusursuz bir bütünlük oluşturuyordu. Kendi ana dili yanında fevkalâde akıcı İngilizce, Fransızca ve Almancası da olan Leoni derslerini el yazısı notlarından İngilizce verdi. Sanırım onları fırsat buldukça kâğıt parçalarına yazmıştı. Gruba alıştıkça onları sürekli değiştiriyordu. Yanında babasına ait olan bir de küçük kitap getirmişti, yirmilerin bir Amerikan argo sözlüğü. Bu dersler ve tartışmaların bazıları teybe alınmıştı.

*Özgürlük ve Hukuk*'un taslağını F. A. Harper'ın güçlü teşviği üzerine bu notlar ve tapelerden hareketle ve William Volker

Fund'ın malî desteğiyle hazırladım. Daha sonra profesyonel bir editör son rötuşları yaptı. Eser yazarın açık onayıyla hazırlandı ve derslerde kullanılan düzen ve biçim mümkün olduğunca korundu. Bu kitap yazılı metnin elverdiği ölçüde derslerin orijinal dizilişine yakındır.

Orijinal notlar, el yazısı nüsha ve tapeler Menlo Park, California'daki Institute for Humane Studies'e tevdi edilmiştir. Enstitü bilahare George Mason Üniversitesine taşınınca bu malzeme Stanford Üniversitesindeki Hoover Institute'a nakledildi.

*Özgürlük ve Hukuk*'un ilk baskısı D. Van Nostrand Company of Princeton tarafından New Jersey'de 1961 yılında Humane Studies'in William Volker Fund Series içinde yayımlandı. İkinci edisyon, benim yeni Önsöz'üm dışında hemen hemen hiç değiştirilmeden Institute for Humane Studies tarafından finanse edildi ve Nash Publishing Company of Los Angeles tarafından 1972 yılında yayımlandı. Bu yeni [3.] baskı için Mont Pelerin Society'nin Eylül 1986'da St. Vincent, İtalya'daki Genel Toplantısında "Bruno Leoni'nin Mirası" hakkında yaptığım gözlem ve değerlendirmelerin bir kısmını Önsöz'e dahil ettim.

Leoni'nin eserlerinin çoğu İtalyanca olmakla beraber, *Freedom and the Law* (*Özgürlük ve Hukuk*) değildir. Mont Pelerin Society'nin toplantılarından birinde bir İtalyan beyefendi eserin İtalyancaya tercümesi için izin alıp alamayacağını sormuştu. Heyecanla olumlu cevap verdim ama bildiğim kadarıyla şimdiye kadar (bu konuda) hiçbir gelişme olmadı. Kitabın İspanyolcaya iki çevirisi yapıldı, biri Buenos Aires'te (1961) diğeri Madrid'de (1974) yayımlandı. İkisi de eserin başlığını *La Libertad y la ley* olarak tercüme etmiştir.

Bana söylendiğine göre, ilk yayımlanışından bu yana *Özgürlük ve Hukuk* hukuk ve iktisat alanındaki araştırmacıların dikkatini çekmiştir. Söz gelişi, 1986'da kitap hakkında Liberty Fund'ın yönetiminde biri Atlanta, Georgia'da, diğeri Torino, İtalya'da olmak üzere iki konferans yapılmıştır. İlki için hazırlanan yeni bir tebliğ –Peter H. Aranson, "Bruno Leoni: in Retrospect" ("Bruno Leoni: Geçmişe Bakış")– bilâhare *Harvard Journal of Law and Public Policy*'nin Yaz 1988 sayısında Leonard Liggio ve Thomas Palmer'in yorumuyla birlikte yayımlanmıştır.

Birçok kişinin görüşüne göre, *Özgürlük ve Hukuk* Leoni'nin bütün eserleri içinde en az alışıldık ve en zorlu olanıdır. Prof. F. A. Hayek'in yazdığı gibi, "hukukun incelenmesi ile teorik sosyal bilimlerin incelenmesi arasında" köprü kurabilecek bir eserdir. "Bu kitabın içerdiği düşüncelerin zenginliğini belki de sadece zaten benzer hatlar üzerinde çalışanlar tamamen anlayabilecektir. Bruno Leoni, eserinin sadece bir bakış tarzına işaret ettiğini ve bu eserin içerdiği çok sayıda yeni fikrin tohumlarının tamamen çiçek açabilmesi için halâ çok çalışmaya ihtiyaç olduğunu inkâr edecek son kişi olurdu."

Maalesef ümit edilen o köprü hiçbir zaman tamamlanamadı. *Özgürlük ve Hukuk*'un bu üçüncü baskısı, 1963'te verilen bazı derslerle birlikte yayımlamakla ümidimiz odur ki, Bruno Leoni'nin birçok öğrencisi ve meslektaşları, dostları ve hayranları bu eserin içerdiği fikir ve önerileri genişletip geliştirecek ve onun çabalarının kesildiği noktanın ötesine taşıyacaklardır.

Bruno Leoni hukuk ve siyaset bilimi alanında fevkalâde bir araştırmacı idi ve iktisat hakkında da sağlam bir kavrayışa sahipti. Onu keder ve sevinç karışımı hislerle anıyorum.

Haziran 1990  
Arthur Kemp, Emekli İktisat Profesörü  
Claremont McKena College,  
Claremont, California



## TÜRKÇE BASKIYA ÖNSÖZ

KARİYERİNİN EN VERİMLİ ÇAĞINDA DAHA 54 YAŞINDA İKEN VEFAT EDEN büyük İtalyan hukukçu Bruno Leoni (1913-1967), Türkiye’de pek bilinmese de, Friedrich A. Hayek’le birlikte özgürlükçü hukuk düşüncesinin 20. yüzyıldaki önde gelen iki büyük teorisyeninden biridir. Gerçi, Türkiye’nin gerek aydınlarının gerekse bilim dünyasının, en ilgili oldukları alanlarda bile liberal düşünörlere pek aşına olmadıkları bilinmedik bir şey değildir. Nitekim, hukuk söz konusu olduğunda Türkiye’nin akademisyenlerinin büyük çoğunluğu geçen yüzyılda “hukukun üstünlüğü”nü ilk defa sistematik olarak teorileştirenin Hayek olduğunun bile farkında değildir. Daha da ilginç, düşünürün *Law, Legislation and Liberty* [Hukuk, Yasama ve Özgürlük] adlı baş eserinin 90’lı yılların ortalarında Türkçeye çevrilip yayımlanması bile Türk hukukçularını bu konuda uyarmaya yetmemiştir.

Bu şartlar altında Türkiye’nin hukuk camiasının Hayek kadar ünlü olmayan Bruno Leoni’den haberdar olması zaten beklene mezdi. Hayek ve diğler klasik liberal düşünörlere gibi, Bruno Leoni de hukuku devlet ve egemenlikle özdeşleştiren kaba pozitivist görüşlere karşı, sivil dinamiklerden kaynaklanan, kendiliğinden gelişmeye dayalı evrimci hukuk düşüncesini savunmuşlardır. Leoni *Özgürlük ve Hukuk* adıyla Türkçeye kazandırdığımız, kendi hukuk teorisini geliştirdiği bu baş eserinde, söz konusu evrimci-sivil hukuk anlayışının özgürlük idealiyle en iyi bağdaşan anlayış olduğunu hem kavramsal hem de tarihsel kanıtlarıyla ayrıntılı bir şekilde ortaya koymaktadır. Hatta, Leoni’nin bu işi Hayek’ten daha tutarlı ve başarılı bir şekilde yaptığı bile söylenebilir. Bu aynı zamanda Leoni’nin liberal düşünce geleneğine vukufunun derecesini de gösteren bir eserdir.

Bruno Leoni'nin akademik ve entelektüel kariyeri hakkında daha fazla bilgiyi, bu kitabın –çeviriye esas aldığımız– üçüncü İngilizce edisyonuna Arthur Kemp'in yazdığı Önsöz'de bulabilirsiniz. Ama elbette özgürlükçü bir hukuk teorisyeni olarak Leoni hakkındaki en yetkili sözü düşünürün bu kendi kitabında bulacaksınız.

Umarım, bu eser Türkiye'deki baskın devletçi-pozitivist hukuk anlayışının özgürlükçü yönde değişmesine katkı yapar.

Prof. Dr. Mustafa Erdoğan





BİRİNCİ KİTAP

ÖZGÜRLÜK VE HUKUK

## GİRİŞ

Öyle görünüyor ki halihazırda bireysel özgürlüğün kaderi hukukçular ve siyaset bilimcilerden ziyade iktisatçılar tarafından savunulmaktadır. Hukukçular söz konusu olduğunda, belki de bunun nedeni onların bir şekilde kendi meslekî bilgilerine dayanarak ve dolayısıyla çağdaş hukuk sistemleri açısından konuşmak zorunda olmalarıdır. Lord Bacon olsaydı şöyle derdi: "Onlar sanki mahkûmuş gibi konuşurlar." Onların mahkûmu oldukları çağdaş hukuk sistemleri bireysel özgürlüğe sürekli daralan bir alan bırakmaktadır.

Öte yandan siyaset bilimciler ise siyaseti, söz gelişi mühendislik gibi, bir tür teknik olarak düşünme eğiliminde görünüyorlar ki, bu da siyaset bilimcilerin insanları mühendislerin makinalar ve fabrikaları ele almalarıyla aşağı yukarı aynı şekilde ele almaları gerektiği düşüncesiyle ilgilidir. Oysa, siyasete mühendislik bakışının bireysel özgürlük davasıyla çok, belki de hiç, ortak yönü yoktur.

Şüphesiz, bu siyaset bilimini bir teknik olarak anlamak tek yol değildir. Bugün her ne kadar bu nadiren rastlanan bir durumsa da siyaset bilimi, insanları belirli teknokratlar tarafından uygun görülen şekillerde davranmak yerine, mümkün olduğunca istedikleri gibi davranmaya yetkilendirmenin bir aracı olarak da görülebilir.

Aynı şekilde hukuk bilgisi de mahkemede bir davayı savunması gerektiğinde konuşmak zorunda olduğu şekilde konuşan hukukçunununkinden başka bir perspektiften görülebilir. Eğer konunun iyi bir uzmanıysa, bir hukukçu ülkesinin hukuk sisteminin nasıl işlediğini (ve zaman zaman işlemediğini de) iyi bilir. Ayrıca, eğer biraz tarih de biliyorsa, birbirini izleyen hukuk sistemleri-

nin aynı ülkede işlediği farklı tarzları kolayca karşılaştırabilir. Nihayet, başka hukuk sistemlerinin nasıl işlediği veya başka ülkelerde hukukun nasıl işlediği hakkında bilgisi varsa, o genellikle hem iktisatçının hem de siyaset bilimcinin ufkunu aşan anlamlı karşılaştırmalar yapabilir.

Aslında, özgürlük sadece iktisadî veya siyasî bir kavram değil, fakat aynı zamanda ve muhtemelen hepsinden önce hukukî bir kavramdır ve zorunlu olarak hukukî sonuçların karmaşık bütünüyle ilgilidir.

Yukarıda ana hatlarını çizmeye çalıştığım anlamda siyasî yaklaşım özgürlüğün yeniden tanımlanmasında iktisadî yaklaşımın tamamlayıcısı iken, hukukî yaklaşım her ikisinin de tamamlayıcısıdır.

Bununla beraber, bu tanımlama girişimi eğer başarılı olacaksa, halâ eksik olan bir şey vardır. Yüzyıllar boyunca, birbiriyle bağdaşmayan pek çok hukuk tanımı önerilmiştir. Sonuç, ancak bir kayıtla ve önceki linguistik araştırmalardan sonra sözcüğe tek anlam verilebileceğidir.

Herkes özgürlüğü kendine göre tanımlayabilir ama kendi tanımını bizim de kabul etmemizi isterse, o zaman hakikaten ikna edici bir argüman üretmek zorundadır. Ancak, bu problem özgürlükle ilgili ifadelere özgü değildir, her tür tanım için geçerlidir. Bu problemin önemine işaret etmenin çağdaş analitik felsefe okulunun bir meziyeti olduğunda da sanırım kuşku yoktur. Bundan dolayı, özgürlüğün analiz edilmesinde felsefî bir yaklaşımın iktisadî, siyasî ve hukukî yaklaşımlarla birleştirilmesi gerekir.

Bu bizatihi başarılması kolay bir kombinasyon değildir. Bu konuda, sosyal bilimlerin kendine özgü niteliğiyle ve onların verilerinin "doğal bilimler"inkiler kadar tek anlamlı olmadıkları gerçeğiyle ilgili başka zorluklar vardır. Buna rağmen, özgürlüğü analiz ederken onu mümkün olduğunca bir veri, yani psikolojik bir tavır olarak düşünmeye çalıştım. Aynısını bir anlamda özgürlüğün karşıtı olan ama aynı zamanda hem kısıtlamaya çalışanlar hem de kısıtlanmış hissedenler bakımından psikolojik bir tutum olan kısıtlanma ile ilgili olarak da yaptım.

Psikolojik tutumların incelenmesinin onlar arasında farklılıklar gösterdiği zor inkâr edilebilir, öyle ki araştırılabilir olgulara atıfla

özgürlüğün –ve dolayısıyla kısıtlanmanın– tek anlamlı bir teorisini formüle etmek zordur. Bu, kısıtlanmaya karşı özgürlüğün herkes için savunulduğu ve korunduğu bir siyasî sistemdeki insanların, en azından onların kendi özgürlük –ve dolayısıyla, kısıtlanma– yorumlarının sisteme hâkim olan yorumla örtüşmemesi ölçüsünde, kısıtlanmadan kaçınamayacakları anlamına gelmektedir.

Bununla beraber, insanların bu yorumlarının genellikle bir siyasî özgürlük teorisine ulaşma teşebbüsünü başarısızlığa uğratacak kadar çok da farklılaşmadıklarını düşünmek makul görünüyor. En azından, aynı toplum içinde başkalarını kısıtlamaya çalışanlar ile başkaları tarafından kısıtlanmaktan kaçınanların neyin kısıtlanma olduğuna ilişkin aşağı yukarı aynı fikre sahip olduklarını varsayabiliriz. Dolayısıyla, kısıtlamanın yokluğu konusunda da onların aşağı yukarı aynı görüşe sahip oldukları ve bunun, bu kitapta önerildiği gibi, kısıtlanmamışlık olarak tasarlanan bir özgürlük teorisi için çok önemli bir varsayım olduğu sonucuna varılabilir.

Yanlış anlamalardan kaçınmak için eklememiz gerekir ki, kısıtlanmamışlık olarak bir özgürlük teorisi, paradoksal gibi görünebilirse de bu durum bütün durumlarda kısıtlamanın yokluğunu şart koşmaz. Başkalarının özgürlüğünü korumak için insanların kısıtlanmasını gerektiren durumlar vardır. İnsanların katiller ve soygunculara karşı korunmasının zorunlu olduğu apaçık olmakla beraber, bu korumanın tanımlanması öyle kolay olmayan kısıtlamalar ve özgürlüklerle ilgili olduğunda bu o kadar açık değildir.

Yine de günümüz toplumunda olup bitenlerin soğukkanlı bir şekilde incelenmesi hem kısıtlanmanın özgürlükle ayrılamaz biçimde iç içe geçmiş olduğunu, hem de, ne yazık ki, çeşitli öğretilerin kısıtlama arttıkça özgürlüğün de arttığını ileri sürdüklerini göstermektedir. Yanılmıyorsam, bu sadece apaçık bir yanlış anlama değil aynı zamanda çağımızda bireysel özgürlüğün kaderi için de endişe verici bir durumdur.

İnsanlar "özgürlük"le (freedom veya liberty) hem kısıtlamanın yokluğunu *hem de başka bir şeyi*, meselâ seçkin bir Amerikan yargıcının söylediği gibi, "sahibinin tatminkâr bir hayat yaşamasına imkân verecek yeterli ekonomik güvenlik"i<sup>1</sup> kastetmektedirler. Aynı

1 Çevirenin notu: Bu ifade 1872-1961 yılları arasında yaşamış ve Temyiz Mahkemesi yargıçlığı da yapmış olan Learned Hand'e aittir: *The Bill of Rights* (1958), ss. 50-51.

insanlar özgürlüğün bu iki anlamı arasındaki mümkün çelişkileri ve bu ikinci anlamı birincisini belli bir ölçüde feda etmeden (veya, tersi) benimseyemeyeceğimiz nahoş gerçeğini genellikle kavrayamamaktadırlar. Onların bu bağdaştırıcı özgürlük görüşü tamamen semantik bir karışıklığa dayanmaktadır.

Diğer insanlar, kendi toplumlarında "özgürlüğü" artırmak için kısıtlamanın artırılması gerektiğini iddia ederken kast ettikleri "özgürlük"ün sadece onların kendi özgürlükleri olduğu gerçeğini sessizce geçiştirirler, çünkü onların artırmayı istedikleri kısıtlama sadece diğer insanlara uygulanacaktır. Nihaî sonuç, onların öğütledikleri "özgürlük"ün sadece, başka insanların, eğer kendileri için seçmekte özgür olsalardı asla yapmayacakları şeyi yapmalarını kısıtlama özgürlüğü olduğudur.

Bugün özgürlük ve kısıtlanma gitgide yasama üzerinde odaklanmaktadır. İnsanlar genellikle çağdaş toplumda gerçekleşmekte olan değişikliklerde teknolojinin olağanüstü öneminin tamamen farkındadırlar. Öte yandan, onlar çok kere teknolojiyle zorunlu olarak bağlantılı olmayan yasama yoluyla gerçekleştirilen paralel değişikliklerin aynı derecede farkında değilmiş gibi görünüyorlar. Onların daha da az farkında göründükleri ise, çağdaş toplumdaki bu sonraki değişikliklerin de yasamanın fiilî işlevi hakkındaki güncel fikirlerdeki sessiz bir devrimle bağlantılı olduğudur. Aslında, dünyadaki hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde yasamanın artan önemi, teknolojik ve bilimsel ilerlemeyle birlikte, çağımızın muhtemelen en çarpıcı özelliğidir. Anglo-Saxon ülkelerinde *common law* ve olağan mahkemeler mevzu hukuk (statutory law) ve idarî makamlar lehine sürekli zemin kaybediyorken, Kıta ülkelerinde de her yıl yapılan binlerce yasanın sonucu medenî hukuk paralel bir gerilemeye uğramaktadır. Alman Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden ancak altmış yıl ve Fransız Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden bir buçuk asrı biraz aşkın bir süre sonra, hukukun yasamayla aynı şey olmadığına ilişkin fikrin kendisi hem hukukçulara hem de sıradan insanlara tuhaf gelmektedir.

Bugün yargısal kararlar, özel hakemler aracılığıyla uyuşmazlık çözümü, teamüller ve bunlara benzer kendiliğinden uyarlanma türleriyle karşılaştırıldığında, yasama kişilere her türlü kötülük veya soruna hızlı, rasyonel ve kapsamlı bir çare gibi görünmek-

tedir. Hemen hemen hiçbir zaman farkına varılmamış olan bir gerçek ise şudur: Yasama yoluyla çözüm etkin olamayacak kadar aceleci, tümüyle faydalı olamayacak kadar geniş kapsamlı ve ilgili herkes için bir çare olamayacak kadar sınırlı sayıda insanın (yasa koyucuların) görüş ve çıkarlarıyla fazlasıyla bağlantılı olabilir. Bütün bunların farkında olunduğunda bile, eleştiri genellikle bizatihi yasamaya değil de daha ziyade belirli yasalara yöneltilir ve yeni bir çare de her zaman yasamadan tamamen farklı bir şey yerine "daha iyi" yasalarda aranır.

Yasamanın –daha doğrusu, yasamanın her derde devâ olduğu düşüncesinin– savunucuları, çağdaş toplumda onu hukukla tamamen özdeşleştirmeyi teknolojinin sürekli olarak yol açtığı değişikliklere işaret etmek suretiyle haklı göstermektedirler. Sanayinin gelişmesinin, eski toplumların kendi hukuk anlayışlarıyla çözebilecekleri donanıma sahip olmadıkları birçok büyük problemi de beraberinde getirdiği söylenmektedir.

Yasama enflasyonunun bu avukatlarının işaret ettikleri birçok yeni probleme gerçekten teknolojinin yol açtığı<sup>2</sup> veya bu problemleri çözmek için her derde deva bir yasama anlayışına sahip olan çağdaş toplumun hukukunun hiçbir zaman yasamayla böyle kaba bir şekilde özdeşleştirmiş olmayan eski toplumlardan daha donanımlı olduğunun kanıtlarına halâ sahip değiliz.

Çağdaş toplumda bilimsel ve teknolojik ilerlemenin sözde zorunlu karşılığı olarak yasama enflasyonunun bütün savunucularının dikkatini şu gerçeğe çekmek gerekiyor: Bilim ve teknolojinin gelişmesi ile yasamanın gelişmesi *tamamen farklı* hatta *çelişik iki* düşünceye dayanmaktadır. Aslında, modern çağın başında bilim ve teknolojinin gelişmesi, genellikle yasamayla sonuçlananlara tamamen ters olan usullerin benimsenmesiyle mümkün olmuştur. Bilimsel ve teknolojik araştırma, bireylerin ulaştıkları sonuçların muhtemelen onlara karşı olan otoriteler karşısında korunabilmesi için bireysel inisiyatif ve bireysel özgürlüğe ihtiyaç duymuştur ve halâ da ihtiyaç duyar. Buna karşılık yasama, muhtemelen, bireysel inisiyatif ve özgürlüğe karşı otoritenin her zaman üstün olduğu bir sürecin son noktasıdır. Oysa bireysel ve teknolojik

2 Söz gelişi teknolojinin gelişmesiyle genel oy arasında birçok bağlantı olduğu pekâlâ kabul edilebilirse de, "genel oy"un teknoloji gibi birçok problem ortaya çıkardığına inanmak da akla uygun görünmektedir.

sonuçlar her zaman değilse de genellikle cahil veya kayıtsız çoğunluklara karşı nispeten küçük azınlıklar veya belli bireylerden kaynaklanırken; yasama, özellikle bugün, daima zorunlu olarak muhaliflerinden daha bilgili ve aydınlanmış olmayan yasama organındaki tesadüfi bir çoğunluğun iradesini yansıtır. Yasamada olduğu gibi, otoritelerin ve çoğunlukların baskın olduğu yerde, haklı veya hatalı olmalarından bağımsız olarak, bireyler geri çekilmek zorundadırlar.

İsviçre gibi küçük siyasî toplumlardaki birkaç doğrudan demokrasi örneklerini bir yana bırakırsak, çağdaş toplumda yasamanın başka bir karakteristik özelliği yasa koyucuların yasama sürecinde yurttaşları *temsil* ettiklerinin varsaymasıdır. Bu ne anlama geliyor olursa olsun –ki bunu aşağıda ortaya koymaya çalışacağız–, yasama gibi temsilin de bilimsel ve teknolojik gelişme için benimsenen usullere büsbütün yabancı olan bir şey olduğu açıktır. Bilimsel veya teknik araştırmanın yürütülmesinde bir bilim insanının veya bir teknisyenin başka insanlar tarafından "temsil edilmesi" gerektiği fikri, bilimsel araştırmanın –ekip halinde çalıştıkları zaman bile haddizatında bireyler olarak hareket eden– belli kişilere değil de çoğunluk oyunu ile karar almaya yetkilendirilmiş bir tür yasama komitesine verilmesi gerektiği fikri kadar saçma görünmektedir.

Ne var ki, bilimsel ve teknolojik alanlarda hiç düşünmeden hemen reddedilecek olan karar-alma yöntemi hukuk söz konusu olduğunda gitgide kabul edilme yolundadır. Bunun çağdaş toplumdaki sonucu, kınanmak bir yana, şimdiye kadar pek farkına varılmamış olan bir tür şizofrenidir.

İnsanlar bilimsel ve teknolojik gelişmenin getirilerinden kişisel olarak yararlanmalarının onların bireysel inisiyatif ve karara olan ihtiyaçlarını neredeyse tümüyle tatmin edermiş gibi davranırlar. Tuhaf olan şu ki, insanların siyasal ve hukukî alanlardaki bireysel inisiyatif ve karara olan ihtiyaçları da seçmenlerinin gerçekten ne istediklerini ve buna göre karar vermeye muktedir olduklarını gizemli varsayımıyla "temsilciler" in seçilmesi gibi törenselleşmiş ve neredeyse büyülü usullerle karşılanmış görünür. Doğru, kişiler en azından Batı dünyasında birçok alanda –ticarete (en azından büyük ölçüde), konuşmada, kişisel ilişkilerde ve sosyal temasların başka birçok türünde– bireyler olarak karar-verme ve hareket etme imkânına sahiptirler. Bununla beraber, onlar nadiren kişisel



olarak tanıdıkları bir avuç insanın gayet gevşek olarak tanımlanmış sınırlar dahilinde, pratikte hatta sınırsız bir alanda, herkesin ne yapması gerektiğine karar verebildiği bir sistemi prensip olarak kabul etmiş görünüyorlar.

Yasa-koyucuların en azından Batı'da konuşma, evleneceği eşi seçme, belli bir tarzda giyinme yahut seyahat etme gibi bireysel etkinlik alanlarına müdahale etmekten halâ kaçınmaları, onların bu alanların her birine müdahale etme yetkisine sahip oldukları kaba gerçeğini genellikle gizlemektedir. Fakat tamamen farklı bir manzara sunan başka ülkeler(in tecrübesi) aynı zamanda yasa-koyucuların bu bakımdan nasıl çok daha ileri gidebileceklerini göstermektedir. Öte yandan, şimdi gitgide daha az insan farkındadır ki, tıpkı dil ve modanın çok sayıda bireyin kendiliğinden eylem ve kararların örtüşmesinin ürünleri olmaları gibi, hukuk da aynı şekilde, teorik olarak, pekalâ başka alanlardaki benzer örtüşmenin bir ürünü olabilir.

Bugün, söz gelişi, nasıl konuşmamız veya boş zamanımızı nasıl harcamamız gerektiğine karar vermek için başka insanlara bağımlı olmaya ihtiyacımız olmadığı gerçeği, aynısının hukuk alanında yaptığımız başka pek çok eylem ve aldığımız pek çok karar için de doğru olması gerektiğini anlamamızı sağlayamamaktadır. Halihazırdaki hukuk görüşümüz yasama işlevine, yani (kim olursa olsunlar) *başka insanların gündelik davranışlarımıza ilişkin iradesine*, attettiğimiz büyük önem bizim halihazırdaki hukuk görüşümüzü kesinlikle etkilemektedir. Aşağıdaki sayfalarda bu husustaki fikirlerimizin başlıca sonuçlarından birini açık hale getirmeye çalışıyorum. Herhangi bir kişinin geleceğini planlayabilmesi ve dolayısıyla kararlarının hukukî sonuçlarının ne olacağını bilebilmesi anlamında hukukî kesinlik idealini yasama yoluyla elde etmekten çok uzağız. Yasalar (legislation) hemen hemen her zaman "yürürlükte" oldukları sürece kesin (precise) ve bilinebilirler ama insanlar bugün yürürlükte olan yasaların yarın yürürlükte olacağından hiçbir zaman emin olamazlar. Yasamaya odaklanan hukuk sistemi hem başka insanların (yasa-koyucuların) eylemlerimize her gün müdahale edebilme imkânını hem de onların müdahale tarzlarını her gün değiştirebilme ihtimalini içinde barındırır. Bunun bir sonucu olarak, insanların sadece ne yapacaklarına özgürce karar vermeleri değil, aynı zamanda gündelik davranışlarının hukukî sonuçlarını öngörmeleri de engellenir.

Bugün bu sonucun hem şişirilmiş yasalar hem de devletin yasama benzeri veya sahte yasama işlemlerindeki ciddî artış yüzünden ortaya çıktığı inkâr edilemez. Birleşik Devletlerde Kongre'nin geleneksel yasama yetkilerinin zayıflamasından ve yürütmenin yasama-benzeri işlemlerinin genişlemesinin bir sonucu olarak İngiliz Parlamentosunun "göçmesi"nden son zamanlarda acı acı yakınan ABD'de James Burnham, İngiltere'de Prof. G. W. Keeton ve ayrıca F. A. Hayek gibi yazarlar ve akademisyenlerle mutabık olmamak mümkün değildir. Bununla beraber, hükümet görevlilerinin sürekli artan gücünün, her zaman, onları yasa-koyucular olarak davranmaya ve bu şekilde neredeyse istedikleri her zaman her tür özel çıkar ve etkinliğe müdahale etmeye yetkilendiren yasal bir düzenlemeye atfedilebileceği gerçeği de gözlerden kaçırmaz. Zamanımızın paradoksal durumu şudur ki, klasik Aristocu teorinin ileri sürdüğü gibi yasalar tarafından yönetilmediğimiz için değil de yasalar tarafından yönetildiğimiz için insanlar tarafından yönetiliyoruz. Bu durumda bu insanlara karşı hukuka başvurmanın pek yararı olmazdı. Mükemmel bir hukuk sistemi altında hareket eden basit bir görevliymiş gibi davranan bir müstebitin iradesini yüceltecek daha zekice bir aracı Machiavelli'nin kendisi bile düşünemezdi.

Bireysel eylem ve karar özgürlüğüne değer veren bir kimse bütün sistemde yanlış olan bir şeyin var olması gerektiği sonucuna varmaktan kaçınmaz. Yasamanın tamamen devre dışı bırakılması gerektiğini iddia etmiyorum. Muhtemelen bu hiçbir zaman hiçbir ülkede asla olmamıştır. Benim iddia ettiğim şey, günümüz toplumunun zaten çok ötesine geçmiş olduğu bir sınıra ulaştığında, yasamanın bireysel inisiyatif ve kararlar fiilen bağdaşmaz olduğudur.

Benim samimî önerim, bireysel özgürlüğe *değer verenlerin bireyin bütün bir hukuk sistemi içindeki yerini yeniden değerlendirmeleridir*. Bu artık ne şu veya bu spesifik özgürlüğü –alım-satım, konuşma, başka insanlarla bir araya gelme vb.– savunmak sorunudur, ne de "kötü" bir yasamanın yerine hangi "iyi" yasama türünün benimsenmesi gerektiğine karar verme sorunudur. Bu, bireysel özgürlüğün, yasama üzerinde odaklanan ve onunla neredeyse tamamen özdeşleşen mevcut sistemle bağdaşabilir olup olmadığına karar verme sorunudur. Bu radikal bir görüş olarak görünebilir, bunu

inkâr etmiyorum. Fakat radikal görüşler çözmeye çalıştıklarından daha fazla problemi saklamaya yarayan bağdaştırıcı teorilerden bazen daha verimlidirler.

Neyse ki, mevcutlardan farklı hukuk sistemleri bulmak için Uganda'ya iltica etmek zorunda değiliz. Gerek Roma gerekse İngiliz tarihi bize meselâ günümüzün enflasyonist yasama savunucularınıninkinden tamamen farklı bir ders öğretmektedir. Bugün herkes temsil ettikleri hukukî bilgelik için en az İngiltere'ye olduğu kadar Roma'ya da yapmacık saygı göstermektedir. Ama bu bilgeliğin neden oluştuğunun, yani insanların gündelik hayatları söz konusu olduğunda bu sistemlerin nasıl yasamadan bağımsız olduğunun ve sonuçta onların hukuk sistemlerinin en gelişkin ve başarılı olduğu çağlarda hem Roma'da hem de İngiltere'de bireysel özgürlüğün alanının ne kadar geniş olduğunun bugün pek az kişi farkındadır. Hatta haklarındaki bu esaslı gerçek büyük ölçüde unutulur veya göz ardı edilirse, Roma veya İngiliz tarihinin halâ neden öğrenildiğini insan merak ediyor.

Hem Romalılar hem de İngilizler hukukun *yapılmaktan çok keşfedilecek* bir şey olduğu ve hiç kimsenin toplumda kendi iradesini ülkenin hukukuyla özdeşleştirecek kadar güçlü bir konumda olmaması gerektiği düşüncesini paylaşıyorlardı. Bu ülkelerde hukuku "keşfetme" görevi, bir ölçüde günümüzdeki bilimsel uzmanlara benzetilebilecek olan, sırasıyla hukuk danışmanlarına ve yargıçlara emanet edilmişti. Bir yanda Roma magistralarının diğerk yanda İngiliz Parlamentosu'nun yurttaşlar üzerinde prensip olarak neredeyse despotik yetkilere sahip olduklarını düşündüğümüz zaman bu gerçek daha çarpıcı görünür.

Yüzyıllar boyunca Kıta Avrupası'nda bile hukuk geleneği yasamaya odaklanmaktan uzak olmuştur. Jüstinyen'in *Corpus Juris*'inin Kıta ülkelerinde benimsenmesi, görevleri ülkenin yöneticilerinin iradesinden büyük ölçüde bağımsız olarak hukukun ne olduğunu yeniden keşfetmek olan hukukçuların özel bir etkinliğiyle sonuçlanmıştır. Böylece Kıta hukuku gayet yerinde olarak "hukukçuların hukuku" (*Juristenrecht*) olarak adlandırılmış ve hiçbir zaman, Fransız Devrimi öncesindeki mutlakiyetçi rejimler altında bile, bu özelliğini yitirmemiştir. Hatta, 19. yüzyılın başında yeni yasama çağı bile, "hukukçuların hukuku"nun çarpıtılmadan kanunlar halinde *yeniden yazılması* suretiyle ifade edilmesi

şeklindeki en mütevazı fikirle başlamıştır. Yasamayla esas olarak geçmiş kararların derlenmesi amaçlanıyordu; onu savunanlar da, hukukçuların münferit hukuk eserlerinden oluşan hayli kaotik duruma kıyasla, onun açık ve anlaşılır, düzgün bir özet olma şeklindeki avantajlarını vurguluyorlardı. Buna paralel olarak, İngiliz Anayasası söz konusu olsaydı İngiliz yargıçlar tarafından önceden peyderpey geliştirilmiş olan ilkelerin yazılı hale getirilmesine benzer bir yolla, öncelikle Kıta'da yazılı anayasalar kabul edildi. On dokuzuncu yüzyılda Kıta ülkelerinde hem bu kanunlar (codes) hem de anayasalar, hukuku bu kanunları ve anayasaları yapan halkın arızî (contingent) iradesiyle kesinlikle özdeş olmayan bir şey olarak ifade etmenin araçları olarak anlaşılıyordu. Burada, Anglo-Sakson ülkelerinde de yasamanın artan öneminin işlevi esas olarak aynıydı ve aynı fikre, yani yüzyıllar boyunca mahkemeler tarafından geliştirildiği şekliyle mevcut hukuku yeniden ifade etme ve özetleme fikrine tekabül ediyordu.

Bugün hem Anglo-Sakson ülkelerinde hem de Kıta'da manzara hemen hemen tamamen değişmiştir. Alelâde yasalar ve hatta anayasa ile kodlar gitgide onları yapan halkın tesadüfi iradesinin doğrudan ifadesi olarak sunulmaktadırlar. Bunun altında yatan fikir ise bu düzenlemelerin işlevinin seküler bir sürecin sonucu olarak hukukun ne olduğunu ifade etmek değil de tamamen yeni bir yaklaşımın ve daha önce emsali bulunmayan kararların sonucu olarak hukukun ne olması *gerektiğidir*.

Sokaktaki insan yasamanın bu yeni anlamına alışırken, gitgide şu görüşe de kendini alıştırmaktadır: Yasama bir "ortak" iradeye, yani bütün vatandaşlarda mevcut olduğu varsayılabilecek bir iradeye değil de belli bir anda yasa-koyucuların çoğunun kendi taraflarına çekecek kadar şanslı olan belli bireyler ve grupların özgül iradesinin ifadesine tekabül etmektedir.

Ne yazık ki, bugün yasama sürecinin şişkinleşmesinin tek önemli dezavantajı bu değildir. Yasama daima bir tür cebirle ve ona tâbi olan bireylerin kaçınılmaz olarak kısıtlanmasıyla ilgilidir. Son zamanlarda bazı bilim insanlarının bireylerin karar-verici bir grubun (yasama meclisi gibi) üyeleri olarak yaptıkları tercihleri insanî etkinliğin diğer alanlarında (örneğin piyasada) yapılan tercihlerle eşdeğer görme yönündeki girişimleri bu iki tür tercih arasındaki farkı gözden kaçırmaktadır.

Doğrudur, gerek piyasadaki bireysel tercihin gerekse bireylerin bir grubun üyeleri olarak yaptıkları tercihlerin başarılı olması başka insanların davranışına bağlıdır. Söz gelişi, satacak kimse yoksa kimse satın alamaz. Bununla beraber, piyasada tercih yapan bireyler muhtemel sonuçlarından hoşlanmadıkları zaman tercihlerini kısmen veya tamamen vazgeçmekte daima özgürdürler. Oysa ister yasama organı, ister seçmenler isterse başka bir şey olsun, bir grubun üyeleri olarak kendi tercihlerini yapmaya çalışan bireylere bu imkân bile tanınmaz. Kazanan tarafın karar verdiği şey bizatihi grup tarafından kararlaştırılmış sayılır ve kaybeden üyeler bir tercihin sonucunu istemediklerinde gruptan ayrılmadıkları sürece onu reddetmekte bile özgür değildirler.

Şişirilmiş yasamanın taraftarları, eğer gruplar karar alacaklarsa ve bu kararların etkin olması gerekiyorsa, bunun kaçınılması imkânsız bir kötülük olduğunu düşünebilirler. Bunun alternatifi grupların gitgide artan sayıda daha küçük hiziplere ve en nihayetinde bir yere bölünmesi olurdu. Bu durumda da gruplar artık birimler olarak çalışamazlar. Bunun için, bireysel özgürlük kaybı grupların birimler olarak çalışmasından elde edilecek sözüm ona yararlar için ödenen bedeldir.

Grup kararlarına genellikle ancak bireyin seçme ve bir tercihi reddetme özgürlüğünün kaybı pahasına ulaşılabileceğini inkâr etmiyorum. Benim işaret etmek istediğim, grup kararlarının yüzeysel bir gözlemciye görüldüğünden çok daha az sık olarak bu maliyete değdiği.

Vaz edilmiş olmayan davranış kurallarının kesin olmadıkları veya yetersiz oldukları yahut yasamanın bunların yarattıkları bir kötülükten kaçınabildiği ve aynı zamanda eski sistemin avantajlarını da koruduğu kanıtlanmadığı sürece, yasamanın bu kuralların kendiliğinden uygulanmasının yerine geçirilmesi savunulamaz. Bu ön değerlendirme çağdaş yasa-koyucuların aklına gelmemiştir. Tersine, onlar yasamanın daima bizatihi iyi olduğunu ve burada ispat külfetinin aksi görüşte olanlara düştüğünü düşünür gibidirler. Benim mütevazı önerim, yasa-koyucuların bir yasanın (hatta kötü bir yasanın) hiç yasa olmamasından daha iyi olduğu yolundaki örtülü düşüncelerini bundan çok daha fazla kanıtlama desteklemeleridir.

Öte yandan, tam da yasama sürecinin ne kadar kısıtlama ima ettiğini tam olarak anlarsak, ancak o zaman bireysel özgürlüğü koruyarak yasama sürecine geçmekte ne kadar ileri gitmemiz gerektiğine karar verebilecek konumunda oluruz.

Şu şüphe götürmez görünüyor: Bu temelde, *kendilerine sahada kaybedenler olarak muamele etmek için, azınlıklara boyun eğdirmenin bir aracı olarak kullanıldığı her durumda yasamaya başvurmayı reddetmeliyiz.*

Şu da aynı şekilde tartışma kabul etmez görünüyor: *Bireylerin bir grup kararına dayanmadan ve kısıtlama olmasa asla yapmayacak oldukları şeyi yapmaları için başka insanları fiilen kısıtlamadan amaçlarına ulaşmalarının mümkün olduğu her durumda yasama sürecini reddetmeliyiz.*

Ve nihayet şu da apaçık görünüyor: *Davranışımızın kurallarının belirlenmesini amaçlayan başka tür bir sürece kıyasla yasama sürecinin tavsiyeye değer olduğu konusunda şüphe olduğu her durumda, yasama sürecinin benimsenmesi çok titiz bir değerlendirmenin sonucu olmalıdır.*

Mevcut yasamayı burada önerdiğim teste tâbi tutarsak, onun buna ne kadar dayanabileceğini merak ediyorum. Böyle bir testin nasıl gerçekleştirilebileceğini belirlemek tamamen farklı bir sorundur. Bunun kolayca yapılabileceğini iddia etmiyorum. Çağdaş toplumdaki yasama sürecinin şişkinliğini savunmaktan yana çok fazla yerleşik çıkar ve çok fazla önyargı vardır. Bununla beraber, eğer yanılmıyorsam, er veya geç herkes sürekli huzursuzluk ve genel baskıdan başka bir şey vaat etmeyen bir durumun ortaya çıkması problemiyle karşılaşacaktır.

Çağdaş toplumda daha önce İncil'de ondan önce de Konfüçyen felsefede belirtilmiş olan çok eski bir ilke ihlâl edilmiş görünüyor: "Başkalarına onların sana yapmasını istemeyeceğin şeyi yapma!" Modern özgürlük felsefesinde bunun kadar çarpıcı ve özlü başka hiçbir ifade bilmiyorum. Bugün iktisatta ve siyaset biliminde insanların çok hoşlandıkları anlaşılmasa matematik semboller giydirilmiş sofistike formüllere kıyasla bu sönük görünebilir. Yine de, bu Konfüçyen ilke günümüzde bireysel özgürlüğün restorasyonu ve korunması için halâ uygulanabilir görünmektedir.

İnsanların, başkalarının onlara neyi yapmalarını istemeyeceklerini tespit etmek elbette kolay değildir. Yine de bu, insanların kendi

başlarına veya başkalarıyla iş birliği halinde neyi yapmayı isteyecek oldukların belirlemekten nispeten daha kolaydır. Ortak iradenin toplumun her bir üyesinde ortak olan irade olarak anlaşılması halinde, onun içeriği "pozitif" olarak değil de, Konfüçyen ilkedeki zaten ifadesini bulduğu üzere, "negatif" olarak çok daha kolay belirlenebilir. Herhangi bir grubun üyelerinin, başka insanların onlar üzerindeki doğrudan eyleminin bir sonucu olan nelere katlanmak *istemediklerini* belirlemek amacıyla yapılan bir araştırmanın, onların başka konulardaki isteklerine ilişkin bir araştırmadan daha açık-seçik ve daha kesin sonuçlar vereceği gerçeğiyle hiç kimse yarışamaz. Aslında, John Stuart Mill'in önerdiği "kendini-koruma" kuralı ancak Konfüçyen ilkeye indirgenmesi durumunda fiilen uygulanabilir hale gelir, çünkü en sonunda o toplumun her bir üyesinin yargısını dikkate almadan, muayyen bir toplumdaki belli bir bireye neyin zararlı neyin zararsız olduğuna hiç kimse fiilî olarak karar veremez. Neyin zararlı olduğunu belirlemek onların hepsine ait bir iştir, bu da aslında onların herhangi birinin başkalarından kendisine yapmalarını istemeyecek olduğu şeydir.

Şimdi tecrübe gösteriyor ki, bir anlamda, "yapılmaması gereken" şeyler söz konusu olduğunda, herhangi bir grup içinde azınlık diye bir şey yoktur. Başkalarına bu şeyleri yapmaları muhtemel olan insanlar bile başkalarının bu aynı şeyleri kendilerine yapmasını istemediklerini kabul ederler.

Bu basit hakikate işaret etmek bir grup veya bir toplumla başka biri arasında bu hususta hiçbir fark olmadığını söylemekle aynı şey değildir; herhangi bir grup veya toplumun tarihi boyunca daima aynı duygu ve kanaatleri koruduğunu söylemekten ise daha da farklıdır. Fakat herhangi bir toplumda *yapılmaması* gereken eylemlere ilişkin duygu ve görüşlerin çok başka türden duygu ve düşüncelerden daha homojen ve kolaylıkla belirlenebilir olduğunu kabul etmekten ne tarihsicilik (historicism) ne de görecelilik bizi alıkoyabilirdi. İnsanları başka insanların kendilerine yapmasını istemedikleri şeylerden koruyan yasalar muhtemelen daha kolayca belirlenebilir ve aynı bireylerin diğer "pozitif" isteklerine dayanan bir yasamadan genel olarak daha başarılı olur. Aslında, bu istekler hem genellikle "negatif" olanlar kadar homojen ve birbirleriyle bağdaşabilir değildirler, hem de belirlenmeleri genellikle çok zordur.

Şüphesiz, bazı teorisyenlerin vurguladıkları gibi, "yasama değişikliklerini üreten devlet mekanizması ile bu değişikliklerin içinde etkin olacağı toplumun sosyal kanaati arasında her zaman bir karşılıklı ilişki vardır."<sup>3</sup> Tek sıkıntı, bu karşılıklı ilişkinin "toplumun sosyal kanaati"nin (bu her ne anlama geliyorsa) açığa çıkması bakımından pek az, hatta ilgili kişilerin gerçek kanaatlerinin ifadesi bakımından daha da az anlamlı olabileceğidir. Birçok durumda ne "sosyal kanaat" diye bir şey vardır, ne de çok kere hasbelkader yasa yapma konumunda bulunan grup ve bireylerin özel kanaatlerine başka grup ve bireyler pahasına "sosyal kanaat" payesi vermek için ikna edici bir neden.

İlgili insanların kanaatini başka araçların "keşfetmek"te başarısız olduğu durumlarda yasamanın "gerekli" olduğunu söylemek sadece problem çözümünden kaçmanın başka bir yolu olurdu. Eğer diğer araçlar başarısız olursa, [bundan] yasamanın öyle olmayacağı sonucunu çıkarmak için hiçbir neden yoktur. Ya ilgili meselede bir "sosyal kanaat" in var olmadığını ya da var olsa bile onun keşfedilmesinin çok zor olduğunu kabul ederiz. İlk durumda, yasamaya girişmek bunun bir "sosyal kanaat" in yokluğunun iyi bir alternatifi olduğunu ima eder. İkinci durumda ise, yasamaya girişmek yasa-koyucuların aksi halde keşfedilemez olan "sosyal kanaat" i nasıl keşfedeceklerini bildikleri anlamına gelir. Her iki durumda bu varsayımlardan biri veya diğerinin yasamaya girişmeden önce titiz bir şekilde kanıtlanması gerekir ama hiç kimsenin, yasa-koyuculardan hiç kimsenin buna girişmediği çok açıktır. Alternatifin (yani, yasamanın) uygunluk veya hatta gerekliliği, bunu daha iyi bilmesi gereken teorisyenler tarafından bile peşinen doğru kabul edilmiş görünüyor. Onlar, "(bir zamanlar aşağı yukarı teknik hukukçuların hukuku olarak görülen şeyin bugün âcil ekonomik ve sosyal politikalar meselesi" yani, yani yasal düzenlemeler meselesi, "olarak görülebileceği" ni söylemekten hoşlanırlar.<sup>4</sup> Ne var ki, yasa yapma yoluyla tatminkâr bir sonuca ulaşmanın mümkün olduğu peşinen doğru kabul edilirken, gerek neyin "âcil" olduğunu belirlemenin yolu, gerekse onun bu konudaki "sosyal kanaat" e atıfla âciliyetine karar vermenin ölçütleri ka-

3 W. Friedmann, *Law in a Changing Society* (London: Stevens & Sons, 1959), s. 7.

4 *Ibid.*, s. 30.



ranlıkta kalmaktadır. Bu sadece bir yasa yapma sorunuymuş gibi görünmektedir, hepsi bu.

Günümüzde şişirilmiş yasamayı savunanlar hiçbir toplumun başka toplumlarla tamamen aynı kanaatlere dayanamayacağı ve ayrıca, aynı toplum içinde pek çok kanaat ve duygunun kolayca belirlenemeyeceği şeklindeki makul varsayımdan hareket ederek, *bundan dolayı*, bir toplumda gerçek insanların neye karar verdikleri veya vermedikleri tamamen göz ardı edilerek, herhangi bir anda bir avuç yasa-koyucunun onlar adına karar verdikleri şeyin onların kararının yerine geçirilmesi gerektiği sonucuna varmışlardır.

Bu şekilde, yasama var olmadığı yerde homojenliği ve var olmadıkları yerde kuralları ortaya çıkarmayı garanti etmenin bir aracı olarak anlaşılmaktadır. Böylece yasama "rasyonel" olarak -veya Weber olsaydı söyleyeceği gibi, "toplumsal eylemin her alanına nüfuz eden... bir rasyonalizasyon sürecinin karakteristik unsurlarından biri" olarak ortaya çıkmaktadır. Fakat Weber'in kendisinin de vurgulamayı önemseydiği gibi, yasamanın genişlemesi ve onu destekleyen cebir tehdidi yoluyla ancak sınırlı bir ölçüde başarı elde edilebilir. Bunun tek nedeni, yine Weber'in işaret ettiği üzere, "en katı cebir ve cezalandırma araçlarının başarısızlığa mahkûm olduğu" ve "iktisadî davranış üzerindeki hukuk gücünün, önceki şartlarla karşılaştırıldığında, güçlenmek yerine birçok bakımdan daha da zayıflamış" olduğu gerçeği değildir. Bugün yasama tam da hem kuralların etkinliği hem de belli bir toplumda önceden baskın olan duygu ve kanaatlerin homojenliği üzerinde menfî bir etkiye sahip olabilir ve birçok durumda fiilen böyle etkisi de olmuştur. Çünkü yasama, bilinçli olarak olsun olmasın, yerleşik kuralları tahrip etmek ve mevcut teamül ve anlaşmaları geçersizleştirmek suretiyle homojenliği bozabilir. Hatta daha da yıkıcı olan, tam da birbirini izleyen yasalar aracılığıyla anlaşmalar ve teamülleri geçersiz kılma imkânının uzun vadede insanların mevcut teamüllere güvenmemelerine veya kabul edilmiş anlaşmalara uymamalarına neden olması eğilimidir. Öte yandan, şişkin yasama yoluyla getirilen kuralların sürekli değişmesi, yasamanın, süreç içinde tahrip edilen âdetler, teamüller, mutabakatlar gibi yasama-dışı kuralların yerini yavaş yavaş ve başarılı bir şekilde almasını önler.

Devlet normlarının alanının sınırlı olması düşüncesinin sadece "günümüzün gitgide sanayileşen karmaşık toplumunda artık geçerliliğini ve anlamını yitirdiği"<sup>5</sup> söylenerek bu gerçek görmezlikten gelinemez.

Von Savigny'nin kanunlaştırmaya ve genel olarak yazılı yasalara doğru gidişe geçen [19.] yüzyılın başında yönelttiği itirazın tarihin bulutları arasında kaybolduğu söylenebilir. 20. yüzyılın başında benzer bir kaderin, Eugen Ehrlich'in halkın "temsilcileri"nin yaptıkları yasalara karşı "halkın yaşayan hukuk"una güveninin de başına geldiği de gözlenebilir. Bununla beraber, bugün Savigny'nin ve Ehrlich'in yasamaya yönelik eleştirileri çürütülmeden durdukları gibi, onların kendi zamanlarında ortaya attıkları ciddi problemler, bugün ortadan kalkmış olmak şöyle dursun, gitgide bunların çözülmesi, hatta görmezden gelinmesi zorlaşmaktadır.

Bunun nedenleri arasında, elbette, günümüzde "temsili" demokrasinin erdemlerine olan bildik inanç da vardır. Oysa, bugün temsili demokrasinin bir "aldatmaca" olduğunu söyleyen Schumpeter kadar ileri gitmeyen politika uzmanlarına göre bile "temsil" çok kuşkulu bir süreçtir. Temsile inanç, bir kişinin yasama sürecinde "temsil etme"ye çalıştığı insanların ve meselelerin sayısı arttıkça, "temsil" kelimesinin onların "temsilcileri" olarak adlandırılan kişilerin değil de gerçek insanların gerçek iradesine atıfta bulunma ihtimalinin azaldığının kabul edilmesini engellemektedir.

Direktörler, piyasa fiyatlarını sürekli olarak gösteren bir piyasa olmadan arz veya talebin ne olduğunu bilemeyecekleri için, bir direktörler komitesi tarafından güdülen ve piyasa fiyatlarını bastıran merkezî bir ekonominin işlemeyeceğinin –1920'li yıllarda Max Weber, B. Brutzkus ve daha tam olarak Prof. Ludwig von Mises tarafından– gösterilmesine, şimdiye kadar Oskar Lange, Fred M. Taylor, H. D. Dickinson ve bu problemin sahte-rekabetçi çözümün diğer taraftarlarınca kabul edilebilir bir kanıtla karşı çıkıl(a)mamıştır. Aslında, bunun [merkezî bir ekonominin işlemeyeceğinin] gösterilmesi, çağımızda iktisatçıların bireysel özgürlük davasına yaptıkları en önemli ve kalıcı katkı sayılabilir. *Bununla beraber, onun sonuçları, bütün ilgili insanların daimî iş birliği olmadan,*

5 İbid., s. 4.

*her bir kişinin başka herkesle sahip olduğu sonsuz ilişkiler ağı içinde herkesin gerçek davranışını yöneten kuralları hiçbir yasa-koyucunun kendi başına tesis edemeyeceğine ilişkin daha genel kavrayışın özel bir örneği olarak görülebilir. Hiçbir kamuoyu yoklaması, hiçbir referandum, hiçbir konsültasyon yasa-koyucuları bu kuralları gerçekten belirleme konumuna koyamaz; tıpkı benzer bir usulün, planlı bir ekonominin direktörlerini bütün mal ve hizmetlerin toplam talep ve arz (miktar)ını keşfedecek bir konuma koyamaması gibi. İnsanların gerçek davranışı kendini sürekli olarak değişen şartlara uyarlamaktadır. Ayrıca, istek ve arzuların sözlü ifadesinin piyasadaki "fiili" taleple karıştırılmaması gerektiği gibi, gerçek davranışla kamuoyu yoklamaları ve benzerlerinde açıklanan görüşler birbiriyle karıştırılmamalıdır.*

Bunun kaçınılmaz sonucu şudur: "Temsil" kelimesine onun orijinal, makul anlamını iade etmek için ya "temsil edilen" kişilerin sayısında, ya temsil edildiği varsayılan meselelerin sayısında ya da her ikisinde kesin bir azaltmaya gidilmesi gerekmektedir.

Ne var ki, en azından seçmenler olarak kendi iradelerini açıklamaya hakları olduğunu varsaymamız halinde, temsil edilenlerin sayısındaki bir azaltmanın bireysel özgürlükle bağdaşabilir olduğunu kabul etmek zordur. Öte yandan, insanların temsil edilecekleri meselelerin sayısında bir azaltma ise, kesinlikle, insanların temsil edilmeksizin sırf bireyler olarak hakkında özgürce karar alabilecekleri meselelerin sayısındaki bir artışla sonuçlanır. *Bunun için, bu sonraki azaltma halihazırda bireysel özgürlük için geriye kalan tek yol olarak görünmektedir.* Temsil sürecinden ya temsilciler olarak ya da temsil edilen grubun üyeleri olarak yararlanmaya alışmış olanların böyle bir azaltmadan kaybedecekleri şeyler olduğunu inkâr etmiyorum. Ancak, onların aynı zamanda kısıtsız bir yasama sürecinin hedeflenen "mağdurlar"ı olacak oldukları bütün meselelerde bundan çok kazançları da olacağı açıktır. Sonuç olarak, Hobbes'a göre "herkesin herkese karşı savaş" halinde olduğu acıklı safhadan kurtularak birbirlerinin hayat ve mülklerine müdahaleden yasaklanmalarının bütün insanların lehine olması gibi, bu da bireysel özgürlük davasının lehine olmalıdır.

Aslında, bugün bizim genellikle karşı karşıya olduğumuz şey, yasama ve temsil yoluyla gerçekleşen, *herkesin herkese karşı* potansiyel bir *hukukî savaşından* daha hafif değildir. Bunun alternatifi

ancak böyle bir hukukî savaşın artık gerçekleşemeyeceği veya en azından şimdi olma riski taşıdığı kadar yaygın ve tehlikeli olmayacağı bir durum olabilir.

Şüphesiz, yasamanın bugün kapladığı alanın sadece daraltılması, toplumumuzun bireysel özgürlüğü koruyacak şekilde hukukî organizasyonu problemini, yasamanın bugün bu problemi özgürlüğü adım adım bastırmak suretiyle çözdüğünden daha fazla çözemeydi.

İnsanların belli bir zamandaki kanaatlerindeki ve bu kanaatlerin maddî zeminindeki muhtemel değişmelerle de ilgili olan özgül hukuk problemlerinin uygun çözümlerine ilişkin âdetler, zımnî kurallar, teamüller ve genel ölçütler... bütün bunlar henüz keşfedilmiş değildir. Pekalâ denebilir ki, bu kesinlikle zor, zaman zaman acılı ve çok uzun bir süreçtir. Her zaman öyleydi. Atalarımızın tecrübesine göre, sadece Anglo-Sakson ülkelerinde değil Batı'nın her yerinde bu zorluğun üstesinden gelmenin olağan yolu, daha önce işaret ettiğimiz gibi, süreci hukukçular ve hâkimler gibi eğitilmiş kişilere emanet etmektir. Tam da bu insanların etkinliğinin mahiyetinin ve hukukî çözümleri bulma konusundaki kişisel inisiyatiflerinin genişliğinin ne olacağı hâlâ açık sorunlardır. Hukukçular ve yargıçların da insan oldukları ve kaynaklarının sınırlı olduğu inkâr edilemez. Davanın belirsiz ve derin inançlarla ilgili olduğu durumlarda hukukçuların kendi kişisel iradelerini bir bilim insanının tarafsız davranışı yerine geçirme yoluna sapabilecekleri de inkâr edilemez. Bundan başka, çağdaş toplumda halkın iradesinin doğru yorumu söz konusu olduğunda, bu saygın kişilerin etkinliği yasa-koyucularınki gibi gerçek müeyyideden yoksun görünmektedir.

Bununla beraber, geçmişte benzer toplumlardaki diğer saygın kişiler kadar Batı ülkelerindeki hukukçular ve hâkimlerin de konumu, en azından şu üç önemli hususta yasa-koyucularınkinden tamamen farklıdır. İlk olarak, hâkimler, hukukçular veya benzer konumdaki başkaları ancak ilgili kişiler tarafından kendilerinden böyle yapmaları istendiği zaman devreye girmek durumundadırlar ve onlar en azından medenî hukuk davalarında ancak bizatihi tarafların sürekli iş birliğiyle ve belli sınırlar dahilinde karar üretebilirler. İkinci olarak, hâkimlerin kararı esas olarak uyuşmazlığın tarafları için etkilidir; üçüncü kişiler için istisnâ olarak

ve ilgili taraflarla hiçbir bağlantısı olmayan diğer kişiler için ise pratikte hiçbir zaman etkili değildir. Üçüncü olarak, hâkimler ve hukukçular bu kararları nadiren başka hâkimler ve hukukçuların benzer davalardaki kararlarına atıf yapmadan alırlar ve bundan dolayı hem geçmiş hem de bugünkü bütün ilgili tarafların dolaylı iş birliği içinde olmak durumundadırlar. Bütün bunlar bu kararların müelliflerinin, bu yurttaşların kendilerinin belli bir davada karar talep etmek suretiyle onlara vermeye hazır olduklarının ötesinde, diğer yurttaşlar üzerinde gerçek bir güce sahip olmadıkları anlamına gelir.

Bu ayrıca, bu gücün her kararda başka hâkimlerin benzer davalarda verdikleri kararlara atıf yapma zorunluluğuyla daha da sınırlanmış olduğu anlamına da gelir.<sup>6</sup> Bunun son bir anlamı da şudur: Bütün bu süreç, bir dizi belli örnekte insanların iradesinin ne olduğunu keşfetmek için hâkimler arasındaki bir tür kapsamlı, sürekli ve esas olarak kendiliğinden bir iş birliği –birçok bakımdan bir serbest piyasanın bütün katılanları arasında gerçekleşene benzer bir iş birliği– olarak tanımlanabilir.

Hâkimler ve hukukçuların konumunu günümüz toplumundaki yasa-koyucuların konumuyla karşılaştırsak, bu ikincilerin yurttaşlar üzerinde nasıl çok daha fazla güce sahip olduklarını ve onların halkın iradesini "yorumlama" girişimlerinin titiz, tarafsız ve güvenilir olmaktan ne kadar uzak olduğunu kolayca anlayabiliriz.

*Bu bakımlardan, yasama üstünde odaklaşan bir hukuk sistemi, daha önce işaret ettiğimiz gibi, bütün ilgili kararların, genel durum hakkındaki bilgileri ve insanların isteklerine –eğer varsa– saygıları kaçınılmaz olarak sınırlı olan bir avuç direktör tarafından alındığı merkezî bir ekonomiye benzer.*

Gerek yasa-koyucuların gerekse merkezî bir ekonominin direktörlerinin, insanların gerçek işlemleri, anlaşmaları, tutumları, duyguları ve kanaatleri söz konusu olduğunda etraflarında olup bitenlerin yüzde 99'u hakkında bilgisiz olan sizin benim gibi bireylerden ibaret oldukları yalın gerçeğini hiçbir şatafatlı unvan, hiçbir şaşaalı tören ve hiçbir coşkulu kitlesel tezahürat saklayamaz. Bizim çağımızın paradokslarından biri şudur ki, bilim ve

6 Bu son konuda yüksek mahkemelerin özel konumu yukarıda altı çizilen genel ilkenin sadece kısmî bir istisnasıdır (qualification) ki buna daha sonra tekrar döneceğiz.

teknolojinin soğukkanlılık ve sâkin akıl-yürütmeye bağlı olarak ilerlemesinin önündeki geleneksel dinî inanç sürekli gerilerken, bununla eşzamanlı olarak *aynı tutumdan ve akıl yürütmeden hukukî ve siyasî meselelerde en az bunun kadar sürekli uzaklaşmaktadır*. Çağımızın mitolojisi dinî değil siyasîdir ve öyle görünüyor ki onun baş mitleri de bir yandan halkın "temsil edildiği", öbür yandan karizma taslayan siyasî liderlerin hakikate sahip oldukları ve ona göre hareket ettikleridir.

Başka bir paradoks da günümüz de serbest piyasayı destekleyen iktisatçıların bile bir serbest piyasanın yasamada odaklanan bir hukuk sisteminde gerçekten yaşayıp yaşayamayacağı üstünde düşünmeyi önemsiyor görünmemeleridir. İktisatçıların nadiren hukukçu oldukları gerçeği –ki bunun tersi de doğrudur– bir yandan ekonomik sistemlerinin öbür yandan hukuk sistemlerinin niçin genellikle ayrı ayrı analiz edildiklerini ve birbiriyle nadiren ilişkilendirildiklerini muhtemelen açıklar. Piyasa ekonomisi ile yasama değil de hâkimler ve/veya hukukçular üzerinde odaklanan bir hukuk sistemi arasındaki kesin ilişkinin olması gerekenden çok daha az açık kavranmasının nedeni muhtemelen budur; oysa planlı bir ekonomi ile yasama arasındaki aynı derecede kesin ilişki akademisyenler ve genel olarak insanlar tarafından görmezlikten gelinemeyecek kadar açıktır.

Eğer yanılmıyorsam, *tıpkı planlı ekonomi ile yasama arasında bir benzerlikten çok daha fazlasının var olması gibi, piyasa ekonomisi ile içtihadî hukuk veya "hukukçuların hukuku" arasında da benzerlikten daha fazlası vardır*. Piyasa ekonomisinin Roma'da hukukçuların hukuku, Anglo-Sakson ülkelerinde ise içtihadî hukuk altında çok başarılı olduğu düşünülürse, bunun sırf bir tesadüf olmadığı akla yatkın görünmektedir.

Bütün bunlar, şüphesiz, gerek insanların ortaklaşa paylaştıkları duygu ve kanaatlere göre "ne yapılması gerektiği"ni belirlemenin söz konusu olduğu durumlarda, gerekse bu kuralların muhtevasının ne olması gerektiği hakkında henüz kanaat sahibi olunmadığı zaman bile belirli davranış kurallarının varlığının genellikle yararlı olduğu durumlarda yasamanın yararlı olmadığı anlamına gelmez. İnsanların bazen hiç olmamasındansa herhangi bir kurala sahip olmayı tercih ettikleri iyi bilinen bir husustur. Böyle durumlar gerçekten de olabilir. İnsanların niçin bazen daha uygun olanını

bulmadan önce –Karl Hindebrand’ın arkaik Roma hukuk kuralları hakkında, Eugen Ehrlich’in Ortaçağlardaki Jüstinyen’in *Corpus Civilis*’i hakkında dedikleri gibi– daha katı, zamanı geçmiş veya bir şekilde tatminkâr olmayan bir kuralı kabul etmeye eğilimli görünmelerinin nedeni, muhtemelen, kesin bir kurala olan ihtiyaçtır.

Bununla beraber, zamanımızın problemi bunun tam da tersi gibi görünüyor: "kurallara susamışlık" yüzünden uygun olmayan kurallarla yetinmek değil, –tabir câizse– hazmedilemeyecek derecede bol ve fazla miktarda olmaları yüzünden zararlı veya en azından yararsız olan kurallardan kurtulmak problemi.

Öte yandan, hukukçular veya hâkimlerin bir dava hakkında karar vermeye yetkili oldukları her durumda, içtihadî hukukun veya hukukçuların hukukunun, istenmedik olanlarıyla birlikte, yasamanın özelliklerini kazanabileceği de inkâr edilemez. Roma hukukunun klasik dönemi sonrasında, imparatorlar belirli şartlar altında hukuk danışmanlarına sonunda bağlayıcı hale gelmiş olan hukukî mütalâalar (*jus respondendi*) verme yetkisi tanıdığı zaman böyle bir şey olmuş gibidir. Günümüzde de "yüksek mahkemeler" in bulunduğu belli ülkelerdeki yargı mekanizması, bu mahkemelerin üyelerinin –veya onların çoğunluğunun– görüşü ile diğer mahkemelerin görüşleri arasında önemli bir anlaşmazlığın ortaya çıktığı her durumda, yüksek mahkeme üyelerinin kişisel görüşlerinin bütün diğer ilgililere dayatılmasıyla sonuçlanmaktadır. Fakat, bu kitabın Sekizinci Bölümünde ["Bazı Zorlukların Analizi"] vurgulamaya çalıştığım gibi, bu ihtimal hukukçuların hukukunun veya içtihadî hukukun doğasında zorunlu olarak var olmak şöyle dursun, daha ziyade ondan bir sapmadır. En üst aşamasına vardığında bu aslında hukukçuların hukuku veya içtihadî hukukun yanıltıcı etiketi altında yasama sürecine uygunsuz bir geçiştir. Ancak bu sapmadan kaçınılabilir ve bundan dolayı da halkın iradesinin ne olduğunun belirlenmesine ilişkin yargısal işlevin tatminkâr bir şekilde yerine getirilmesinin önündeki üstesinden gelinemez bir engel değildir. Hepsi bir yana, yargısal işlevin kullanılmasına ayrılan alanda, yani onun en üst safhasında, denetler ve dengeler pekâlâ uygulanabilir; tıpkı [bu mekanizmanın] siyasî toplumumuzun muhtelif işlevleri ve yetkileri arasında uygulandığı gibi.

Son bir nokta olarak, burada üzerinde durduğum esas olarak *genel* ilkelerdir, yoksa belirli problemlere belirli çözümler önermek değil. Bununla beraber, şuna kaniyim ki, bu gibi çözümler benim önerdiğim genel ilkelere uygun olarak diğerlerinin uygulanmasıyla olduğundan çok daha kolayca bulunabilir.

Öte yandan, hiçbir soyut ilke kendi başına etkili olarak işlemez; insanların onu işler kılmak için daima bir şey yapmaları gerekir. Bu, en az diğer ilkeler kadar, benim bu kitapta geliştirdiğim ilkeler için de geçerlidir. Ben dünyayı değiştirmeye değil, fakat sadece, şişkin yasama savunucularının yaptıkları gibi, şeylerin değiş(tirile)mez nitelikte ve çağdaş toplumdaki ihtiyaçlarımıza –en iyisi değilse de– kaçınılmaz cevaplar oldukları sonucuna varmadan önce, dikkatle ve hakkıyla düşünülmesi gereken bazı mütevazı fikirler ortaya koymaya çalışıyorum.



## HANGİ ÖZGÜRLÜK?

ABRAHAM LINCOLN 1864 YILINDA *BALTIMOR*'DAKİ BİR KONUŞMASINDA hem "özgürlük"ü tanımlamanın zorluğunu, hem de Kuzey'le Güney arasındaki İç Savaş'ın bir bakıma bu kelimeyle ilgili bir yanlış anlamaya dayandığı gerçeğini kabul etmişti. "Dünya", diyordu, "hiçbir zaman 'özgürlük' kelimesinin iyi bir tanımına sahip olmamıştır.... Aynı kelimeyi kullansak da aynı şeyi kast etmiyoruz."<sup>7</sup>

Aslında, "özgürlük"ü tanımlamak veya onu tanımladığımızda ne yaptığımızın tamamen farkında olmak kolay değildir. "Özgürlük"ü tanımlamak istediğimizde, önce bunu ne amaçla yaptığımıza karar vermeliyiz. "Gerçekçi" bir yaklaşım ilk problemi ortadan kaldırır: "özgürlük" tek kelimeyle "orada" olan bir şeydir, tek sorun nu tasvir etmek için uygun kelimeleri bulmaktır.

Özgürlüğün "gerçekçi" bir tanımının bir örneğini Özgürlüğün Tarihi adlı kitabının başında Lord Acton vermiştir: "Özgürlükle otorite ve çoğunlukların, gelenek ve kanaatin baskısına karşı, her insanın ödevi olduğuna inandığı şeyi yaparken korunması gerektiğine ilişkin garantiyi kast ediyorum." Oysa birçok eleştirci özgürlüğün, söz gelişi kendi *hakkı* veya *hazzı* değil de, ödevi olduğuna inandığı şeyi yaparken herkesin korunması gerektiğine ilişkin bir garantiden ibaret olarak görmek için hiçbir neden olmadığını söyleyecektir. Bu korumanın azınlıklara ve münferit kişilere karşı değil de sadece çoğunluklara ve otoriteye karşı garanti edilmesi gerektiğini söylemek için de hiçbir neden yoktur.

Aslına bakılırsa, Lord Acton 1877'de Bridgenorth'da özgürlüğün tarihi hakkındaki ünlü derslerini verdiği zaman, İngiliz otoritelerinin ve İngiliz çoğunluğunun dinî azınlıklara gösterdiği saygı

<sup>7</sup> Aktaran Maurice Cranston, *Freedom* (London: Longmans, Green & Co., 1953), s. 13.

hâlâ Birleşik Krallık'ta Victoria çağı siyasî hayatının büyük meselelerinden biriydi. 1661 tarihli Corporation Act ile 1673 tarihli Test Act gibi ayrımcı yasaların kaldırılmasıyla ve Protestan Muhalifler ile Katoliklerin 1879 yılında Oxford ve Cambridge üniversitelerine kabul edilmesiyle, "Bağımsız Kiliseler" (Free Churches) iki yüz yıldır devam eden bir mücadeleyi yeni kazanmışlardı. Daha önce bu üniversiteler sadece İngiltere Reform Kilisesi'ne mensup öğrencilere açıktı. Lord Acton'ın kendisi, bilindiği gibi, bir Katolikti ve bu nedenle Cambridge Üniversitesine girmesi kendi iradesine karşı engellenmişti. Onun aklındaki "özgürlük" Franklin Delano Roosevelt'in ünlü sloganındaki "din özgürlüğü" denen özgürlüktü.<sup>8</sup> Bir Katolik olarak Lord Acton İngiltere'de Anglikan çoğunlukların düşmanlığına ve Corporation Act gibi hukukî otoriteye sahip yasalara karşı dinî azınlıklara saygının hâkim olmaya başladığı bir zamanda dinî bir azınlığa mensuptu. Bunun için, onun "özgürlük"ten kast ettiği dinî özgürlüktü. Pek muhtemeldir ki, bu, Birleşik Krallık'taki Bağımsız Kiliselere mensup olanların ve Viktorya çağındaki pek çok başka insanın da "özgürlük"ten anladıkları şeydi. Fakat Lord Acton'ın derslerinde yaptığı şey "özgürlük"e ilişkin kendi fikrini kısaca özgürlük olarak sunmaktı.

Bu gayet sık olur, siyasî fikirler tarihi bu gibi tanım örnekleriyle doludur. "Özgürlük"ü tanımlama problemine daha dikkatli bir yaklaşım, bir ön araştırmayı gerektirir. "Özgürlük" öncelikle bir kelimedir. Fakat, felsefede kendilerinden-menkul bir devrim yapmış olan çağdaş analitik okulun muhtelif temsilcilerinin ileri sürebilecekleri gibi, onun *sadece* bir kelime olduğunu söyleyecek kadar ileri gitmeyeceğim. Bir şeyin sırf bir kelime olduğunu ileri sürerek başlayıp onun kelimedenden başka hiçbir şey olmadığı sonucuna varanlar bana pire için yorganı yakmamak gerektiğini hatırlatırlar.

"Özgürlük"ün tam da öncelikle bir kelime olduğu gerçeği sanırım dille ilgili bazı ön hatırlatmaları gerektirmektedir.

Linguistik analize özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra belirli çevrelerde artan bir önem verilmektedir ama bu henüz çok yaygın değildir. Pek çok kişi ondan hoşlanmaz veya onu dert edinmez. Felsefî veya filolojik meselelerle özel olarak ilgilenme-

8 Çevirenin notu: Amerika başkanı Roosevelt'in 6 Ocak 1941'de yaptığı "Birliğin Durumu" konuşmasında dile getirdiği "Dört Temel Özgürlük" arasında "herkesin Tanrı'ya kendi tarzında ibadet etmesi" anlamında din özgürlüğü de yer alıyordu.

yen tahsilli kişiler onun yararsız bir iş olduğunu düşünme eğilimindedirler. Çağdaş analitik felsefe okulu da [bu konuda] pek teşvik edici sayılmaz. Dikkatlerini linguistik problemlere yoğunlaştırmış ve bunu araştırmalarının merkezine yerleştirmiş olan analitik filozoflar siyaset sözlüğüne ait kelimelerin anlamlarını analiz etmekten ziyade tamamen tahrip etmeye daha eğilimli görünüyorlar. Fakat ben bu semantik karışıklık çağında bunun özellikle gerekli olduğunu ileri süreceğim.

Genellikle "maddî" olarak adlandırılan bir şeyi tanımlamaya veya sadece adlandırmaya çalıştığımız zaman dinleyicilerimiz tarafından gayet kolay anlaşılırız. Kelimelerimizin anlamıyla ilgili olarak belirsizlik ortaya çıktığında, yanlış anlamayı ortadan kaldırmak için tanımlamaya veya adlandırmaya çalıştığımız şeye/nesneye sadece işaret etmek yeterli olurdu. Böylece, birisi bizim tarafımızdan diğeri dinleyiciler tarafından kullanılan ve aynı şeye işaret eden iki farklı kelimenin eş değer olduğu anlaşılırdı. Dinleyicimizle ister aynı dili (sinonimler örneğinde yaptığımız gibi) isterse farklı dilleri (tercüme durumunda yaptığımız gibi) konuşalım, bir kelimeyi diğeri yerine ikame edebilirdik.

Maddî şeylere işaret etmeye ilişkin bu yöntem farklı dilleri konuşan insanlar veya aynı dili konuşan ve –çocuklar gibi– konuşacak olan insanlar arasındaki bütün iletişimin temelidir. Avrupa'nın ilk kâşiflerinin dünyanın başka yerlerinde yaşayanlar tarafından anlaşılabilmelerini mümkün kılmış olan buydu ve günümüzde de binlerce Amerikan turistin söz gelişi bir kelime İtalyanca bilmeden İtalya'da tatillerini geçirmelerini mümkün kılan budur. Bu bilgisizliklerine rağmen onlar İtalyan garsonlar, taksi sürücülere ve taşıyıcılar tarafından mükemmelen anlaşılmaktadırlar. Bu iletişimdeki ortak faktör yiyecek, valiz vb. gibi maddî şeyleri işaret etme, onları gösterme imkânıdır. Şüphesiz, kelimelerimizle atıfta bulunduğumuz maddî şeyleri göstermek her zaman mümkün değildir. Fakat iki farklı kelimenin maddî şeylere işaret ettikleri her defasında onların kolayca birbirinin yerine ikame edilemez oldukları görülür. Doğal bilimciler yeni keşfedilen olguları belirten kelimelerin kullanımında kolayca anlaşılır. Onlar genellikle eski Yunanca veya Latince kelimeleri seçerler ve bu kelimelerin hangi fenomeni belirttiğine işaret etmek suretiyle belirsizlikten kaçınabildiklerinden, bu yöntem başarılı olur.

Bu bana, yaşlı bir Konfüçyen eğitimci ile Çin imparatoru olan genç öğrencisi arasında geçen bir diyalogu hatırlattı. Hocası öğrencisine kırsalda gezinirken karşılaştıkları bazı hayvanların adının ne olduğu şeklindeki sorusunu, öğrencisi "onlar koyundur" diye cevaplamıştı. Bunun üzerine eğitimci nazikçe, "Cennetin Oğlu tamamen haklıdır. Sadece şunu eklemeliyim ki, bu tür koyunlar genellikle domuzdurlar" şeklinde bilgece bir cevap vermişti.

Ne yazık ki, daha büyük bir zorluk maddî olmayan şeyleri tanımlamaya çalıştığımızda ve dinleyicimiz kullandığımız kelimenin anlamını bilmediği zaman ortaya çıkar. Böyle bir durumda ona herhangi bir maddî nesneyi gösteremeyiz. [Bu durumda] bizim birbirimizi anlama yolumuz tamamen farklıdır ve kendi dilimizle dinleyicimizinki arasında, eğer varsa, ortak bir faktörü keşfetmenin tamamen farklı yollarına başvurmak zorunludur. Açıktır ki, kendi dilimizi kullanmamız söz konusu olduğunda, bu olgu muhtemelen farkedilmez veya en azından yeterince vurgulanmaz. Kendi kelimelerimize öyle alışmışızdır ki, dili öğrenme sürecimizin başında nesnelere göstermeye verdiğimiz önemi unuturuz. Kendi dilsel başarılarımızı esas olarak bir kitapta yazan tanımlarla sınırlı olarak anlama eğilimindeyizdir. Öte yandan, bu tanımların birçoğu maddî şeylere atıfta bulunduğu için, biz sanki maddî şeyler öylece "orada"ymış ve sanki tek sorun onları sözlü bir tanıma bağlamakmış gibi davranırız.

Bu, söz gelişi adalet gibi maddî olmayan şeyleri görünür-maddî şeylermişler gibi ele almış olan kadim Grek filozofları arasındaki belli metafizik eğilimleri açıklar. O aynı zamanda daha yakın zamanlardaki "hukuk"u veya "devlet"i bunlar güneş veya ay benzeri varlıklarmış gibi tanımlama girişimlerini de açıklar. Prof. Glanville Williams'ın "hukuk" kelimesiyle ilgili tartışma hakkındaki 1945 tarihli bir denemesinde işaret ettiği gibi, İngiliz hukukçu John Austin, "doğru olarak tanımlanmış hukuk" diye bir şeyin var olduğundan en azından şüphe bile etmeden, kendisinin "hukuk" tanımının "hukukun doğru tanımı" olduğunu iddia etmişti. Bugün Austin'inkine bir hayli benzeyen bir görüş, *Hukukun Genel Teorisi ve Devlet* (1947) adlı kitabında ünlü Prof. Hans Kelsen tarafından ileri sürülmüştür. Kelsen bu kitabında ve başka çalışmalarında "doğru olarak Devlet denen" şeyin hukuk düzeninden başka bir şey olmadığını övünçle anlatmıştır.

Maddî olmayan şeylerin kolayca tanımlanabileceğine safça inanış, "trust", "equity" veya "common law" gibi *hukukî* terimleri –diyelim İtalyanca veya Fransızca– tercüme etmeye çalıştığımızda beklenmedik bir son haline gelmektedir. Bütün bu durumlarda, sadece bir İtalyan, Fransız veya Alman'ın ne kast ettiğimizi anlamasına imkân verecek herhangi bir maddî şeye işaret edemeyeceğimiz gibi, bize o dillerde bu terimlere karşılık gelen kelimeleri verecek hiçbir İtalyanca, Fransızca veya Almanca sözlük de bulamayız. Bunun için, bir dilden diğerine geçerken bir şeyin kaybolduğunu hissederiz. Aslında, hiçbir şey kaybolmamıştır. Problem, Fransızca, İtalyanca ve Almanca'nın "trust", "equity" ve "common law" kelimelerinin delâlet ettikleriyle tamamen aynı kavramlara sahip olmamasıdır. Kesin bir anlamda, "trust", "equity" ve "common law" *varlıklardır*; ama Amerikalılar ve İngilizler onları Fransızlar veya İtalyanlara gösteremeyecekleri için, bu terimlerin Fransızlar veya İtalyanlar tarafından anlaşılması zordur.

Bir İngiliz veya Amerikan hukuk kitabını Almanca veya İtalyanca'ya çevirmeyi pratikte imkânsızlaştıran bu gerçektir. Pek çok kelime, karşılıkları var olmadığı için [kendilerine] karşılık gelen kelimelere çevrilememiştir. Tercüme yerine, birçok kurumun tarihsel kökeninin, onların Anglo-Sakson ülkelerinde halihazırda ki işleyiş biçiminin ve varsa Kıta Avrupası'ndaki benzer kurumların işleyiş hakkında uzun, zahmetli ve karmaşık bir *açıklama* yapmak zorunlu olurdu. Buna karşılık, Avrupalılar da Amerikalılar veya İngilizlere *conseil d'état* [yüksek idare mahkemesi/Danıştay], *prefecture* [idari merkez/makam], *cour de cassation* [temyiz mahkemesi/Yargıtay], *corte costituzionale* [anayasa mahkemesi] ve benzerlerine işaret edecek maddî bir şeyi gösteremezlerdi.

Çok kere bu kelimeler öylesine muayyen bir tarihsel çevrede yerleştiler ki başka çevrelerin dilinde buna karşılık gelen kelimeleri bulamayız. Şüphesiz, karşılaştırmalı hukuk çalışanlar Avrupa ve Anglo-Sakson hukuk gelenekleri arasında birçok defa köprü kurmaya teşebbüs etmişlerdir. Söz gelişi, Londra İleri Hukuk Araştırmaları Enstitüsü'nce yayımlanan ve esas olarak yabancı "medenî hukuk" araştırmacılarına hitap eden *Birleşik Krallık Hukukunun Bibliyografik Rehberi*'inde çok yeni bir deneme vardır. Fakat bir deneme bir sözlük değildir, ki bu tam da benim işaret etmek istediğim noktadır.

Bunun için, karşılıklı bilgisizlik farklı ülkelerin farklı kurumlarının, tarihsel bilgisizlik ise aynı ülkedeki kurumların değişmesinin sonucudur. Sir Carleton Kemp Allen'ın yakınlardaki kitabında (*Aspects of Justice*, 1958) bize hatırlattığı gibi, Ortaçağa ait davalar hakkındaki çoğu İngiliz raporları, sadece –onun deyimiyle– "bozuk Latince" ve "berbat Fransızca" yazıldıkları için değil, fakat İngilizlerin (ve başka herkesin) muadil kurumları olmadığı için de, şimdi okunamaz durumdadırlar.

Ne yazık ki, hukukî kavramların tanımında maddî şeylere işaret edememenin tek zorluğu bu değildir. Açıkça aynı sesi veren kelimeler farklı yer ve zamanlara ilişkin olarak tamamen farklı anlamlara sahip olabilirler. Teknik olmayan veya başlangıçta teknik kullanıma sahip olduğu halde teknik anlamına dikkat edilmeden veya hatta bunun farkında bile olunmadan gündelik hayata girmiş olan kelimelerle ilgili durum çoğu zaman budur. Söz gelişi hukuk diline ait olanlar gibi kesin olarak teknik olan kelimelerin başka dillere hiç çevrilememeleri talihsizlik ise, teknik olmayan veya yarı-teknik kelimelerin aynı dildeki başka kelimelere veya başka dillerin kökü aynı olan benzer bir sese sahip kelimelerine kolayca dönüştürülebilmeleri daha da büyük bir talihsizliktir. İlk örnekte, fiilen eş anlamlı olmayan kelimeler arasında bir karışıklık yaratılırken; ikinci örnekte farklı bir dili konuşan insanlar, kendi dillerindeki bir kelimeye yükledikleri anlamın sizin dilinizdeki görünüşe göre benzer olan kelimeye sizin verdiğiniz farklı anlama karşılık geldiğini düşünürler.

Hem iktisat hem de siyaset diline ait olan terimler bu bakımdan tipiktir. Alman filozof Hegel bir keresinde, herhangi bir kimse bir hukukçu olmadığı halde bir hukukî kurumun uygunluğunu belirleyebiliyorsa, aynı şekilde ayakkabı imalâtçısı olmayan herhangi bir kişinin de bir çift ayakkabının onun ayağına uygun olup olmadığına karar verebileceğini söylemişti. Bu *bütün* hukukî kurumlara uygulanabilir görünmemektedir. Sözleşmeler, kanıtlanma vb. gibi hukukî kurumlar hakkında çok az kişi şüpheli ve sorgulayıcıdır. Fakat pek çok kişi siyasî ve iktisadî kurumların tam da onların işi olduğunu düşünür. Onlar, örneğin, hükümetlerin diyelim ki bir ülkenin ekonomik durumunu düzeltmek veya uluslararası ticaretin şartlarını değiştirmek için şu veya bu politikayı kabul etmeleri veya reddetmeleri gerektiğini düşünürler.

Bütün bu insanlar, hukuk veya iktisadınki gibi teknik dillerden gelen pek çok kelimeyi içeren "gündelik dil"i kullanırlar. Bu diller kesin ve anlamları açık olan terimler kullanırlar. Fakat bu teknik kelimeler gündelik dile girer girmez hemen *teknik-olmayan* veya *yarı-teknik* hale dönüşürler, çünkü hiçbir kimse onların teknik dillerdeki orjinal anlamını araştırmak veya onlar için günlük dilde yeni bir anlam bulmak sıkıntısına girmez.

Meselâ Amerika'da insanlar "enflasyon"dan bahsettikleri zaman onlar genellikle fiyatlardaki artışı kast ederler. Oysa yakın zamanlara kadar (İtalya'da hâlâ) insanlar "enflasyon"la genellikle ülkede dolaşımda olan para miktarındaki artışı kast ediyorlardı. Bunun için, kökeni itibariyle teknik olan bu kelimenin müphem kullanımından kaynaklanabilen bu semantik karışıklığa, fiyatlardaki artışın ülkede dolaşımda olan para miktarındaki artışın sonucu olduğu görüşünde olan Prof. Ludwig von Mises gibi iktisatçılar çok esef etmektedirler. Farklı şeyleri kastetmek üzere aynı kelimenin –"enflasyon" kelimesinin– kullanılması, bu iktisatçılar tarafından, nedeni sonuçlarıyla karıştırmaya ve yanlış bir çareye yönlendirme olarak görülmektedir.

Benzer bir karışıklığın başka bir çarpıcı örneğini günümüzde "demokrasi" kelimesinin çeşitli ülkelerde ve değişik insanlar tarafından kullanılma tarzı oluşturmaktadır. Demokrasi kelimesi siyaset diline ve siyasî kurumlar tarihine aittir. Bu kelime artık günlük dile de geçmiştir ve bu aynı kelimeyi tamamen farklı anlamlarda kullanan insanlar arasında –söz gelişi, Amerika'daki sokaktaki insan ile Rusya'daki siyasî yöneticiler arasında– büyük bir yanlış anlamının ortaya çıkmasının nedenidir.

Yarı-teknik kelimelerin anlamlarını karıştırma eğiliminin özel nedeninin, bu kelimelerin (politikanınki gibi) teknik dillerdeki anlamının, kolayca veya hiç tercüme edilemedikleri için genellikle günlük dile girmemiş olan diğer teknik kelimelerle başlangıçta bağlantılı olduğunu ileri süreceğim. Böylece, bir kelimenin ilk kullanımındaki kesin anlam kaybolmuştur.

Söz gelişi "demokrasi" eski Yunanistan'da Perikles zamanındaki siyaset diline ait olan bir terimdi. Onun anlamını *polis* [kent devleti], *demos*, [halk/sıradan insanlar], *ecclesia* [yurttaşlar toplantısı], *isonomia* [eşitlik] vd. gibi teknik terimlere başvurmadan

anlayamayız; tıpkı günümüz İsviçre "demokrasisi"nin anlamını *Landsgemeinde*, [kanton meclisi], *referendum* vb. gibi teknik terimlere başvurmadan anlayamayacağımız gibi. *Ecclesia*, *polis*, *Landsgemeinde* ve *referendum* gibi kelimelerin başka dillerde bu amaca uygun tatminkâr kelimeler olmadığı için genellikle o dillere tercüme edilmeden aktarıldıklarının bilincindeyizdir.

Teknik kelimelerle kökensel bağlantılarından yoksun yarı-teknik veya teknik-olmayan terimler sık sık günlük dilde sürüklenmektedir. Sesleri daima aynı kalsa da anlamları onları kullanan kişilere göre değişebilir. İşleri daha da kötüleştiren, aynı kelimenin çeşitli anlamlarının bazı bakımlardan birbirleriyle bağdaşmaz olabilmesidir ve bu sadece yanlış anlamaların değil, fakat şifahî anlaşmazlıkların veya daha kötüsünün de sürekli bir kaynağıdır.

Söz gelişi, aynı kelimenin farklı anlamlarının ima ettiği çeşitli davranış tiplerinin birbirleriyle bağdaşmaz oldukları ortaya çıktı-ğı ve onların hepsine aynı hukukî ve siyasî sistemde bir yer edin-dirme teşebbüsünde bulunulduğu zaman, bu semantik karışıklığın ana kurbanları siyasî ve iktisadî sorunlardır.

Günümüz Batılı ülkelerinin tarihinin en açık özelliklerinden biri olan bu karışıklığın sadece semantik değil, fakat semantik *de* olduğunu söylüyorum. Ludwig von Mises ve F. A. Hayek gibi düşünürler semantik karışıklığı gidermenin sadece iktisatçılar için değil siyaset bilimcileri için de zorunlu olduğuna muhtelif vesilelerle işaret etmişlerdir. İktisattakinden daha az olmayan siyaset dilindeki semantik karışıklığın giderilmesinde iş birliği yapmak eğitilmiş insanlar için çok önemli bir görevdir. Şüphesiz, Prof. Mises'in açık sözlülükle belirttiği gibi, bu karışıklık her zaman kasıtsız değildir, çeşitli örneklerde, bu başkalarını yeni davranış biçimlerine ikna etmek için "demokrasi" gibi gözde kelimelerin alışıldık ününü sömürmeye çalışanların sinsî planlarının sonucudur.<sup>9</sup> Bu, kendini bütün dünyada gösteren karmaşık bir fenomenin muhtemelen tek açıklaması değildir.

Leibniz'in vaktiyle şöyle söylediğini hatırlıyorum: Basılı yayıncılığın keşfinden sonra pek çok kitabın basılıp yayımlanabildiği ama tek tek kişilerin bunların çok azını gerçekten okuyacağı, bu-

9 Bu tür planlı semantik karışıklığın kanıtları şu kitapta bulunabilir: R. N. Carew-Hunt, *Guide to Communist Jargon* (London: Geoffrey Bles, 1957).



nun muhtemel sonucunun da yeni bir barbarlık çağına sürüklenebileceğimiz gerçeği medeniyetimizi tehdit etmektedir.

Aslına bakılırsa, başta filozoflar olmak üzere pek çok yazar semantik karışıklığa fazlasıyla katkıda bulunmuştur. Onların bazıları günlük dilden alınan kelimeler kullanmış ve onlara tuhaf anlamlar vermiştir. Birçok örnekte bir kelimeyi kullanırken ne kast ettiklerini belirtmek zahmetine hiç girmemişler veya daha ziyade sözlüklerdekiyle uyuşmayan ama okuyucular ve şâkirtler tarafından kabul edilen keyfî tanımlar yapmışlardır. Bu uygulama günlük dilde kabul edilen anlamların karışmasına bir ölçüde de olsa katkıda bulunmuştur.

Birçok durumda, alışıldık olanlardan daha titiz ve derin oldukları varsayılan bu tanımlar yazarların tanımlamak istedikleri esrarlı "şeyler" in mahiyeti hakkındaki bir araştırmanın sonucu olarak sunulurlar. Bir yandan ahlâkî ve siyasî konular, öbür yandan iktisadî ve ahlâkî konular arasındaki bağlantılar yüzünden, bazı filozoflar bilerek veya bilmeyerek, semantik karışıklıkta muazzam bir artışa ve günümüzdeki gündelik dildeki kelimelerin anlamları arasındaki çelişiklere katkıda bulunmuşlardır.

Bu konuda söylediklerimin hepsi "özgürlük" (freedom) kelimesi ile onun Latince eşanlamlısı olan "liberty" ye ve ondan türeyen "liberal" ve "liberalizm" terimlerine de uygundur. "Özgürlük" e günlük dilde ve bu kelimenin ait olduğu iktisat ve siyasetin teknik dillerinde atıfta bulunduğumuz zaman, maddî bir "şeyi/nesneyi" göstermemiz mümkün değildir. Bundan başka, bu kelimenin hem günlük dilde hem de siyaset ve iktisadın teknik dillerinde kullanıldığı tarihsel ortamlara göre farklı anlamları vardır. Meselâ, Latince *libertas* teriminin anlamını, Roma siyaset dilinin *res publica* [kamusal şey] veya *jus civitatis* [devlet hukuku, kamu hakları/hukuku] gibi teknik terimlerine veya (*patres familias*' ın [aile reisi/hane sahibi] karıları, çocukları, köleleri, arazisi, kiliseleri vd. üzerindeki yetkisini belirten *manus* veya bir kölenin hukukî statüsünü değiştiren ve onu *libertus* [özgür kişi] yapan hukukî bir işlemi belirten *manumissio* [âzat etme] gibi başka teknik terimlere başvurmadan anlayamayız. Öte yandan, "özgürlük" ün modern İngiltere'nin siyaset dilindeki anlamını *habeas corpus* [vücut dokunulmazlığı, kişinin hukuka aykırı haptisten korunma hakkı] veya *rule of law* [hukukun hakimiyeti/üstünlüğü] gibi başka teknik terimlere atf

yapmadan anlayamayız, ki bunlar bildiğim kadarıyla başka dillerde tam karşılıkları olan kelimelere hiç çevrilmemişlerdir.

"Özgürlük" kelimesi teknik imalarından bağımsız olarak Batı ülkelerinin günlük diline çok erken girmiştir. Bu, bu kelimenin o ülkelerin hukuk veya siyaset diline ait olan çeşitli teknik terimlerle bağlantısının er geç kopması anlamına gelmiştir. Sonunda, geçen yüzyıl içinde "özgürlük" kelimesi (çağdaş bir yazarın söyleyebileceği gibi) başıboş bir şekilde dalgalanmaya başlamış görünmektedir. Farklı yerlerdeki farklı insanlar istedikleri gibi semantik değişiklikler yapmışlardır. Filozoflar tarafından [kelimeye] Batı'nın günlük dillerindeki yerleşik anlamlarla uyuşmayan birçok yeni anlam önerilmiştir. Kurnaz kişiler başkalarını kendi yollarını yenileriyle ve hatta karşıtlarıyla değiştirmeye ikna etmek için bu kelimenin olumlu çağrışımlarını istismar etmeye çalışmışlardır. "Özgürlük" kelimesinin felsefede, iktisatta, siyasette, ahlâktaki... çeşitli kullanımları sayısal olarak ciddi boyutlara varınca, sayısı ve çekiciliği de artan karışıklıklar ortaya çıkmıştır.

Bizatihi "özgür" (free) kelimesi, günlük İngilizcedeki kullanımında, Fransızca *libre* veya İtalyanca *libero* kelimelerine karşılık gelebilir de gelmeyebilir de. Şüphesiz, İtalyanlar ve Fransızlar, Amerikalı Siyahların İç Savaştan sonra "özgür" olduklarını –yani artık esaret altında olmadıklarını– söyledikleri zaman olduğu gibi, bu kelimeye İngilizlerin ve Amerikalılarınkine karşılık gelen çeşitli anlamlar yüklerler. Bununla beraber ne İtalyanlar ne de Fransızlar *libero* ve *libre* kelimelerini İngilizler ve Amerikalıların "free" kelimesini bir şeyin bedava olduğunu belirtmek üzere kullanmalarıyla aynı şekilde kullanırlar.

Özgürlükten iyi siyasî sistemlerin temel ilkelerinden biri olarak söz edilmesi özellikle modern zamanlarda olağan hale gelmiştir. Bu ilkeyi tanımlamak veya sadece adlandırmak üzere kullanıldığında "özgürlük"ün (freedom) anlamı her bir ülkenin günlük dilinde hiç de aynı değildir. Söz gelişi, Albay Nasır veya Cezayirli gerillalar bugün kendi "özgürlükler"inden veya ülkelerinin "özgürlüğü"nden söz ettikleri zaman, onlar Amerika'nın Kurucu Atalarının Bağımsızlık Bildirisi'nde ve Anayasa'nın İlk On Eki'nde kast ettiklerinden tamamen farklı bir şeye –veya ona da– atıfta bulunuyorlardır. Bütün Amerikalılar bu gerçeği kabul etmeye eğilimli değildirler. *New Dimensions of Peace* [Barışın

Yeni Boyutları] adlı yeni kitabında (Londra, 1956) İngiltere'nin Amerika'daki kolonilerindeki İngiliz yerleşimcilerin siyasî tutumu ile bugün kendi ülkelerinde "özgürlüğü" kutlayan Afrikalı, Hintli veya Çinliler gibi halklarınki arasında bu bakımdan pek az fark olduğunu veya hiç fark olmadığını ileri süren Chester Bowles gibi yazarlara katılamıyorum.

İngiliz ve Amerikan siyasî sistemleri dünyanın bütün halkları tarafından bir dereceye kadar taklit edilmiştir ve birçok bakımdan hâlâ da taklit edilmektedir. Avrupa ulusları bu sistemlerin oldukça başarılı taklitlerini yapmayı becermişlerdir ve bunu onların tarih ve medeniyetinin İngilizce konuşan halklarınkine az çok benzer olmasına borçludurlar. Şimdi de kendileri eski kolonileri tarafından taklit edilen birçok Avrupa ülkesi kendi siyasî sistemlerini İngiliz parlamentosuna veya Amerikan Anayasası'na benzer şekilde kurmuşlardır ve bunun için İngilizler veya Amerikalıların halihazırda veya kendilerinin geçmişte yararlandıkları türden siyasî "özgürlük"e sahip olmakla övünmektedirler. Ne yazık ki, örneğin İtalya gibi en eski Avrupa medeniyetine sahip olan ülkelerde bile siyasî bir ilke olarak "özgürlük", İngiltere'de ve ABD'de olduğu gibi *habeas corpus* kurumuyla veya Amerikan Anayasası'nın İlk On Eki ile fiilen bağlantılı olsaydı, anlamına gelecek olduğundan farklı bir şey anlamına gelmektedir. Kurallar hemen hemen aynı görülebilse de onlar aynı şekilde işlemiyorlar. Ne yurttaşlar ne de kamu görevlileri onları İngilizler veya Amerikalılar gibi yorumlamaktadırlar, sonuç olarak birçok bakımdan oldukça farklı bir uygulama ortaya çıkmaktadır.

Burada kast ettiğimin, İngiltere'de ve Birleşik Devletler'de ceza davalarının (Amerikan Anayasası'nın Altıncı Ekinde öngörüldüğü gibi) "hızlı ve alenî bir yargılama"yla çözülmesi gerektiği—ve gerçekten de çözüldüğü—gerçeğinden daha iyi bir örneğini bulamıyorum. İtalya dahil başka ülkelerde, bir suçtan şüpheli olup hapiste mahkemeye çıkmayı bekleyen kişilere ilişkin olarak –İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 272. maddesi gibi– çeşitli açık hükümler içeren kanunlara rağmen, bir suçtan soruşturulmak üzere tutulmakta olan bir kişi bir veya iki yıl gibi uzun bir süre hapiste kalabilir. Sonunda suçlu bulunup mahkûm edildiğinde, belki de hapisteyken ceza süresini zaten doldurmuş olduğu için hemen serbest bırakılabilir. Şüphesiz, suçlu bulunmaması durumunda

hapiste kaybettiği yılları kimse ona geri veremez. Zaman zaman İtalya'da yeterli sayıda hâkim olmadığı ve muhtemelen yargılamanın düzenlenişinin yeteri kadar etkin olmadığı söylenirse de, açıktır ki kamuoyu yargı sisteminin bu kusurlarını eleştirecek kadar uyanık ve aktif değildir. Oysa İngiltere ve ABD'deki kamuoyu bunu siyasî özgürlük ilkesiyle açıkça bağdaşmaz bulur.

Öyleyse, genel bir siyasî ilkeye işaret eden bir terim olarak "özgürlük" farklı siyasal sistemler için ancak görünüşte benzer anlamlara sahiptir. Şunu da belirtmek gerekir ki, bu kelime aynı hukuk sisteminin tarihinde de farklı zamanlarda farklı anlamlara ve imalara sahip olmuş olabileceği gibi, daha da çarpıcı olarak, aynı anda farklı şartlarda ve farklı insanlar için farklı anlamlara sahip olmuş da olabilir.

İlk durumun bir örneği Anglo-Sakson ülkelerindeki zorunlu askerliğin tarihinde görülebilir. Nispeten yakın zamanlara kadar, en azından barış zamanında zorunlu askerlik hem İngilizler hem de Amerikalılar tarafından siyasî özgürlükle bağdaşmaz görülüyordu. Öte yandan, Fransızlar ve Almanlar (veya 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren İtalyanlar) gibi Kıta Avrupası halkları kendi siyasî sistemlerinin bir özelliği olan zorunlu askerliği kabul etmek zorunda olduklarını neredeyse apaçık bir gerçek olarak görüyor ve dolayısıyla sistemlerinin [buna rağmen] hâlâ "özgür" olarak adlandırılıp adlandırılmayacağını merak bile etmiyorlardı. İtalyan olan babam bana, 1912'de ilk defa İngiltere'ye gittiği zaman İngiliz arkadaşlarına, göz korkutan güçlü bir askerî güç haline gelmiş olan Almanya karşısında onların niçin zorunlu askerliğe sahip olmadıklarını sorduğunu söylerdi. O [bu soruya] hep aynı gururlu cevabı almıştı: "Çünkü biz özgür bir halkız." Babam İngilizler veya Amerikalıları [bugün] tekrar ziyaret etseydi, sokaktaki adam ona zorunlu askerlik olduğu için ülkelerinin artık "özgür" olmadığını söylemezdi. Bu toplumlarda siyasî özgürlüğün anlamı bu süre içinde tek kelimeyle değişmiştir. Bu değişiklikler nedeniyle, önceleri peşinen doğru sayılan bağlantılar artık kaybolmuştur ve teknisyenlere yeterince tuhaf gelen ama başka insanların bilinçsizce veya hatta isteyerek kendi siyasî veya iktisadî sistemlerinin doğal unsurları olarak kabul ettikleri çelişkiler ortaya çıkmıştır.

Bugün hem Birleşik Devletler'de hem de Birleşik Krallık'ta sendikalara verilmiş olan emsalsiz hukukî yetkiler bu hususta "çeliş-

kiler"le kast ettiğimin iyi bir örneğidir. Kuzey İrlanda Baş Yargıcı Lord MacDermott'un yakınlardaki *Hamlin Lectures*'daki (1957) [Hamlin Dersleri] ifadesiyle, 1906 tarihli İş Uyuşmazlıkları Yasası "sendikacılığı, on yıl öncesine kadar kendi adına yapılan hukuka aykırı fiiller bakımından İngiliz Kraliyeti'nin yararlandığı aynı ayrıcalıklı konuma koymaktadır." Bu yasa, bir iş/çalışma uyuşmazlığı çıkarmak veya onu tırmandırmak isteyen iki veya daha fazla kişinin aralarında vardıkları bir anlaşma veya mutabakatı yerine getirmek üzere işlenen fiillere koruma sağlamaktadır; oysa eskiden buna karşı dava açma imkânı vardı. Bir hizmet sözleşmesinin ihlâlüne yol açan veya başka bir kişinin işine, ticaretine veya istihdamına veyahut kendi sermayesini veya emeğini istediği gibi kullanma hakkına müdahale eden eylemler bunun örneğidir. Lord MacDermott'un işaret ettiği gibi, bu kapsamlı bir hükümdür ve söz konusu olan ticaret veya istihdamın dışında kalan ve uyuşmazlığın tarafı olmayanların çıkarlarına kaçınılmaz olarak zarar verecek veya onların çıkarlarından yararlanmasını zorlaştıracak eylemleri kapsayacak şekilde kullanılabilir. Başka bir İş Uyuşmazlıkları ve Sendika Yasası tarafından 1927'de ilga edilmekle beraber İşçi Partisi'nin yeniden iktidara gelmesi üzerine 1946 tarihli İş Uyuşmazlıkları ve Sendika Yasası'yla tümüyle geri getirilen 1913 tarihli Sendika Yasası, sendika üyelerinin paralarını işleriyle doğrudan ilişkili olmayan amaçlarla ve bu parayla gerçekte ne yapmak istedikleri konusunda üyelerine danışmadan harcamaya sendikaları yetkilendirmek suretiyle, İngiliz sendikalarına hem üyeleri hem de ülkenin bütün siyasî hayatı üstünde muazzam bir siyasî güç vermiştir.

Bu Sendika Yasalarının geçmesinden önce, İngiltere'de siyasî "özgürlük"ün anlamının, "hukukun eşit koruması"yla bağlantılı olduğunda ve herkesin kendi sermaye veya emeğini herhangi bir kimsenin kısıtlaması olmadan istediği gibi kullanmasıyla uyumlu olduğunda hiçbir şüphe yoktu. Bu yasaların geçmesinden sonra Büyük Britanya'da bu bakımdan herkese karşı korunma diye bir şey artık yoktur ve bu durumun özgürlük ve onun anlamıyla ilgili olarak sistemde çarpıcı bir çelişki yaratmış olduğu şüphesizdir. Eğer şimdi İngiliz Adaları'nın bir vatandaşı iseniz, sermayeniz ve emeğinizi bireylerle ilgili olarak kullanmakta "özgür"sünüzdür, ama sendikalara mensup olan veya sendikalar adına hareket eden kişilerle ilgili olarak böyle yapmakta artık özgür değilsinizdir.

Birleşik Devletler’de, Orval Watts’ın *Union Monopoly* [Sendika Tekeli] hakkındaki harika incelemesinde yazdığı gibi, Federal Hükümet 1916 tarihli Adamson Yasası’na dayanarak kolluk yetkisini ilk defa sendikaların muhtemelen "uzun ve maliyetli bir mücadeleyle başaramayacakları" şeyi yapmak için kullanmıştır. Onu izleyen ve bir anlamda 1906 tarihli İngiliz Sendika Yasası’nın Amerikan muadili olan 1932 tarihli Norris-LaGuardia Yasası federal hâkimlerin iş uyuşmazlıklarında "injunction" [önleyici yargısal emir] yetkisini kullanmasını kısıtlamıştır. Amerikan ve İngiliz hukukunda injunctionlar kişilerin daha sonra dava yoluyla telâfi edilemeyecek zararlara yol açacak olan belirli şeyleri yapmalarını yasaklayan mahkeme kararlarıdır. Watt’ın işaret ettiği gibi, "injunctionlar hukuk yaratmazlar. Onlar yalnızca mevzuat kitaplarında önceden var olan kanunların ilkelerini uygulayıcılar ve sendikalar işverenlere ve rakip sendikalara karşı bu amaçla onları sıkça kullanırlar." Başlangıçta, injunctionlar federal hâkimler tarafından, genellikle, çok sayıda insanın küçük araçlarla hukuka aykırı bir amaç güderek ve hukuka aykırı eylemlerle zarar verebildiği durumlarda (mülkiyetin tahribi gibi) işverenler lehine çıkarılırdı. Amerikan mahkemeleri 1906’dan önceki İngiliz mahkemelerinkine benzer şekilde davranırlardı. Tıpkı 1932 tarihli Norris-LaGuardia Yasası’nın sendikaları Amerikan mahkemelerinin kararlarından koruma amacına yönelik olması gibi, 1906 tarihli İngiliz Yasası da İngiliz mahkemelerinin kararlarına karşı işçi sendikaları adına bir "çare" olarak görülüyordu. İlk bakışta hem Amerikan hem de İngiliz mahkemelerinin sendikalara karşı önyargılı oldukları düşünülebilir. Hem Amerika’da hem de İngiltere’de pek çok kişi böyle söylemiştir. Aslında, mahkemeler sendikalara karşı sadece söz gelişi mülkiyete zarar verme planı yapan başka insanlara karşı halâ uyguladıkları aynı ilkeleri benimsiyorlardı. Hâkimler başkalarının kısıtlamasından insanları korumak üzere işletilen aynı ilkeleri, bu başkaları sendika görevlileri veya üyeleri olduğu zaman hiçe saydıklarını kabul edemediler. Hâkimler için, "kısıtlanmadan özgürlük" teriminin, başka insanların kısıtlamasından herkesi olduğu gibi işverenleri de korumak için yargısal emirler (injunctions) çıkarılmasını izah eden aşikâr bir teknik anlamı vardı.

Bununla beraber, Norris-LaGuardia Yasası'nın geçmesinden sonra, sendika görevlileri veya üyelerinin kendi taleplerini kabul etmeleri için işverenleri onlara zarar vermekle tehdit etmek veya onlara fiilen zarar vermek suretiyle kısıtlamayı istedikleri durumlar hariç, bu ülkede herkes başka herkesin kısıtlamasından "özgür" hale geldi. Böylece, 1932 tarihli Amerikan Norris-LaGuardia Yasası'nın ve 1906 tarihli İngiliz Sendika Yasası'nın geçmesinden sonra, injunctionlar örneğinde "kısıtlanmadan özgürlük" teriminin anlamı Amerika'da da en azından İngiltere'deki kadar değişmiştir. Amerika'da 1935'te Wagner Çalışma İlişkileri Yasası sadece "özgürlük"ün anlamını işveren olan vatandaşlar bakımından daha da sınırlamak suretiyle değil, fakat aynı zamanda "müdahale" kelimesinin anlamını açık olarak değiştirmek ve "özgürlük"ün linguistik araştırmasında anılmayı hak eden bir semantik karışıklığa yol açmak suretiyle işleri daha da kötüleştirdi. Watt'ın belirttiği gibi, "eğer müdahale etmek cebir, aldatma, korkutma, kısıtlama veya sözlü tacize başvurmak anlamına geliyorsa, hiçbir kimse başka herhangi bir kişinin meşru etkinliklerine müdahale etmemelidir." Böylece, bir ücretli Chrysler için çalışmaya gittiğinde General Motors'un sahiplerine müdahale etmiş olmaz. Fakat, Watts'ın denemesinde işaret ettiği gibi, eğer onun davranışına Wagner Yasası'nın kriterlerini uygulamak zorunda olsaydık, işverenin çalıştırdıklarının sendika faaliyetlerine ne zaman müdahale ettiğini belirlemek söz konusu olduğunda, bir işverenin işe almada meselâ sendikalı olmayan işçileri sendika üyelerine tercih ettiği bir durumda onun müdahale etmediğini söyleyemezdik. Böylece, "müdahale" kelimesinin bu kullanımının olağandışı semantik sonucu şu olmaktadır: Sendikalılar kendi taleplerini kabul etmeleri için hukuka aykırı eylemlerle işverenleri kısıtladıkları zaman [onlara] müdahale etmiş olmazken, işverenler başka bir kimsenin herhangi bir şeyi yapmasını kısıtlamadıkları zaman [ona] müdahale etmiş olmaktadırlar.<sup>10</sup>

Bunlar bize Proudhon'un "Mülkiyet hırsızlıktır" sözü veya Gogol'ün meşhur *Overcoat* [Palto] adlı eserindeki Akaki

10 Harvard Hukuk Fakültesi eski Dekanı Roscoe Pound'un yakınlarıdaki "Legal Immunities of Labor Unions" [Sendikaların Hukukî Muafiyetleri] başlıklı denemesi bu örgütlerin halihazırda Amerikan hukukunda yararlandıkları muafiyetlerin ayrıntılı bir anlatımını sağlamaktadır. Bu deneme *Labor Unions and Public Policy* [İşçi Sendikaları ve Kamu Siyaseti] adlı eserde (Washington, D.C.: American Enterprise Association, 1958) basılmıştır.

Akakievitch'in hikâyesindeki, paltosuna el koyduğu yoksul adama "Paltomu sen çaldın!" diyen hırsızınki gibi bazı tuhaf tanımlar hatırlatıyor. Eğer "özgürlük" kelimesinin günlük dilde "müdahale" kelimesiyle olan bağlantılarını düşünürsek, artık gördüğümüz türden bir değişimin tam da "özgürlük" kelimesinin anlamını etkileyebilme derecesi hakkında doğru-dürüst bir fikre ulaşabiliriz.

Günümüzdeki Amerikalıların veya İngilizlerinki gibi siyasî ve hukukî sistemlerde "kısıtlanmadan özgürlük"ün gerçekteki anlamının ne olduğunu sorarsak, büyük zorluklarla karşılaşırız. Dürüstçe söylemeliyiz ki, "kısıtlanmadan özgürlük"ün kimin kısıtlandığına bağlı olarak birden fazla hukukî anlamı vardır.

Çok muhtemelen, bu durum devasa baskı ve propaganda gruplarının son zamanlarda teşvik ettikleri ve bütün dünyada günlük dilde "özgürlük" kelimesine verilen anlam bakımından teşvik etmeye hâlâ devam ettikleri semantik değişimle bağlantılıdır. Prof. Mises çağdaş totaliterliğin savunucularının, "özgürlük" (liberty) kelimesini emirlere itaat etmekten başka hiçbir hakka sahip olmadıkları bir sistem altındaki bireylerin durumuna uygulamak suretiyle, bu kelimenin (Batı medeniyetinde eskiden az çok ortaklaşa kabul edilen) anlamını tersine çevirmeye çalıştıklarını söylerken haklıdır.

Bu semantik devrim de muhtemelen "özgürlük"ü, kelimenin günlük dildeki bütün olağan kullanımlarına aykırı olarak, cebri ima eden bir şey olarak tanımlayan bazı filozofların spekülasyonlarıyla bağlantılıdır. Böylece, Hegel'in takipçisi [Bernard] Bosanquet *Philosophical Theory of the State* [Devletin Felsefî Teorisi, 1899] adlı eserinde "herhangi bir çelişkiye düşmeden, 'özgür olmaya zorlanma'dan söz edebiliriz" diyebilmiştir. Konu hakkındaki yeni bir denemesinde özgürlüğün bu gibi tanımlarının, esas olarak, "iki-parçalı insan" (bifurcated man), yani aynı anda hem rasyonel hem de "irrasyonel" olan bir "zihin-beden birliği" olarak insan teorisine dayandığını ileri süren Maurice Cranston'a katılıyorum. Özgürlük böylece insanın rasyonel parçasının irrasyonel parçası üzerindeki bir tür cebri kontrolü anlamına gelecekti. Bu teoriler genellikle sözde "rasyonel" insanların sözde "irrasyonel" insanların iyiliği için ama nihayetinde onların iradesine rağmen fizikî olarak cebir uygulanabileceği fikriyle bağlantılıdır. Platon'un teorileri bana bunun en meş'um örneği olarak görünmektedir.



Onun iki-parçalı insan düşüncesi kendisinin rasyonel insanların diğer insanları –hastalarının çılgınlıklarına aldırış etmeksizin kesip biçen cerrahlar gibi– gerektiğinde onların rızasına bakmadan yönetmesini gerektiren toplum düşüncesiyle kesinlikle bağlantılıdır.

İşaret ettiğim bütün zorluklar, ona verdiğimiz anlamı önceden açık-seçik olarak tanımlamadan "özgürlük" kelimesini kullanamayacağımız ve doğru olarak anlayamayacağımız konusunda bizi uyarmaktadır. "Özgürlük"ün tanımına gerçekçi yaklaşım başarılı olamaz. Ondan söz eden insanlardan bağımsız "özgürlük" diye bir şey yoktur. Başka bir ifadeyle, "özgürlük"ü herkesin gösterebileceği maddî bir nesneyi tanımladığımız gibi tanımlayamayız.



## “ÖZGÜRLÜK” VE “KISITLANMA”

"ÖZGÜRLÜK"Ü TANIMLAMA PROBLEMİNE BURADA REDDETTİĞİMİZ GERÇEKÇİ yaklaşımdan daha dikkatli bir yaklaşım böyle bir tanımın mahiyeti ve amacıyla ilgili ön bir araştırma yapmak olurdu. "Şartlı" (stipulative) tanımları "sözlüksel" (lexicographic) tanımlardan ayırmak âdettendir. İkisi de bir kelimeye yüklenen anlamı tanımlamayı amaçlar, ama ilki tanımı yapanın söz konusu kelime için kabul edilmesini önerdiği anlama işaret ederken, ikincisi sıradan insanların kelimeye ortak kullanımda verdikleri anlama atıfta bulunur.

İkinci Dünya Savaşı'ndan beri dil felsefesinde, amacı sırf tanımlamak olmayan veya hatta hiç tanımlamak olmayan dillerin –"Viyana Çevresi"nin büsbütün yanlış veya işe yaramaz olarak niteleneceği türden dillerin– varlığını tanıyan yeni bir eğilim ortaya çıktı. Bu yeni hareketin mensupları tasvirî olmayan (bazen "iknaya yönelik" denen) dilleri de tanımaktadır. İknaya yönelik dillerin amacı şeyleri tasvir etmek değil, fakat insanlara belirli inançları veya davranış biçimlerini benimsetmek için olumlu çağrışımları olan kelimelerin geleneksel anlamını değiştirmektir. Açıktır ki, söz gelişi insanların bir yöneticinin emirlerine itaat etmesini sağlamak amacıyla, "özgürlük"ün bu şekilde çeşitli tanımları düşünülebilir ve düşünülmüştür de. Bu gibi ikna etmeye dönük tanımlar formüle etmek bilim insanları için uygun bir iş olmazdı. Öte yandan, bilim insanlarının "özgürlük"ün şartlı tanımlarını yapmaya hakları vardır. Böyle yaparak bir araştırmacı aynı anda yanıltma amaçlı müphem tanımlar kullanma ithamından da kaçınabilir ve "özgürlük" kelimesine fiilen verilen anlamların çokluğu yüzünden zorlukları aşikâr olan sözlüksel bir tanım geliştirme zorunluluğundan kendisini kurtarabilir. Şartlı tanımlar yüzeysel bir bakışla problemin bir çözümü olarak görünebilir. Şartlı tanım, tamamen,

bize veya en fazla tanımlamak istediğimiz şey hakkında bizimle mutabık olan bir muhataba bağlı görünmektedir. Linguistik okul taraftarları şartlı tanımlardan söz ettiklerinde, bu gibi formülasyonların keyfiliğini vurgularlar. Bunu, söz gelişi, şartlı tanım savunucularının doğru anlamda filozof olmayan bir otoriteden alıntı yapmada gösterdikleri coşku açığa vurur. Kendisinden sıkça alıntı yapılan bu beyefendi, *Alice in Wonderland* [Alice Harikalar Diyarında] ve *Through the Looking-Glass* [Aynanın İçinden] kitaplarının parlak yazarı Lewis Carroll'dır. Carroll Alice'in seyahatleri esnasında karşılaştığı imkânsız ve anlaşılması zor karakterleri tanımlamaktadır; onlardan biri de kelimelere onlardan söylemelerini istediği şeyi söyleten ve onlara bu hizmetleri için bir tür ücret ödeyen Humpty Dumpty'dir.

Humpty Dumpty oldukça küçümser bir ses tonuyla "Ben bir kelimeyi kullandığım zaman", der, "o benim onun ne anlama gelmesini istiyorsam o anlama gelir; ne eksik ne fazla.

"Sorun" der Alice "sizin kelimelere çok farklı anlamlar verip veremeyeceğinizdir."

Humpty Dumpty "sorun", diye cevap verir, "kimin efendi olduğudur; hepsi bu."<sup>11</sup>

Analitik filozoflar şartlı tanımlardan söz ettiklerinde akıllarında olan esas olarak mantıktaki veya matematikteki tanımlardır; orada herkes, kendi akıl-yürütmesinde kullanacağı terimleri kesin biçimde tanımlaması şartıyla, ne zaman ve nereden başlamayı istediğinde serbesttir. Matematiksel veya mantıkî yöntemlerin mahiyetiyle ilgili karmaşık sorunlara girmeden, yine de bu yöntemleri "özgürlük" gibi meselelerden söz eden insanlarınkilerle karıştırmaya karşı bir uyarıda bulunmak zorunda hissediyorum. Bir üçgen, aynı zamanda söz gelişi bir deneyin, sezginin vb.nin konusu gibi başka bir şey de olup olmamasından bağımsız olarak, kesinlikle bir kavramdır. "Özgürlük" kendisini bir kavram olarak gösterirken, o aynı zamanda birçok insanın yaşamanın bir nedeni olduğuna inandıkları, yani uğrunda mücadele etmeye hazır oldukları, onsuz yaşamayacaklarını söyledikleri şeydir. Sanmam ki insanlar üçgenler için mücadele edecek olsunlar. Herhalde çok az matematikçi bunu

11 Lewis Carroll (Charles Lutwidge Dodgson), "Through the Looking Glass," in *The Lewis Carroll Book*, ed. Richard Herrick (New York: Tudor Publishing Co., 1944), p. 238.

yapardı. Fakat pek çok insan tıpkı bir arazi parçası için veya sevdiklerinin hayatlarını korumak için dövüşmeye hazır oldukları gibi, özgürlük için de dövüşmeye hazır olduklarını söyler.

Bunu özgürlüğe methiye olsun diye söylemiyoruz. Burada işaret edilen olgular/gerçekler birçok ülkenin tarihsel siciliyle kolayca doğrulanabilir veya günlük hayatta gözlenebilir. İnsanların kendi "özgürlükleri" için mücadele etmeye hazır oldukları gerçeği onların aynı zamanda kendi özgürlüklerini "korudukları"nı, "kaybettikleri"ni veya "geri getirdikleri"ni söyledikleri olgusuyla ilgilidir; oysa onlar hiçbir zaman üçgenleri veya başka benzer geometrik kavramları "korudukları"nı, "kaybettikleri"ni veya "yeniden kazandıkları"nı söylemezler. Öte yandan, "özgürlük" fiilen gösterilemez, o maddî bir şey değildir. Maddî bir şey olarak düşünülseydi bile, "özgürlük" herkes için aynı olamazdı, çünkü "özgürlük"ün farklı anlamları vardır. Yine de, "özgürlük"ün en azından ondan söz eden her bir kişi için, bir gerçek olduğunu, belirli bir şeye tekbül ettiğini galiba söyleyebiliriz. "Özgürlük" onu takdir edenlere uygun görülen bir durum olabilir; değerler, inançlar vb. gibi gayri maddi şeylerin farkındalığına götüren duyu(m)sal olmayan bir tecrübenin konusu olabilir. "Özgürlük" psikolojik bir tecrübenin konusu olarak görünmektedir. Bu, sıradan insanların onu bir kelimedenden –anlamı sadece (matematik veya mantıktaki gibi) bir şart sayesinde üzerinde anlaşmak için gerekli olan itibarî bir şeyden– ibaret görmedikleri anlamına gelir.

Bu durumda "özgürlük"ü şartlı olarak tanımlayıp tanımlayamayacağımızı merak ediyorum. Şüphesiz, bir kelimenin nasıl kullanılacağı hakkında belli bir anlaşmayı ima ettiği için, her tanım bir ölçüde şartlıdır. Sözlüksel tanımlar bile Fransa'da, İngiltere'de veya her iki ülkede yahut bütün dünyada günlük kullanımda insanların belli bir kelimeyle ne demek istediklerini tanımlama tarzıyla ilgili olan şartları dışlamazlar. Söz gelişi, sözlüksel bir tanımın geliştirilmesinde dillerle ilgili olarak veya sözlükler aynı kelimeye çeşitli anlamlar verdiğinde bunlar arasında yapılacak tercihe ilişkin olarak dikkate alınacak şartlar koyabiliriz. Fakat bütün bu durumlarda bir şeyi hiç unutmuyoruz: Ortak sözlüklerde görülen bazı kullanımlar vardır ki, kelimelerin başka insanlar onları fiilen kullandıkları zamanki anlamlarını göz ardı etmeden onların şartla değiştirilmesi mümkün değildir.

Şartlar başkalarına bilmelerini istediğimiz bir şeyi iletmenin araçlarından ibarettirler. Başka bir ifadeyle, onlar enformasyon iletmenin veya aktarmanın bir aracıdır ama enformasyonun kendisi şarta bağlı olamaz. "Siyah"a "beyaz" ve "beyaz"a "siyah" denmesini şart koşabiliriz ama iletmiş ve kendilerine keyfî olarak "siyah" veya "beyaz" adını verdiğimiz fiilî duyuru(m)sal tecrübeler hakkında şartlar koşamayız. Bir şart, onun başarılı bir şekilde iletmesini mümkün kılan bir *ortak etken* var olduğu sürece mümkündür ve de işe yarar. Bu ortak etken matematikte bir sezgi veya fizikte duyusal bir deney olabilir, ama onun kendisi hiçbir zaman şartın konusu değildir. Her ne zaman bir şart başka bir şarta bağlı görünüyorsa, şartın işlemesine izin veren ortak bir etken bulma problemi sadece ertelenmiş olur, yoksa ortadan kalkmaz. Eğer Humpty Dumpty bir çocuk masalındaki hayalî bir karakter değil de bir kelimenin kullanımı hakkında başka insanlara şartlar koşan gerçek bir kişi olsaydı, bu onun gücünün sınırı olurdu.

Bundan dolayı, "özgürlük"ün, başka insanlara bu kelimenin önceden anlaşıldığı şekliyle anlamında içerilen bir tür enformasyon iletmecek olan şartlı bir tanımını yapmanın pek yararı olmazdı ve şartlı tanımlardan söz ettiklerinde teorisyenlerin akıllarında gerçekte "özgürlük" gibi bir şeyin olup olmadığı sorgulanabilir.

Bunun için, "özgürlük"ün şartlı bir tanımının önemi olacaksa, onun bir bilgi iletmesi zorunludur. Sadece tanımın yazarı için bilinebilir olan bu bilginin içeriğinde herhangi bir payı bulunmayan başka insanları ilgilendirip ilgilendirmeyeceği şüphelidir. Tamamen kişisel olduğundan o başka insanları pek ilgilendirmeyecektir. Aslında onu başka insanlar için ortaya çıkarmak mümkün olmazdı. "Özgürlük"ün münhasıran şartlı bir tanımı bu kurdan kaçınmazdı. Siyaset felsefecileri "özgürlük"ün şartlı bir tanımını önerdiklerinde, onlar sadece kendi duygu ve inançları hakkında bilgi aktarmayı değil, fakat aynı zamanda hitap ettikleri kişiler için ortak olduğunu düşündükleri duygu ve inançları başkalarına hatırlatmayı da istemekteydiler. Bu anlamda da "özgürlük"ün zaman zaman siyaset felsefecileri tarafından önerilen şartlı tanımları "özgürlük" kelimesinin sözlüksel kullanımıyla ve dolayısıyla onun hakkındaki sözlüksel araştırmayla az çok kesin bir şekilde ilgilidir.

Bunun için, "özgürlük"ün gerçekten etkili bir tanımı, son tahlilde, bunun sözlüksel araştırmanın zorluklarını getireceği gerçeğinden bağımsız olarak, sözlüksel bir tanım olmak zorundadır.

Özetlemek gerekirse: "Özgürlük" günlük dilde insanlar tarafından özel türde psikolojik tecrübeler anlamında kullanılan bir kelimedir. Bu tecrübeler farklı zamanlarda ve farklı yerlerde değişkenlik gösterirler ve soyut kavramlar ve teknik kelimelerle bağlantılıdır, ama onlar soyut kavramlarla özdeşleştirilemez veya sırf bir kelimeye indirgenemezler. Son olarak, "özgürlük"ün şartlı bir tanımını formüle etmek mümkündür ve muhtemelen yararlı hatta zorunludur da, ama sözlüksel araştırma insanların günlük dilde bu kelimeye gerçekte verdikleri anlamları ortaya çıkarabileceği için şartlar sözlüksel araştırmadan kaçınmazlar.

Bu arada, "özgürlük" olumlu çağrışımları olan bir kelimedir. "Özgürlük" kelimesinin iyi yankılanmasının nedeninin insanların onu "özgür olmak" dedikleri şeye yönelik kendi pozitif tutumlarına işaret etmek için kullanmaları olduğunu eklemek belki yararlı olabilir. Maurice Cranston'ın yukarıda zikredilen *Freedom* ([Özgürlük], Londra 1953) adlı denemesinde gözlediği gibi, insanlar hiçbir zaman kendilerine iyi geldiğini düşündükleri bir şeyden yoksun olduklarını anlatmak için "Ben özgürüm" gibi ifadeler kullanmazlar. Hiçbir kimse, en azından gündelik işlerden söz ederken, "Paradan özgürüm" veya "sağlıklı olmaktan özgürüm" demez. İyi şeylerin yokluğuna karşı tutumlarını ifade etmek için insanlar başka kelimeler kullanırlar: Onlar bir şeyden yoksun olduklarını söylerler ve bu benim bildiğim kadarıyla hem geçmiş hem de bugünkü bütün Avrupa dillerinde böyledir. Başka bir ifadeyle, bir şeyden "özgür" olmak bizim için iyi olmayan bir şeyin yokluğu, buna karşılık bir şeyden yoksun olmak ise iyi olan bir şeyin eksikliği anlamına gelir.

Şüphesiz, sadece "birşeyden" ifadesiyle tamamlandığında özgürlüğün pek anlamı yoktur ve biz insanların bize yapmakta özgür oldukları şeyin ne olduklarını da söylemelerini bekleriz. Fakat "özgürlük" kelimesinde ve onunla ilişkili "özgür" gibi kelimelerde olumsuz bir imânın (implication) varlığı şüphe götürmez görünmektedir. Bu olumsuz gizli-anlam, "freedom"ın Latince karşılığı olan –ve farklı bir anlamı bulunmayan–<sup>12</sup> "liberty" terimiyle bağ-

12 Sir Herbert Read'in aksi kanaatine rağmen (aktaran Maurice Cranston, op. cit., s. 44).

lantılı olan türeme kelimelerde de vardır. söz gelişi, "liberal" hem Avrupa'da hem de Amerika'da, Amerikan ve Avrupalı "liberal" tarafından gayet farklı anlaşılan "kısıtlama"nın niteliğinden bağımsız olarak, "kısıtlama"ya karşı olumsuz bir tutuma işaret eden bir kelimedir.

Böylece, günlük dilde "özgürlük" ve "kısıtla(n)ma" karşıt terimlerdir. Şüphesiz, Tolstoy'un, bir tür "emir altında aylıklık" olarak gördükleri askerî hayatı sevdiklerini söylediği Rus subayları gibi, bir kimse "kısıtlama"dan veya bir tür "kısıtlama"dan hoşlanabilir. Dünyada muhtemelen tahmin ettiğimizden çok daha fazla insan "kısıtlama"dan hoşlanır. Aristo siyaset hakkındaki eserinin başında, insanların yönetmek için doğanlar ile kurallara uymak için doğanlar olmak üzere iki büyük gruba ayrıldığını söylediği zaman zekice bir yorum yapmıştır. Fakat bir kimse "kısıtlanma"dan hoşlansa bile, "kısıtlanma"nın "özgürlük" *olduğunu* söylemek kelimeleri suistimal etmek olurdu. Yine de "kısıtlanma"nın özgürlükle yakından bağlantılı bir şey olduğu düşüncesi en azından Batı dünyasındaki siyasî düşünceler tarihi kadar eskidir.

Sanırım bunun nedeni şudur: Başka insanların kendisini bir şekilde kısıtlamakta "özgür" olduğu hiç kimsenin o kişiler"den özgür" olduğu söylenemez. Başka bir ifadeyle, her bir kişi başka insanları kendisini kısıtlamadan kaçınmaya bir şekilde zorlayabiliyorsa "özgür"dür. Bu anlamda, "özgürlük" ve "kısıtlama" kaçınılmaz olarak bağlantılıdır ve insanlar "özgürlük"ten söz ettikleri zaman bu muhtemelen çok sık unutulur. Fakat günlük dilde "özgürlük"ün kendisi hiçbir zaman kısıtlama değildir ve özgürlükle kaçınılmaz olarak bağlantılı olan kısıtlama –yani, sadece başka insanları kısıtlamadan vazgeçirmek için onlara dayatılan bir kısıtlama– sadece olumsuz bir kısıtlama değildir. Bu bir kelime oyunundan ibaret değildir. O, neye riayet edileceğine ilişkin olarak bireylerin bir güce sahip oldukları her durumda veya "özgür" olduklarının söylenmesine imkân veren türden olumsuz bir güce sahip oldukları her durumda, siyasî toplumların günlük dilinde kelimelerin anlamının çok kısa bir tasviridir.

Bu anlamda, "serbest piyasa"nın da kaçınılmaz olarak bir "kısıtlama" fikrini ima ettiğini söyleyebiliriz: Bir piyasa toplumunun bütün üyeleri soyguncular veya hırsızlar gibi kişilere karşı kısıtlamaya başvurma yetkisine sahiptirler. Kısıtlama gücü "serbest



piyasa"nın tanımı gereği bir unsurdur. Piyasada işlem yapanların serbest bir piyasanın düşmanlarını kısıtlama yetkisine sahip olmaları bir serbest piyasanın temelidir. Bu nokta, dikkatlerini "serbest piyasa"ya yoğunlaştırarak sonunda onu devlet kısıtlamasının tam karşıtı olarak gören yazarlar tarafından galiba yeterince vurgulanmamaktadır.

Nitekim, söz gelişi, sade ve güçlü bir muhakemeyle ve ilgili bütün sorunlara muhteşem hâkimiyetiyle "serbest piyasa"nın kararlı bir savunusunu yapmasını çok takdir ettiğim bir yazar olan Prof. Mises şöyle demektedir: "[L]iberty ve freedom [özgürlük], kaçınılmaz olarak hegemonik olan devletin gücünün piyasanın işleyişini tehdit etmeyecek şekilde frenlendiği piyasa toplumunda bireylerin toplumsal durumlarının tasviri için kullanılan terimlerdir."<sup>13</sup> Burada fark ediyoruz ki, Mises devletin hegemonik bağınyı "kaçınılmaz" olarak nitelemekte, ama o özgürlükle, her zaman yaptığı gibi, "kolluk yetkisinin kullanılması üstündeki kısıtlama"yı<sup>14</sup> kasdetmektedir. Ancak, bir serbest ticaret taraftarının bakış açısından eklenmesinin makul olacağını düşündüğüm gibi, özgürlüğün aynı zamanda herhangi bir başkasının serbest piyasaya müdahale etme gücünü kullanması üstündeki bir kısıtlama anlamına da geldiğini açıkça eklemeyi ihmal etmektedir. Özgürlüğün bu anlamını kabul ettiğimiz ölçüde, hegemonik devlet gücü sadece frenlenecek bir şey değil aynı zamanda ve öncelikle başka insanların eylemlerini engellemek için de yararlandığımız bir şeydir.

Her iktisadî işlemin, kural olarak, aynı zamanda işlemin taraflarının anlaşmanın gerektirdiği gibi davranmamaları durumunda sonuçları resmî makamlarca cebren uygulanabilecek hukukî bir işlem de olduğunu iktisatçılar –inkâr etmeseler de– doğrudan dikkate de almazlar. Prof. Lionel Robbins'ın *The Nature and Significance of Economics*'te [İktisadın Mahiyeti ve Önemi] işaret ettiği gibi, iktisat ile hukukun ilişkisi hakkındaki araştırmalar iktisatçılar için hâlâ oldukça alışılmadıdır ve ilişkinin kendisi, tartışmasız olsa da, daha ziyade ihmal edilir. Birçok iktisatçı üretken-olan ve üretken-olmayan çalışma arasındaki ayrımı tartışmıştır ama Prof. Lindley Frazer'ın *Economic Thought and*

13 Ludwig von Mises, *Human Action: A Treatise on Economics* (New Haven: Yale University Press, 1949), p. 281.

14 *Ibid.*

*Language'*te [İktisadî Düşünce ve Dil] "yanlış-üretken" (misproductive) dediği işi –yani, işçi için yararlı olmakla beraber, kendileri için veya çalıştıkları kimseler için yararlı olmayan işi– onların çok azı incelemiştir. Dilencilerin, şantajcılarının, soyguncularının ve hırsızları gibi "yanlış-üretken" iş, muhtemelen iktisatçılar onun genellikle hukuka aykırı olduğunu peşinen kabul ettikleri için, iktisadın alanının dışında kalmıştır. İktisatçılar böylece kendilerinin olağan olarak dikkate aldıkları yararlı işlerin sadece çoğu ülkenin yürürlükteki hukuklarıyla bağdaşan işler olduğunu kabul ederler. Bu şekilde iktisat ile hukuk arasındaki bağlantı ima edilmektedir ama, iktisatçılar bunu nadiren incelemeye değer özel bir konu olarak görürler. Onlar, meselâ –mal mübadelesini mümkün kılan davranış mübadelesinin değil de– malların mübadelesinin bütün ülkelerin hukuku tarafından düzenlenmiş olduğunu ve gerektiğinde cebren uygulandığını düşünürler. Bundan dolayı, serbest bir piyasa, devlete "karşı" idame ettirilmesi gerekli olan veya devletten daha fazla "doğal" olan veya en azından ondan bağımsız olan bir şey olarak görünür. Aslında, bir piyasa devletin kendisinden daha "doğal" olmadığı gibi, piyasa da devlet de –söz gelişi– köprülerden daha doğal değildir. Bu gerçeği bilmezlikten gelen insanlar vaktiyle Montmartre'de bir kabarede söylenen şu iki mısrayı ciddiye almalıdırlar:

Gör bak nasıl da akli selim sahibiydi Doğa

Nehirleri tam da köprülerin altından akıtacak kadar

Elbette, iktisat teorisi insanlara piyasada başka insanların kısıtlamasından kaçınmak için pratik gücü veren devlet olduğunu görmezlikten gelmiş değildir. Robbins *The Theory of Economic Policy in English Political Economy*'de (İngiliz Siyasal İktisadında İktisat Politikası Teorisi, Londra, 1952) "iktisadî özgürlüğü hukuk teorisiyle ve Smith'den bu yana bu özgürlüğün yazarlarının da öne sürdükleri devletin işlevleriyle kombinasyon içinde görmediğimiz sürece", Marshall'ın iktisadî özgürlük sistemi dediği öğretinin öneminin "tamamen çarpıtılmış bir görüşünü elde edecek olduğumuzu" belirtmek suretiyle, bunu isabetli olarak vurgulamıştır. Fakat Prof. Robbins *Economic Planning and International Order*'de (İktisadî Planlama ve Uluslararası Düzen, Londra, 1937), şuna da işaret etmiştir ki, uluslararası ticaretin karşılaştırmalı ma-

liyetler teoreminin basit bir sonucu olarak ortaya çıkmayacağı, fakat bunun uluslararası serbest ticaretin –bir dereceye kadar serbest piyasanın bir ülke içindeki soyguncular veya hırsızlar gibi düşmanlarına benzeyen– düşmanlarından koruyacak bir tür uluslararası hukukî örgütlenmeyi gerektirdiği gerçeğine klasik iktisatçılar pek dikkat etmemişlerdir.

Öte yandan, bütün siyasî toplumlarda tam da kısıtlamanın "özgürlük"le bir şekilde kaçınılmaz olarak bağlantılı olduğu gerçeği, "özgürlüğü artırma"nın bu toplumlarda "kısıtlamanın artması"ile bir şekilde bağdaşabildiği düşüncesine yol açmış veya en azından onu kolaylaştırmıştır. Bu fikir de, esas olarak propagandadan değil de bu kelimelerin günlük dildeki anlamı hakkında ortaya çıkabilecek belirsizliklerinden ileri gelen, "kısıtlama" ve "özgürlük" terimlerinin anlamı hakkındaki bir karışıklıkla bağlantılı idi.

Prof. Mises "özgürlük"ün insanî bir kavram olduğunu söylüyor. Biz de, onun, bu terimi günlük dilde kullandığımız zaman daima insanların tercihlerinin ima edildiği anlamında insanî olduğunu eklemeliyiz. Fakat bu, bir kişinin sadece başka insanların gücünden "özgür" olduğunun söylenebileceği anlamına gelmez. Bu ibarelerin günlük dilde kullanıldığı şekliyle, bir insanın ayrıca bir hastalıktan, korkudan, ihtiyaçtan da "özgür" olduğu söylenebilir. Bu, bazı insanları "başka insanların kısıtlamasından özgürlük"ü söz gelişi "ihtiyaçtan özgürlük"le bir arada düşünmeye cesaretlendirmiştir, oysa bu ikinci "özgürlük" türünün ilkiyle hiçbir ilişkisi olmayabilir. Bir kâşif başka herhangi biri tarafından kısıtlanmadan kendi başına olmayı istediği çölde açlık çekiyor olabilir. Şimdi, o "açlıktan özgür" değildir ama, daha önce olduğu gibi, başka insanların "zorlamasından veya kısıtlamasından tamamen özgür"dür.

Gerek modern gerekse antik düşünürler bazı insanların açlıktan veya hastalıktan özgür olmadıkları olgusunu aynı toplumda başka insanların kendi vatandaşlarının kısıtlamasından özgür olmadıkları olgusuyla ilişkilendirmeye çalışmışlardır. Şüphesiz, bir kimse kendisine kötü davranan ve onun söz gelişi açlıktan ölmesine izin veren başka insanların esiri veya kölesi olduğu zaman, bu bağlantı aşikârdır. Fakat bu insanlar başkalarının kölesi olmadıkları zaman bağlantı hiç de açık değildir. Bununla beraber, bazı düşünürler bir kimse her ne zaman ihtiyaç duyduğu veya sadece

arzu ettiği bir şeyden yoksunsa, onun o şeye sahip olan başkaları tarafından haksız olarak yoksun bırakıldığına yanlış olarak inanmışlardır.

Tarih şiddet, soygun, arazi gaspları vb.nin örnekleriyle o kadar doludur ki, birçok düşünür özel mülkiyetin kökeninin tamamen şiddet olduğunu ve bundan dolayı ilkel toplumlarda olduğu kadar bugünkü toplumlarda da kesin olarak gayrimeşru olduğunu söylemekte kendisini haklı hissetmiştir. Söz gelişi, Stoacılar yeryüzündeki bütün arazinin başlangıçta bütün insanlar için ortak olduğunu tasavvur ediyorlardı. Onlar bu efsanevî duruma *communis possessio originaria* (başlangıçtaki ortak sahiplik) diyorlardı. Özellikle Latin ülkelerindeki bazı Kilise Babaları'nda bu varsayımın yansıması vardır. Bunun için, ünlü Milano başpiskoposu Aziz Ambrose milâdî beşinci yüzyılda, Doğa şeyleri herkese ortak olarak vermişken, özel mülkiyet haklarının gaspa dayandığını yazabiliyordu. O, kendi söylediğine göre, yeryüzündeki ve denizlerdeki her şeyin bütün insanların ortak kullanımı için yaratılmış olduğunu iddia eden Stoacılara atıfta bulunmaktaydı. Ambrose'nin Ambrosiaster olarak anılan bir şâkirdi Tanrı'nın herşeyi insanlara ortak olarak verdiğini ve bunun toprak için olduğu kadar güneş ve yağmur için de geçerli olduğunu söylemektedir. (Dünya'daki en muhteşem kiliselerden birinin kendi adını taşıdığı) Verona'lı Aziz Zeno da kadim zamanların insanlarına atıfla aynı şeyi söylemektedir: "Onların özel mülkleri yoktu ama güneş, günler, geceler, yağmur, hayat ve ölüm gibi her şeye ortaklaşa sahiptiler; bütün bu şeyler onlara Tanrı tarafından, herhangi bir istisnası olmaksızın, eşit olarak verilmişti." Aynı Aziz özel mülkiyetin baskı ve tiranlığın sonucu olduğu düşüncesini açıkça kabul ederek, ekliyor: "Özel mülk sahibi, pek çok başka insana yararlı olacak olan şeylerin kontrolüne tek başına sahip olması bakımından şüphesiz bir tirana (müstebit) benzer." Hemen hemen aynı düşünceye yüzyıllar sonraki bazı kilise hukukçularının (kanonistlerin) eserlerinde rastlanabilir. Meselâ, [12. yüzyıl Benedikten keşişi] Gratian'ın Kilise'nin kurallarını ilk defa sistematik olarak derlediği *decretum Gratiani*'de şöyle deniyor: "Her kim ihtiyacı olandan daha fazlasını elinde tutmakta kararlı ise o bir soyguncudur."

Marx dahil modern sosyalistlerin yaptığı bu fikrin gözden geçirilmiş bir biçimini üretmek olmuştur. Söz gelişi, Marx insanlık

tarihini çeşitli safhalara ayırır: üretim ilişkilerinin iş birliğine dayandığı ilk safha, bazı insanların ilk defa olarak üretim faktörlerinin kontrolünü ele geçirdikleri ve böylece çoğunluğun bir azınlığı beslediği ikinci safha. Eski Milan başpiskoposu daha az karmaşık ve daha etkili bir dille şöyle söylerdi: "Ortaklaşa şeylerin hukukunun sorumlusu Doğa, özel hukukun sorumlusu ise gasptir."

Şüphesiz, "herkes için ortak olan şeyler"den söz etmenin nasıl mümkün olduğunu sorabiliriz. Bütün şeylerin bütün insanlar için "ortak" olmasını kim niçin kararlaştırdı? Stoacılar ve onların takipçileri ile İsa'yı izleyen ilk yüzyıllardaki Hristiyan Babaları tarafından verilen alışıldık cevap, "tıpkı ayın, güneşin ve yağmurun bütün insanlar için ortak olması gibi, toprak ve benzeri şeylerin de ortak olmaması için hiçbir neden yoktur" şeklindedir. Komünizmin [ortaklaşmacılığın] bu savunucuları "ortak" kelimesinin semantik bir tahlilini yapma zahmetine girmemişlerdir. Aksi halde onlar toprağın, ayın ve güneşin olduğu gibi bütün insanlar için "ortak" olamayacağını ve dolayısıyla insanların toprağı ortak olarak işlemelerine izin vermenin onların açık havaya çıktıklarında ayı, güneş ışığını veya taze havayı kullanmalarına müsaade etmekle hiç de aynı olmadığını keşfederlerdi. Modern iktisatçılar bu ikisi arasındaki farkı, toprağın kıt olmasına karşılık ay ışığının kıtlığının söz konusu olmadığını belirterek açıklarlar. Bu ifadenin herkesçe bilinen apaçık bir gerçeği dile getiren niteliğine rağmen, işlenebilir/ekilebilir toprak gibi kıt şeyler ile ay ışığı gibi bol şeyler arasındaki sözde benzerlik, "sahip-olmayanlar"ın [mülksüzlerin] "sahip-olanlar" [mülk sahipleri] tarafından "kısıtlanmış" olduklarını, mülk sahiplerinin başlangıçta bütün insanlar için "ortak" olan şeylerden mülksüzleri haksız olarak yoksun bıraktıklarını iddia etmek için birçok insanın gözünde daima iyi bir neden olmuştur. "Ortak" kelimesinin kullanımındaki Stoacılar ve ilk Hristiyan Babaları tarafından başlatılan semantik karışıklık her türden modern sosyalistler tarafından sürdürülmüştür. Kanaatimce bunun kaynağında, özellikle son zamanlarda kendisini gösteren, "özgürlük" kelimesini "ihtiyaçtan özgürlük"ü "başka insanların kısıtlamasından özgürlük"le ilişkilendiren anlam belirsizliği yatmaktadır.

Bu karışıklık da başka bir karışıklıkla bağlantılıdır. Müşteri bekleyen bakkal, doktor veya avukatın her biri, gayet doğru olarak,

geçimi için müşterilere bağımlı olduğunun farkındadır. Fakat eğer hiçbir müşteri gelmezse, ortada olmayan müşterilerin bakkalı, doktoru veya avukatı aklıktan ölmeye zorladıklarını ileri sürmek dilin kötüye kullanılması olurdu. Oysa, sırf hiçbir müşterinin gelmemesi nedeniyle hiçbir kimse ona herhangi bir zorlama yapmış değildir. Meseleyi mümkün olan en sade bir şekilde ortaya koyarsak, aslında müşteriler yoktur. Eğer bir müşterinin çıkıp doktor veya avukata çok düşük bir ücret teklif ettiğini varsayarsak, bu sefer de bu müşterinin doktoru veya avukatı o ücreti kabul etmeye zorladığı söylenemez. Yüzme bildiği halde nehirde boğulmakta olduğunu gördüğü bir kişiyi kurtarmayan bir adamı kınayabiliriz, ama boğulmakta olan adamı kurtarmamakla onu boğulmaya "zorladığı"nı söylemek dilin kötüye kullanılması olur. Bu konuda, Shakespeare'in *Venedik Taciri*'ndeki Portia'nın Shylock'a karşı ve Antonio hesabına ileri sürdüğü argümanın haksızlığına kızgınlık duyan meşhur 19. yüzyıl Alman hukukçusu Rudolph Jhering'a katılmak zorundayım. Shylock'u kınayabiliriz ama onun Antonio'yu veya herhangi bir başkasını kendisiyle Antonio'nun ölümüyle sonuçlanacak bir anlaşma yapmaya "zorladığı"nı söyleyemeyiz. Shylock'un istediği sadece Antonio'yu imzalamış olduğu anlaşmaya riayet etmeye zorlamaktı. Buna rağmen, insanlar genellikle bir katili yargılayacak olduklarıyla aynı şekilde Shylock'u yargılamaya ve tefecileri sanki onlar soyguncuymuşlar veya korsanmışlar gibi kınamaya eğilimlidirler; oysa ne Shylock ne de herhangi bir sıradan tefeci, herhangi bir kimseyi kendisinden tefeci faiziyle para almaya zorlamakla doğru olarak suçlanabilirler.

Kişiyi kendi iradesine rağmen fiilen zarar veren bir şey anlamında "kısıtlama" ile Shylock'un ki gibi bir davranış arasındaki farka rağmen, Avrupa'nın son yüzyıllarında, başka insanların lehine belli bir fiil icra etmemiş olan ve dolayısıyla onların adına hiçbir şey yapmayan bir insanın sözde "ihmal"i yüzünden suçlanmasıyla ve başkalarını kendi iradelerine karşı bir şey yapmaya "zorlamış" gibi kınanmasıyla sonuçlanan semantik bir karışıklığı pek çok kişi günlük dile sokmaya çalışmıştır. Kanaatimce, bu benim aşına olduğum hiçbir ülkede günlük dilin doğru kullanımına uygun değildir. Yapılmasına onay vermediğiniz bir şeyi kendisi adına yapmaktan kaçındığınız bir kimseyi 'kısıtlamış' veya "zorlamış" olmazsınız.

İşçilerin işverenler tarafından –ve genel olarak "mülksüzler" in "mülk sahipleri" tarafından– "sömürüldüğü" hakkındaki bütün sosyalist teoriler son tahlilde bu semantik karışıklığa dayanmaktadır. On dokuzuncu yüzyıldaki İngiltere Sanayi Devrimi'nin kendinden-menkul tarihçileri işçilerin işverenler tarafından "sömürüldükleri"nden her söz ettiklerinde, kesinlikle, işverenlerin zor işlere karşılık düşük ücretleri kabul etmeleri için işçileri "zorladıkları"na ilişkin bu düşünceyi ima ederler. İngiltere'de 1906 tarihli İş Uyuşmazlıkları Yasası gibi mevzuatın, hukuk dışı eylemlerle kendi taleplerini kabul ettirmek için işverenleri zorlama ayrıcalığını sendikalara tanınmasının altında yatan fikir, çalışanların daha zayıf taraf olduğu için işverenler tarafından yüksek ücretler yerine düşük ücretleri kabul etmeye zorlanabildikleri idi. İş Uyuşmazlıkları Yasası'nun tanıdığı ayrıcalık, dönemin Avrupa liberallerinin aşına oldukları ve "özgürlük"ün günlük dildeki anlamına da uygun düşen, eğer başka insanların sizi kısıtlamasını engellemek için onları kısıtlayabiliyorsanız "özgür" olduğunuza ilişkin ilkeye dayanıyordu. Sıkıntı şurada idi ki, sendikalara bir ayrıcalık olarak Yasa'nın bahsettiği kısıtlama bu kelimenin günlük dildeki olağan anlamı iken, işverenleri engellemeye dönük olan bu ayrıcalıkla amaçlanan "kısıtlama" bu kelimenin günlük dilde o zaman ve hâlâ sahip olduğu anlamda anlaşılmamaktaydı. Meseleyi eğer bu bakış açısından düşünürsek, İngiliz yasama organının 1906 tarihli İş Uyuşmazlıkları Yasası'nın yerine getirmesini uygun gördüğü, "siyasî toplum üzerindeki şiddete dayalı ampirik operasyonla hukuk biliminin hiçbir ilgisi yoktur" diye *Haksız Fiil Hukuku*'nda yazan Sir Frederick Pollock'la mutabık olmak zorundayız. Ayrıca, dilin gündelik kullanımının "kısıtlama"ya bu türden şiddete dayalı bir operasyonu siyasî topluma dayatmayı uygun gören bir anlam verilmesiyle hiçbir ilgisi olmadığını da söylemek zorundayız.

Prof. T. S. Ashton gibi önyargısız tarihçiler göstermiştir ki, Napolyon Savaşları'ndan sonra İngiliz halkının yoksul sınıflarının genel durumu, bu ülkede yeni sanayi çağının girişimcilerinin davranışıyla hiçbir ilgisi olmayan nedenlerden kaynaklanıyordu. Bunun kaynağı İngiltere'nin kadim tarihine kadar geri götürülebilir. Dahası, ikna edici teorik kanıtlarla ve istatistiksel verileri incelemek suretiyle, iktisatçılar iyi ücretlerin yatırılan ser-

maye miktarı ile işçilerin sayısı arasındaki orana bağlı olduğunu göstermişlerdir.

Fakat bizim tezimizin ana noktası bu değildir. Eğer "kısıtlama"-ya az önce gördüğümüz gibi farklı anlamlar verilirse, İngiltere'de Sanayi Devrimi zamanında girişimcilerin sırf işçilere yeterli sayıda yeni ve iyi evler yapmadıkları için insanları eski ve sağlıklı evlerde yaşamaya "kısıtladıkları" sonucuna kolayca varılabilir. Aynı şekilde, elde edebilecekleri getirilerden bağımsız olarak, makine teçhizatına büyük yatırım yapmayan sanayicilerin işçilerini düşük ücretlerle yetinmeye "zorladıkları" söylenebilirdi. Gerçekte, bu semantik karışıklık çeşitli propagandalarla ve hem "özgürlük"ün hem de "kısıtlama"nın ikna edici tanımlarını yapmakla ilgilenen baskı grupları tarafından desteklenmektedir. Bunun bir sonucu olarak, insanlar kendileriyle ilgili herhangi şey yapmadıkları başka insanlar üzerinde sözüm ona "zorlama"ya başvurdukları için suçlanabilmektedirler. Nitekim, İkinci Dünya Savaşı öncesinde ve esnasındaki Mussolini ve Hitler'in propagandası, söz gelişi Kanada veya Birleşik Devletler gibi İtalya veya Almanya'dan uzak-taki başka ülkelerin halklarının, bu ülkeler Alman veya İtalyan ülkesinin tek bir kilometrekaresini bile almış olmadıkları halde, İtalyanları ve Almanları kendi yetersiz maddî kaynaklarıyla ve nispeten küçük ülkeleriyle yetinmeye "zorladıkları" iddiasını içeriyordu. Aynı şekilde, son Dünya Savaşı'ndan sonra birçok kimse tarafından –özellikle İtalyan "intelijansiya"sına mensup olanlar tarafından– bize deniyordu ki, Güney İtalya'nın zengin arazi sahipleri oradaki yoksul işçilerin sefaletinden doğrudan doğruya sorumludurlar veya Güneyin çöküntüsünden Kuzey İtalyalılar sorumludurlar. Oysa, Güney İtalya'daki arazi sahiplerinin zenginliğinin işçilerin yoksulluğunun nedeni olduğunu veya Kuzey İtalya halkının sahip olduğu makul hayat standardının Güney'de aynı standardın yokluğunun nedeni olduğunu gösterecek hiçbir ciddi kanıt sunulamamıştır. Bütün bu düşüncelerin altında yatan varsayım, aynen Kuzey İtalya sakinlerinin Güney'de yaşayanları sanayiler kurmak yerine ziraî gelirle yetinmeye "zorladıkları" gibi, Güney İtalya'nın mülk sahiplerinin de "mülksüzleri" yoksul bir hayat yaşamaya "zorladıkları"ydı. Şuna da işaret etmeliyim ki, Hindistan veya Mısır gibi bazı eski kolonilerin yönetici gruplarının Birleşik Devletler dahil Batı halklarına baskı dayatmaya çalış-



tıkları taleplerin çoğunun ve onlara yönelik tutumlarının altında benzer bir semantik karışıklık yatmaktadır.

Bu durum kendisini kısıtlanmış veya zorlanmış hissedenden insanların zaman zaman baş kaldırmaları, isyanları ve her türden düşmanca eylemleriyle sonuçlanır. Daha az önemli olmayan başka bir sonuç, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde, hukuken uygulanabilir araçlar, ayrıcalıklar, bağışlar, muafiyetler vb.yle sözde "kısıtlanmış" insanların bu kısıtlamaya karşı koymasını kolaylaştırmayı amaçlayan işlemler, yasalar ve hükümler serisidir.

Böylece, kelimelerin karışıklığı duyguların karışıklığına neden olur ve bunlar meseleleri daha da karışık hale getirecek şekilde karşılıklı olarak birbirine tepki verirler.

Ben birçok siyasî veya iktisadî sorunun uyuşmazlık yoluyla değil fakat söz konusu meseleler hakkında ilgili herkesin en azından prensip olarak anlaşmasını mümkün kılacak bir tür hesaplamayla çözülebileceğini düşünen Leibniz kadar saf değilim. Daha ziyade, eğer insanlar ondan yararlanacak bir durumda olsalardı, semantik aydınlanmanın yaygın olarak inanıldığından muhtemelen daha yararlı olacağını iddia ediyorum.



## ÖZGÜRLÜK VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

İNGİLİZCE KONUŞAN HALKLARIN "HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ" İFADESİYLE ne kast ettiklerini ifade etmek kolay değildir. Bu kelimelerin anlamı geçen yetmiş veya elli yılda değişmiştir ve ifadenin kendisi Amerika'da olduğu kadar İngiltere'de de oldukça modası geçmiş gibi görünmektedir. Oysa bir zamanlar o (Prof. Hayek'in 1955 yılında Mısır Ulusal Bankası'nda verdiği özgürlük ve hukukun üstünlüğü hakkındaki ilk dersinde işaret ettiği gibi) "onun kısa zamanda bütün dünyaya hâkim olmasının mukadder olduğundan pek az kimsenin şüphe edeceği şekilde, bütün Batılı ulusların uygulamalarını olmasa da zihinlerini tamamen fethetmiş olan" bir fikri ifade ediyordu.<sup>15</sup>

Süreç hâlâ devam etmekte olduğu için, bu değişimin tam hikâyesi henüz yazılamaz. Ayrıca, bu hikâye bir dereceye kadar karmaşık, parçalı ve sıkıcıdır ve en önemlisi sadece gazete, dergi ve kurgu okuyan ve hukukî meselelere veya yargısal otoritenin yahut yasama yetkilerinin devri gibi teknik inceliklere özel ilgi duymayan kişilerin bilmedikleri bir hikâyedir. Yine de o sadece "hukukun üstünlüğü" ifadesinin belirttiği hukukî ideali değil fakat "özgürlük" kelimesinin işaret ettiği siyasî ideali de geçmişte ve bugün paylaşan bütün Batılı ülkeleri ilgilendiren bir hikâyedir.

Prof. Hayek'in yukarıda anılan dersinde yaptığı gibi, "özgürlüğümüzün kaderine idare hukukuna ilişkin teknik tartışmada karar verilecek" olduğunu söyleyecek kadar ileri gitmeyeceğim. Ben bu kadere aynı zamanda başka birçok yerde de -parlamentolarda,

15 F. A. Hayek, *The Political Ideal of the Rule of Law* (Cairo: Fiftieth Anniversary Commemoration Lectures, National Bank of Egypt, 1955), s. 2. Bu kitabın hemen hemen bütün özü aynı yazar tarafından *The Constitution of Liberty*'de yeniden yayımlanmıştır.

sokaklarda, evlerde ve nihaî tahlilde vasıfsız işçiler ile bilim insanları ve üniversite hocaları gibi iyi eğitilmiş insanların zihinlerinde karar verilmekte olduğunu söylemeyi tercih ediyorum. Bu hususta bir tür sessiz devrimle karşı karşıya olduğumuz konusunda Prof. Hayek'le hemfikirim. Fakat onunla ve Fransa'dan Prof. Ripert'le birlikte bunun, sadece veya en başta hukukçular veya hükümette çalışan memurlar gibi teknisyenlerin önyak oldukları –hükümet darbesi anlamında– bir devrim olduğunu söyleyemedim. Başka bir ifadeyle, "hukukun üstünlüğü"nin anlamındaki sürekli ve ürpertici değişim, Burnham'ın daha yerinde ifadesiyle, "yönetim tekniğine ilişkin" (managerial) bir devrimin sonucu değildir. O, gerçek özellikleri ve anlamı kolayca ayırt edilemeyen ve tarihçilerin "zamanımızın genel eğilimi" gibi ifadelerle belirttikleri birçok olay ve durumla bağlantılı çok daha kapsamlı bir fenomendir. "Özgürlük" kelimesinin 19. yüzyılda çok sayıda farklı ve bağdaşmaz anlamlar üstlenmeye başladığı süreç, gördüğümüz gibi, semantik bir karışıklıkla ilgilidir. Daha az belirgin olan ama daha az önemli olmayan başka bir karışıklık da "hukukun üstünlüğü" ifadesinin kullanımındaki sessiz devrimi inceleyecek kadar sabırlı olanlara kendisini göstermektedir.

Kıta Avrupası'nın bilim insanları akıllı ve bilgili olmalarına ve Montesquieu ve Voltaire'in zamanından bu yana İngiliz siyasi sistemini takdir etmelerine rağmen, İngiliz Anayasası'nun anlamını doğru olarak kavrayamamışlardır. Özellikle İngiltere'deki kuvvetler ayrılığına ilişkin yorum söz konusu olduğunda, (çoğu kimsenin yanlış yorum olduğunu söyleyeceği) yorumunun İngilizce-konuşan ülkelerde sahip olduğu büyük etkiye rağmen, Montesquieu bu eleştiriye açık olanların muhtemelen en ünlü olanıdır. Seçkin İngiliz bilim insanları da bu sefer Kıta Avrupası anayasalarına ilişkin yorumları nedeniyle benzer bir eleştiriye maruz kalmışlardır. Bunların en ünlüsü muhtemelen Dicey'dir ki onun Fransız idare hukukunu yanlış anlaması başka bir ünlü İngiliz bilim insanı Sir Charleton Kemp Allen tarafından "temel bir hata" ve günümüzün İngilizce konuşan halklarında hukukun üstünlüğünün niçin şimdi olduğu gibi geliştiğinin ana nedenlerinden biri olarak görülmüştür. Gerçek şu ki, İngiltere'de devlet yetkileri Montesquieu'nun kendi zamanında inandığı gibi gerçekte hiçbir zaman ayrılmış değildir. Öte yandan, ne Fransa'nın *droit admi-*

*nistratif*i ne İtalya'nın *dritto amministrativo*'su ne de Almanların *Verwaltungsrecht*'i, Birleşik Krallık'ta yargının ve yürütmenin işlevlerindeki son zamanlarda meydana gelen değişimlerden söz eden Sir Carleton Kemp Allen ve genel olarak çağdaş İngiliz bilim insanlarının düşündükleri "idare hukuku"yla gerçekte aynıydı.

Konu hakkında uzun uzadıya düşündükten sonra şu sonuca vardım ki, bilim insanları ve sıradan insanların, Avrupa Kıtası'nda İngilizlerin "hukukun üstünlüğü"nü benimsemeye çalışan ve İngiliz veya Amerikan sisteminin Kıta tarafından taklidinin (örneğin Alman *Rechtsstaat*'ı, Fransız *etat de droit*'sı veya İtalyan *stato di diritto*'sunun) İngiliz "hukukun üstünlüğü"ne gerçekten de çok benzer olduğunu düşünmeleri, Dicey'nin ve Montesquieu'nun yanlış yorumlarından daha da temeldir. Bu husustaki bazı çok önemli farklar hakkında açık-seçik bir görüşe sahip olan ve çeşitli düşünürlerin Fransa'nın ve genel olarak Avrupa Kıtası'nın anayasalarına karşı oldukça önyargılı olduğuna inandıkları Dicey'nin kendisi aslında 20. yüzyılın başında İngiliz veya Amerikan "hukukun üstünlüğü" ile Kıta anayasaları arasında çok büyük bir fark olmadığını düşünüyordu:

Eğer gözlemimizi 20. yüzyıl Avrupa'sıyla sınırlarsak, çoğu Avrupa ülkesinde hukukun üstünlüğünün artık neredeyse İngiltere'deki kadar yerleşik olduğunu ve politikaya karışmış olmayan her düzeydeki özel kişilerin hukuka uydukları (keep) sürece hükümetten de başka herhangi bir kimseden de pek korkmadıklarını pekâlâ söyleyebiliriz.<sup>16</sup>

Öte yandan, Kıtalı bazı bilginler –örneğin, Guizot ve Benjamin Constant gibi büyük Fransız *garantist*leri ile Karl von Rotteck, K. Welcker Robert von Mohl ve Otto von Gierk gibi Alman *Rechtsstaat* teorisyenleri– onların kendi yurttaşlarına İngiltere'ninkine çok benzer bir devlet tipini tanımlayıp tavsiye ettiklerini (kanaatimce, yanlış olarak) varsayıyorlardı. Günümüzde de Prof. Hayek Alman *Rechtsstaat* öğretisinin 19. yüzyılın sonunda tarihsici ve pozitivist reaksiyonerler tarafından tahrif edilmeden önce "hukukun üstünlüğü" idealine, uygulamada değilse de teoride, büyük katkı yapmış olduğunu göstermeye çalışmıştır.

16 Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th ed., London: Macmillan, 1915), s. 185.

Bu idealin ve bozulmasından önceki *Rechtsstaat* idealinin hakikaten çok ortak yönü vardı. Dicey'nin İngiliz "hukukun üstünlüğü"nün ne olduğunu açıklamak için yukarıda belirtilen kitapta son derece parlak bir şekilde tanımladığı hemen hemen bütün özelliklerin izleri 1789 Fransız Anayasası'ndan günümüz anayasalarına kadar Kıta anayasalarında da bulunabilir.

*Hukukun üstünlüğü* (supremacy of law) Dicey'nin tahlilinde zikredilen başta-gelen özellikti. Dicey İngiliz mahkemelerinin eski hukukuna atıfta bulunuyordu: "Hukuk kralın hem kendisini hem de tebaasını yönetmek üzere tevarüs ettiği en üstün varlıktır, o olmadan ne kralın kendisi ne de ülke olurdu." Dicey'ye göre, hukukun üstünlüğü şu üç kavrama tekabül eden ve dolayısıyla terimin üç farklı anlamını ima eden bir ilkeydi: (1) Devletin keyfî olarak yurttaşları cezalandırmaktan ve hayat veya mülkiyete karşı eylem ve işlemlerden kaçınması, (2) Her kişinin, rütbesi ve konumu ne olursa olsun ülkenin olağan hukukuna ve olağan mahkemelerin yetkisine tâbi olması, (3) "Birçok yabancı anayasaya göre bireysel haklara sağlanan güvenlik anayasanın (soyut) genel ilkelerinden kaynaklanırken...; İngiliz Anayasası'nın (kişisel özgürlük hakkı veya kamusal mekânlarda toplanma hakkı gibi) genel ilkelerinin yargısal kararların sonucu oldukları"na ilişkin İngiliz kurumlarının hukukî ruhunun hakim olması.<sup>17</sup>

Dicey'nin Amerikan sistemini Kıta Avrupası sistemleriyle aynı grup içinde sayıp saymadığını Amerikalılar merak edebilirler. Onlar kendi bireysel haklarını Anayasalarında ve İlk On Ekte yer alan genel ilkelerden türetirler veya türetir görünürler. Aslına bakılırsa, Birleşik Devletleri tevarüs ettiği İngiliz gelenekleri nedeniyle tipik bir "hukukun üstünlüğü" altında yaşayan ülke örneği olarak görüyordu. Bir yandan "yazılı bir haklar belgesini Anayasanın metnine dâhil bile etmemiş olan" Kurucu Ataların başlangıçta bunun zorunlu olmadığını düşündükleri gerçeği, öbür yandan bireylerin hakları söz konusu olduğunda olağan mahkemelerin yargısal kararlarının Birleşik Devletlerin siyasî sisteminde o zaman ve hâlâ sahip olduğu önem hatırlanırsa, Dicey haklıydı.

"Hukukun üstünlüğü"nün daha yeni seçkin teorisyenleri arasında Prof. Hayek bu idealin tam olarak değilse de önemli ölçüde

<sup>17</sup> *Ibid.*, s. 191.

Dicey'nin tanımına karşılık gelen dört özelliğini dikkate almaktadır. Prof. Hayek'e göre, hukukun *genellik*, *eşitlik* ve *kesinliği* ile cebrî işlemlerdeki idarî takdirin *daima* bağımsız mahkemelerin *denetimine tâbi olması* meselenin özüdür, hukukun üstünlüğünün hâkim olup olmadığını kendisine bağlı olarak belirleyebileceğimiz püf noktasıdır.<sup>18</sup>

Görünüşe göre, Prof. Hayek'in ve Dicey'nin teorileri bazı küçük detaylar hariç örtüşmektedir. Doğrudur, Prof. Hayek hukukun "genelliği"yle ilgili olarak kanunlarla emirler arasındaki farkı vurgulamakta ve hukukun hiçbir zaman muayyen bireylerle ilgili olamaması veya hangi muayyen bireyleri etkileyecek olduğunun yapım anında öngörülebilir olmaması gerektiğine işaret etmektedir. Fakat bu Dicey'nin "hukukun üstünlüğü"nü devletin keyfî yetkisinin olmaması anlamına geldiği fikrinin açılımından ibaret görülebilir. *Eşitlik* de Dicey'ye göre hukukun üstünlüğünün, rütbesi veya konumu ne olursa olsun herkesin ülkenin olağan hukukuna tâbi olduğu şeklindeki ikinci özelliğinin tanımında saklı olan bir fikirdir.

Bu bağlamda Dicey'nin ve Hayek'in eşitliğe veya en azından onun bazı bakımlardan uygulanmasına ilişkin yorumları arasındaki bir farka dikkat çekmemiz gerekiyor. Prof. Hayek Fransız *droit administratif*in yorumuyla ilgili "temel bir hata"dan dolayı Dicey'yi eleştirmekte Sir Carleton Kemp Allen'la aynı görüştedir. Onlara göre, Dicey Fransız ve genel olarak Kıta idare hukukunun, en azından olgunluk döneminde, olağan mahkemelerin denetimine tâbi olmadığı için bir tür keyfî hukuk olduğuna inanmakta hatalıydı. Dicey'ye göre, İngiltere'de olduğu gibi Fransa'da da sadece olağan mahkemeler ülkenin olağan hukukunu uygulamak suretiyle vatandaşları gerçekten koruyabilirdi. Özel kişilerin devletin hizmetinde çalışan memurlarla ihtilafı oldukları davalarda karar verme yetkisinin –Fransa'daki *conseil d'etat* gibi–özel yetkili mahkemelere verildiği gerçeği, Dicey'nin gözünde, hukukun bütün yurttaşlara eşit olarak uygulanması gereğine Kıta'da gerçekte riayet edilmediğinin bir kanıtıydı. Memurlar resmî sıfatlarıyla sıradan yurttaşlarla davalı olduklarında "bir dereceye kadar ülkenin olağan hukukundan muaf" idiler. Prof. Hayek'e göre,

18 F. A. Hayek, *op. cit.*, s. 45.

Dicey'nin ayrı idarî mahkemelerin var olmasının daima ülkenin olağan hukukunun ve dolayısıyla hukukun üstünlüğünün inkârı anlamına geleceği görüşü yanlış olduğu için, o bu görüşüyle Avrupa'daki yeni bürokratik mekanizmayı bağımsız mahkemeler aracılığıyla denetleyebilecek kurumların doğmasının önlenmesine veya geciktirilmesine büyük bir katkıda bulunmuştur. Oysa gerçek şudur ki, *conseil d'etat* Batı Avrupa'nın çoğu ülkesinde olduğu gibi Fransa'da da sıradan yurttaşlara oldukça tarafsız ve etkili bir koruma sağlamaktadır.

Bununla beraber, *conseil d'etat*'nin oluşum ve işleyişine benzer bir sürecin Birleşik Krallık'ta henüz gerçekleşmemiş olmasından Dicey'yi sorumlu tutmak âdil midir? Galiba İngiltere'de üst derece idare mahkemelerinin gelişmesini engelleyen şey, Allen'ın işaret ettiği gibi, İngiltere'de yabancı kurumların ithali konusundaki çekimserliktir.<sup>19</sup> Gerçekten, İngiliz-tarzı olmayan hukuk ve yargıya yönelik husumet İngiliz halkının eski bir karakteristiğidir. İngiliz adalarının bugünkü sakinleri ne de olsa yüzyıllar önce "Anglo-Saksonların kanunlarında yapılan hiçbir değişikliği istemedikleri"ni ("nolumus leges Angliae mutari") gururla ilân edenlerin torunlarıdır. Kıta hukukunun İngiltere'ye ithal edilmesine karşı direnişte Dicey'nin rolü nispeten küçüktü. Allen'ın kendisi İngiliz bürokrasisine karşı yurttaşları korumak için hangi araçların benimseneceğini ihtiyatlı bir şekilde önerirken, hemen ardından "aklı başındaki hiç kimsenin İngiltere'ye *conseil d'etat*'yı taklit etmeyi önermeyeceğini" ve "idare hukuku'nun *droit administratif*'le aynı şey olduğuna hâlâ inanan kişilerin çoktan geride kalmış bir çağda yaşamakta oldukları"ni eklemektedir.<sup>20</sup>

Bu arada, Sir Carleton'la ilgili şöyle bir eğlenceli husus var: Carleton eserinin başında zavallı Dicey'yi "Fransız idare hukukuyla [yaptığı] ilgisiz karşılaştırma" için kınar ve onu "İngiliz halkını, Fransa'daki idare hukukunun sonuçta hukuk dışı devlet faaliyetine karşı yurttaşlara büyük ölçüde bir koruma sağlamak yerine memurları ayrıcalıklı özel bir yere koyduğu izlenimi altında bırakmak"la<sup>21</sup> itham ederken, burada "idare hukuku"nun yabancı *droit administratif*'ten çok daha iyi bir şey olduğunu ima

19 Carleton Kemp Allen, *Law and Orders* (London: Stevens & Sons, 1956 ed.), s. 396.

20 *Ibid.*, s. 396.

21 *Ibid.*, s. 32.



ediyor görünmektedir. Bunun halihazırdaki İngiliz idare hukukunun İngiliz Tacı'nın tebaasına hiç sunmadığı bir koruma olduğunu da ekleyebiliriz. Çünkü, yakınlarda başka bir İngiliz bilim insanı Ernest F. Row'un belirttiği gibi,

Fransız idare mahkemeleri mahkemelerdir ve diğer mahkemelerinkine benzer bir usulle belirlenmiş mükemmel bir kanunu uygularken, yeni İngiliz sistemi [yani, İngiltere'nin önceki Başyargıcının "idarî hukuksuzluk" ve "yeni despotizm" olarak nitelediği, yargısal işlevlerin yürütmeye verilmesi] kesinlikle böyle değildir; çünkü bu sistemde bireyler ile devlet arasındaki uyumsuzluklar kendisi uyumsuzluğun bir tarafı olan devlet tarafından, herhangi bir düzenli ve tanınmış ilkelere göre ve kesin bir şekilde tanımlanmış hukukî bir usulle değil de tamamen keyfî bir şekilde çözülmektedir.<sup>22</sup>

Dicey ve Hayek görünüşe göre hukukun üstünlüğünün bir özelliği olarak eşitliğin yorumunda çok az farklılaşmaktadırlar. İkisi de yurttaşlara hukuk önünde eşitliğin sağlanmasında bağımsız mahkemelerin esas olduğunu ileri sürmektedir. Mahkemelerin işlevlerinin iki yorumu arasında şöyle ufak bir fark var görünüyor: Dicey biri sadece sıradan yurttaşlar arasındaki uyumsuzlukları çözmek, diğeri ise sıradan yurttaşlarla devlet görevlileri arasındaki uyumsuzlukları çözmek için olmak üzere iki farklı yargısal düzenin varlığını kabul etmezken; Hayek ikisinin de yürütmeden gerçekten bağımsız olması şartıyla, iki farklı yargı düzeninin varlığına itiraz edilemeyeceğini düşünmektedir.

Ama galiba mesele Prof. Hayek'in ulaştığı sonucun ima eder görüldüğü kadar basit değildir. Şüphesiz, bağımsız idarî mahkemeler bugün İngiltere'de ve bir ölçüde Birleşik Devletler'de olduğu gibi, yürütmeye idarî meselelerde yargısal yetki verilmesinden daha iyidir. Fakat tam da "idarî mahkemeler" in varlığı, ülkede tek bir hukuk sistemi mevcut olsa ve *common law* yanında bir de idare hukuku olmasaydı olacak olandan farklı olarak, ülkede herkes için tek bir hukukun var olmadığı ve dolayısıyla bütün vatandaşların hukuk önünde eşitliğine gerçekten riayet edilmediği (Dicey'nin hazzetmediği) gerçeğini daha da öne çıkarmaktadır.

22 Ernest F. Row, *How States Are Governed* (London: Pitman & Sons, 1950), s. 70. Birleşik Devletler'deki durum için, bkz., Walter Gellhorn, *Individual Freedom and Governmental Restraints* (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1956) ve Leslie Grey, "The Administrative Agency Colossus," *The Freeman* (October, 1958), s. 31.

Roscoe Pound Prof. Hayek tarafından zikredilen bir denemede<sup>23</sup> kamu hukukunun yorumlanmasına ilişkin çağdaş eğilimlerin, kamu görevlisinin "uyuşmazlığın bir tarafını kamu yararıyla özdeşleştirmesine ve böylece ona büyük bir değer verip diğerlerini görmezlikten gelmesi"ne izin vermek suretiyle, "bireyin çıkarlarını kamu görevlisininkiler"e nispetle ikincil konuma ittiğine dikkat çekmiştir. Bu, bağımsız mahkemeler tarafından uygulanıp uygulanmadıklarından bağımsız olarak, idare hukuklarının aşağı yukarı her türü için geçerlidir. Özel vatandaşlar ile resmî sıfatıyla hareket eden devlet görevlileri arasındaki bütün ilişkilerin altında yatan genel ilke, (örneğin, Alman Jellinel veya Fransız Hauriou veya İtalyan Romano gibi) Kıtalı teorisyenlerin bireyin idare karşısındaki tâbi statüsü (*status subjectionis*) ve dolayısıyla idarenin bireye "üstünlüğü" diyecekleri şeydir. Devlet görevlileri, kamu idaresinin temsilcileri sıfatıyla, yurttaşlar üzerinde öncelikli haklara (*eminentia jura*) sahip olan kişiler olarak görülürler. Nitekim, memurlar, meselâ, meşrulukları bir hâkim tarafından denetlenmeden, karar veya emirlerini icra etmeye yetkilidirler; oysa eğer özel bir vatandaş başka bir özel vatandaştan herhangi bir şey talep etseydi böyle bir denetim gerekecekti. Kıta hukukçularının, bireylerin, idarenin öncelikli haklarını veya üstünlüğünü sınırlayan kişisel özgürlük hakkına sahip olduklarını da kabul ettikleri doğrudur. Fakat idarenin üstünlüğü ilkesi bugün Kıta Avrupası ülkelerinin ve bir dereceye kadar dünyadaki bütün ülkelerin idare hukuklarının bir vasfıdır.

İdare mahkemelerinin özel kişilerle memurlar arasındaki uyuşmazlıkları karara bağlarken dikkate aldıkları kesin olarak bu prensiptir; oysa olağan [genel] mahkemelerin yargıçları bir davadaki bütün özel tarafları tam olarak aynı düzeyde görür. Kendi başına idare mahkemelerinin yürütmeden veya devlet görevlilerinden ne derece bağımsız olduğuyla hiçbir ilgisi olmayan bu gerçek idare mahkemelerinin ayrı bir yargı düzeni olmasının temelinde yatmaktadır. Bu durumda, (ister devlet görevlileri olsun, isterse olmasınlar) yurttaşlar arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesinde dikkate alınması gereken yegâne hukukun Dicey'nin anladığı şekliyle hukukun üstünlüğüyle uyumlu olan hukuk olduğunu kabul edersek, onun ulaştığı, (hükümetten ister bağımsız olsunlar

23 F. A. Hayek, op. cit., s. 57.

isterse olmasınlar) bir idare mahkemeleri sisteminden kaçınılması gerektiği ve sadece olağan [genel] mahkemelerin kabul edilmesi gerektiği şeklindeki sonuç tamamen tutarlıdır.

Dicey'nin ulaştığı sonuç günümüz şartlarına uygun olabilir veya olmayabilir; ama o hukuk önünde eşitlik ilkesinin, yani "hukukun üstünlüğü"nin anlamına ilişkin hem onun hem de Prof Hayek'in yorumunun ima ettiği ilkelerden birinin, bir sonucudur.

Dicey'ye göre, İngiltere'de,

hukukî eşitlik veya herkesin olağan mahkemeler tarafından uygulanan tek bir hukuka evrensel tâbiyeti fikri en üst sınırına ulaşmıştır. Başbakanın yüksek bürokrata veya vergi tahsildarına kadar her devlet görevlisi hukuka aykırı olarak yaptığı her eylem için herhangi bir başka vatandaşla aynı sorumluluk altındadır. Karar derlemeleri, memurların görevlerini yerine getirirken yetkilerini aşarak yaptıkları ve mahkemeler önüne getirilen eylemler için resmî sıfatlarıyla cezalandırılmakla veya verdikleri zararları tazmin etmekle sorumlu tutuldukları davalarla doludur. Bir koloni valisi, bir bakan, bir subay ve resmî üstlerinin emirlerini yerine getireseler de bütün emir altındakiler hukukun yetki vermediği her eylemden herhangi bir özel veya resmî-olmayan kişi gibi sorumludurlar.<sup>24</sup>

Dicey'nin 1885'te tasvir ettiği durum kesinlikle halihazırda hâkim olan durum değildir, çünkü İngiltere'deki yeni "idare hukuku"nun tipik bir özelliği uyuşmazlığın taraflarından birinin yürütme olduğu veya olabileceği birçok davanın olağan [genel] mahkemelerin yetki alanından çıkarılmış olmasıdır.

Dicey'nin idare mahkemelerini kendisinin açıkça belirttiği herkesin tek bir hukuka evrensel tâbiyeti ilkesine dayanarak kınamasından dolayı eleştirilmesi haklı değildir. Aksi halde, bütün insanlar hukuk önünde eşit iken, bazı insanların "diğerlerinden daha eşit" oldukları sonucuna varmamız gerekir.

Aslında, kuralın muhtevasından bağımsız olarak anlaşılan tamamen şekli –hatta törensel– bir hukukilik ilkesinin *Rechtsstaat*'ın ve başlangıçtaki anlamıyla "hukukun üstünlüğü"nin yerine geçirdiği siyasal sistemlerde hukuk önünde eşitlik ilkesinin yorumunun nereye kadar gidebileceğini artık biliyoruz.

24 Dicey, *op. cit.*, s. 189.

Kendilerine aynı kanunları uygulayacağımız istediğimiz kadar çok insan kategorisi oluşturabiliriz. Başka kategoriler içinde yer alan diğer insanlara başka kanunların gayet farklı muamele edeceği gerçeğinden bağımsız olarak, her bir grup içindeki insanların hepsi kendilerine uygulanan belirli bir kanun önünde "eşit" olacaktır. Nitekim, kanunda tanımlanan belli bir kategori içinde yer alan herkese idare mahkemeleri tarafından aynı şekilde muamele edilmesini öngören bir "idare hukuku" yaratabiliriz ve onunla yan yana başka kategorilere dahil insanlara olağan/genel mahkemeler tarafından en az o kadar eşit muamele edildiği bir "common law" tasavvur edebiliriz. Böylece, "eşitlik" ilkesinin anlamında ufak bir değişiklik, onu muhafaza etmişiz gibi davranabiliriz. Bu durumda, "hukuk önünde eşitlik" yerine bütün sahip olacağımız şey, aynı ülkede yapılmış iki kanun sisteminin her biri önünde eşitlik-tir veya Dicey'ci formülün dilini kullanırsak, ülkede bir değil iki hukuka sahip olacağız. Elbette, aynı şekilde ülkede üç, dört veya binlerce hukuka da sahip olabiliriz; biri ev sahipleri, biri kiracılar, biri işverenler, biri işçiler vd. için. Bu tam da "hukukun üstünlüğü" ilkesine ve dolayısıyla "hukuk önünde eşitlik"e sözde bağlı olan çoğu Batı ülkesinde bugün olmakta olan şeydir.

Aynı mahkemelerin ülkenin bütün kanunlarını ilgili kategori içinde yer alan herkese eşit olarak uygulamaya yetkili olduklarını da tasavvur edebiliriz. Buna hâlâ kabaca "hukuk önünde eşitlik" denebilir. Fakat açıktır ki, böyle bir durumda herkes bir bütün olarak düşünüldüğünde ülkenin hukuku altında eşit muamele görmeyecektir. Söz gelişi, İtalya'da anayasanın üçüncü maddesi "bütün yurttaşların hukuk önünde eşit oldukları"nı belirtmektedir. Ne var ki, gerçekte, ev sahiplerini önceki anlaşmalarına aykırı olarak kiracılarını çok düşük bir kira ücretinde tutmaya zorlayan kanunlar vardır; oysa ev sahibi-kiracı ilişkisinden başka konularda sözleşme yapan başka insan gruplarına herhangi bir özel kanun müdahale etmemekte ve bunlar hâlâ yaptıkları anlaşmaları koruyabilmektedirler, hatta korumak zorundadırlar. Benim ülkemde, bizi devlet belirlediği ve birçok durumda maliklerinin piyasa fiyatına nispetle çok düşük buldukları bir tazminat karşılığında kişileri arazilerinin bir kısmından vazgeçmeye zorlayan başka kanunlar da vardır. Oysa, başka kişiler –meselâ bina, ticarî firma veya menkul değerler sahipleri– hâlâ mülkleriyle istediklerini yapmak-

ta serbesttirler. İtalyan Anayasa Mahkemesi yeni bir kararında, bu fiyatın ülkenin ortak yararına ilişkin olarak belirlendiği gerekçeyle (tabîî, neyin "ortak yarar" olduğunu belirlemek çok zordur), toprak reformu kanunlarıyla devleti mülklerine el koyduklarına itibarî bir fiyat ödemeye yetkilendiren bir kanunu geçerli saymıştır. Teorisyenler muhtemelen bütün bunları açıklamak üzere bir dizi prensip geliştirebilir ve ev sahiplerinin *tâbiliği yasa*sından veya kiracıların ve mülk sahiplerine ödenecek miktarı belirleyen devlet görevlilerinin öncelikli haklarından veya üstünlüğünden söz edebilirlerdi. Fakat esasta bir değişiklik yoktur: Bir bütün olarak düşünüldüğünde ülkenin hukuku insanlara Dicey'nin meşhur kitabında kastettiği anlamda eşitler olarak muamele etmemektedir.

Aynı ülkede farklı yurttaş grupları için aynı anda geçerli olan çeşitli kanunların [var olma] fakat bunların farklı olarak uygulanma imkânı (en yaygın örneği, bütün Batı ülkelerinin malî politikalarının zaten genel bir özelliği durumunda olan, yurttaşların gelirlerine göre artan oranlı vergilemedir) de *kanunun genelliği* ilkesiyle ilgilidir. Aslında, bir kanuna bir diğerine kıyasla *genellik* verenin ne olduğunu tespit etmek kolay değildir. "Genel" kanunların tasarlanabilmesine dayanak teşkil edebilecek birçok "cinsler" (genera) ve aynı "cins" (genus) içinde mütalâa edilebilecek birçok "tür" (species) vardır.

Dicey "hukuk ruhu"nun İngiliz kurumlarının özel bir vasfı olduğunu düşünüyordu. Ona göre, bütün İngiliz siyâsî sistemi "mahkemeler önüne getirilen davalardaki özel kişilerin haklarını belirleyen yargısal kararlardan" çıkan genel ilkelere dayanıyordu. O bunu, "bireylerin haklarına sağlanan güvenliğin anayasanın genel ilkelerinden doğduğu" Kıta'da (ve Birleşik Devletler'de de, demiş olabilirdi) olan durumla karşılaştırır. Dicey bununla ne kast ettiğini şu satırlarda her zamanki berrak üslubuyla açıklamıştır:

Hukuk sorunlarına mantığın uygulanmasına müsaade edilirse, bu meselede Belçika Anayasası ile İngiliz Anayasası arasındaki fark şöyle tanımlanabilir: Belçika'da bireysel haklar anayasanın ilkelerinden yapılan çıkarımlar/tümdengelimler (deductions) iken, İngiltere'de anayasanın ilkeleri denenler muayyen bireylerin haklarıyla ilgili olarak mahkemelerin açıkladıkları özgül kararlara dayanan tümevarımlar veya genelleştirmelerdir.<sup>25</sup>

25 Loc. cit

Yine Dicey'ye göre, "bu elbette" kendi başına önemi olmayan "şeklî bir fark" olmasına rağmen, söz gelişi bir dizi hak ilân eden 1791 Fransız Anayasası'na ilişkin tarihsel kanıtlar büyük pratik farklılıklar ortaya çıkarmıştır. "İnsanoğlunun kayıtlı tarihinde bu hakların hepsinin tamamen güvensiz olduğu bir dönem hiçbir zaman var olmamışken, Fransız Devriminin zirve noktasında [bunlar] büsbütün yoktular." İngiliz ve Kıta Avrupası sistemleri arasındaki bu farklılıkların nedeni, Dicey'ye göre, kanun koyucuların yurttaşların haklarını kullanmalarını emniyete alacak hukukî çareler bulmadaki beceriksizliğiydi (Dicey burada İngiliz yargıçlarının yasama organlarının çalışmasıyla ilgili ünlü sabırsızlıklarını yansıtır görünmektedir). Dicey bu becerinin yazılı anayasalarla bağdaşmaz olduğunu düşünmüyor ve "Amerikan devlet adamlarının Amerikan anayasalarının ilân ettikleri haklara hukukî güvenlik kazandırmanın araçlarını sağlamada gösterdikleri eşsiz beceri"yi –ki "hukukun üstünlüğü İngiltere'nin olduğu gibi Birleşik Devletler'in de belirgin bir özelliği olması bu sayede mümkün olmuştu"– takdirle anıyordu.<sup>26</sup> Dicey'ye göre, İngiliz Anayasası altında bireyin haklarını kullanması Kıta anayasaları altında benzer hakların kullanılmasından daha *kesindi* ve bu "kesinlik" esas olarak İngilizce konuşan halkların bu haklarla bağlantılı çareler geliştirmedeki daha büyük hukukî becerilerinden ileri geliyordu.

Kesinlik, Prof. Hayek'in de "hukukun üstünlüğü" idealine ilişkin yakınlardaki tahlilinde vurguladığı bir özelliktir. Hayek bunu Dicey'den sadece görünüşte farklı olan bir biçimde kavramaktadır, her ne kadar bu farklılık bazı bakımlardan çok önemli olabilirse de.

Hayek'e göre<sup>27</sup>, hukukun kesinliği muhtemelen en fazla toplumun iktisadî faaliyetleri için önemlidir ve bu, hukukun kesinliğinin pek öyle erkenden sağlanamadığı Doğu'ya nispetle, Batı dünyasının zenginlik ve refahının daha büyük olmasına fazlasıyla katkı yapmıştır. Fakat Hayek hukuka atıf yaptığında "kesinlik" teriminin doğru olarak ne anlama geldiğini tahlil etmemektedir. Bu, her ne kadar Dicey'nin, Hayek'in ve başka bilim insanlarının çok fazla girmedikleri bir mesele ise de, "hukukun üstünlüğü"-ne ilişkin bir teoride çok dikkatle ele alınmasına ihtiyacı olan bir

26 *Ibid.*, s. 195.

27 F. A. Hayek, *Op. cit.*, s. 36.

noktadır. Kıta ve İngiliz bilim insanları arasındaki hukukun üstünlüğüyle ve görünüşe göre yazılı anayasalar ve *Rechtsstaaten* vd. gibi benzer kavramlarla ilgili yanlış anlamaların çoğunun tam da temelinde "hukukun kesinliği" ifadesinin farklı anlamları [yatıyor] olabilir. Dicey hukukun üstünlüğünün ana özelliklerini tanımladığında hukukun "kesinliği"nin onun için ne anlama geldiği hakkında tam olarak açık-seçik bir anlayışa sahip değildi. Görünüşte, bu gerçek anayasa hukuku dahil İngiliz geleneksel *common law*'unda yazılı –dolayısıyla, bir bakıma, kesin olan– kuralların yokluğuyla bağlantılıdır. Eğer kesinlik sadece yazılı kurallarla bağlantılı olsaydı, ne *common law* ne de onun bir parçası olan anayasa hukuku hiç de kesin olmazdı. Aslında, realist okula mensup İngilizce konuşan –özellikle Amerikan– hukukçu ve siyaset bilimcilerin içtihat hukukunun "kesin olmayışı"na [belirsizliğine] yönelik son zamanlardaki saldırıları, "kesinlik" teriminin, okuyan tarafından lâfzı istediği gibi değiştirilmemesi gereken kesin bir yazılı formülün varlığını ima eden bir anlamına dayanmaktadır. Yazılı-olmayan hukuka bu tahammülsüzlük çağdaş hukukî ve siyasî sistemlerde yazılı kuralların sayısının artmasının ve İngiliz Uluslar Topluluğundaki başka ülkeler ile Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu kadar İngiltere'de de içtihadî hukuka (yani, yazılı-olmayan hukuka) nispetle yazılı (vaz edilmiş) hukuka verilen ağırlığın artmasının doğal bir sonucudur.

Hukukun kesinliği, Hayek'in de hukukun üstünlüğü hakkındaki derslerinde "kesinlik" kelimesine verdiği anlamda, –Almanların *Rechtssaetze* diyecekleri– kesin bir şekilde yazılmış formül fikriyle bağlantılıdır. Hayek "kural-koyma [yetkisi]nin seçimle gelmeyen bir makama devrinin hukukun üstünlüğüne aykırı olmasının zorunlu olmadığını belirtir, "yeter ki bu makam uygulanmalarından önce kuralları belirtsin ve ilân etsin." Ona göre, "yetki devrinin günümüzde yaygın kullanımıyla ilgili sıkıntı, genel kurallar koyma yetkisinin devredilmesi değil fakat söz konusu yetkilerin kullanımı için hiçbir genel kuralın formüle edilememesidir."<sup>28</sup>

Hayek'e göre, idare hukuku ve idare mahkemelerine ilişkin olarak esasa ilişkin olmayan şey ile onun "kesinlik" anlayışı bakımından gerçekten esasa ilişkin olan şey arasında bir tür paralellik

28 *Ibid.*, s. 38.

vardır. "İdare hukuku" diye bir şeyin var olmasından ve onu uygulayan mahkemelerin özel mahkemeler olup olmamasından bağımsız olarak, Hayek için önemli olan idare hukukunun *bağımsız* mahkemeler tarafından uygulanmasıdır. Bunun gibi, Hayek genel, açıkça belirtilmiş ve önceden yayımlanmış olmaları şartıyla, kuralların parlamentolar tarafından veya kendisine yetki devredilen bir makam tarafından çıkarılmasından hiçbir ciddî sıkıntının ortaya çıkmayacağına inanmaktadır.

Zamanında yapılan ve bütün yurttaşların bilgisine sunulan genel düzenlemeler, kişilerin, davranışlarının sonucunda hukuk sahnesinde ne olacağını öngörmelerini mümkün kılar. Hayek'in ifadesiyle, "genel bir kural olarak, bireyin görüş alanını aşan şartlar onun zorlanması için bir gerekçe yapılmamalıdır."

Bu elbette hukukun kesinliğinin klasik ve muhtemelen en meşhur yorumudur, çünkü kadim Grek uygarlığı zamanından beri, Aristo'nun *Politika'sı* ve *Retorik*'inden alıntılarda kolayca görülebildiği gibi, bu yorumun pek çok ünlü formülasyonu olmuştur. Kanunların yönetimini övdüğü zaman pek muhtemelen Aristo'nun aklında olan bütün yurttaşlara önceden bildirilmiş, kamu binalarının duvarlarına veya Atinalıların bu maksatla kullandıkları *kurbeis* gibi özel tahta veya kaya parçalarına yazılmış olan genel kurallardı. Akdeniz sahilleri boyunca dağılmış ve Grek kökenli insanların yaşadıkları küçük ve görkemli şehirlerin her yurttaşı tarafından anlaşılabilir ve bilinebilen yazılı bir hukuk ideali Batı uygarlığının kurucularının torunlarına miras bıraktıkları en değerli armağanlardan biridir. İster Atina *agorası*ndaki kalabalığın onayladığı bir karamâne, isterse Sicilya'daki bir despotun gelip-geçici buyruğu olsun, keyfi ve öngörülemez bir kuralın kendi çağdaşı olan sıradan insanlara verebileceği zararı Aristo iyi biliyordu. Bunun için o kanunların, yani kesin ve herkesçe bilinebilen terimlerle ifade edilmiş genel kuralların "özgür" add edilen yurttaşlar için kaçınılmaz bir kurum olduğunu düşünüyordu. Cicero *pro Cluentio* nutkunda yer alan meşhur dictumunda bu Aristocu anlayışı yansıtıyordu: "*omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus*" ("Eğer özgür kalacaksak hepimiz hukuka itaat etmek zorundayız.")

Bu kesinlik ideali Kıta Avrupası'na aşılınmış ve uzun bir olaylar serisiyle takviye edilmiştir. Justinyen'in *Corpus Juris Civilis*'i Latin



ülkelerinde olduğu gibi Alman ülkelerinde de yüzyıllar boyu tam da –*yazılı bir hukukun keskinliği* olarak anlaşılan– hukukun keskinliği idealinin kendisinde örneklendiği kitap olarak görülmüştür. Prof. Ehrlich'in hukukî muhakeme (*Juristische Logik*) hakkındaki parlak denemesinde işaret ettiği gibi, mutlakiyet yönetimlerinin kendi kurallarının anlamını hâkimlerin değiştirmemelerini sağlamak istedikleri 17. ve 18. yüzyıllar boyunca bu ideal Kıta Avrupası'nda reddedilmemiş, hatta vurgulanmıştır. Kıta Avrupası'nda 19. yüzyılda ne olduğunu ise herkes biliyor. Bütün Avrupa ülkeleri, kesin sözlerle belirlenmiş formülün insanları muhtemel despotların tecavüzlerinden koruyabileceği fikrini benimseyerek, yazılı kanunlar ve yazılı anayasalar kabul ettiler. Mahkemeler gibi hükümetler de hukukun keskinliği düşüncesinin yasama organının koyduğu yazılı bir formülün keskinliği anlamındaki bu yorumunu kabul ettiler. Bu, Kıta Avrupası'nın kodları ve anayasaları kabul etmesinin tek sebebi değildi ama en azından ana sebeplerden biriydi. Kısaca, Kıta'nın hukukun keskinliğine ilişkin düşüncesi, kesin ifadedeli yazılı bir formüldü. Bu kesinlik fikri büyük ölçüde *belirginlik*, *açık-seçiklik* (precision) olarak anlaşılıyordu.

Bunun gerçekten İngilizlerin sahip oldukları hukukun keskinliği anlayışı olup olmadığı ve onların "hukukun üstünlüğü" idealinde bu düşüncenin gerçekten ima edilip edilmediği ilk bakışta açık değildir. Bu soruna biraz sonra tekrar döneceğiz.

Hukukun keskinliğine ilişkin eski Yunan veya Kıta anlayışı, "kanunlar tarafından yönetim" den söz eden Grek yazarlar tarafından formüle edilen bireysel özgürlük idealine tekabül etmektedir. Kanunlar tarafından yönetimin despotların veya kalabalıkların fermanları tarafından yönetime göre tercihe-şayan olduğunda şüphe yoktur. Genel kanunlar özgül veya ani/beklenmedik emirlerden her zaman daha öngörülebilirdir ve eğer sonuçların öngörülebilirliği insan kararlarının kaçınılmaz öncüllerinden biri ise, genel kurallar bireysel eylemlerin sonuçlarını daha öngörülebilir kıldıkça, bu eylemlerin de [resmî] otoriteler dahil başka insanların müdahalesinden daha fazla "özgür" olarak adlandırılacakları sonucuna varmak zorunludur.

Bu bakış açısından, (yazılı kanunlar gibi) kesin ifadedeli genel kuralların despotların beklenmedik, ani emirlerine ve öngörülemez kararlarına göre bir ilerleme olduğunu kabul etmekten başkasını

yapamayız. Fakat ne yazık ki, bütün bunlar [resmî] makamların müdahalesinden gerçekten "özgür" olacağımızın garantisi değildir. Kesin bir dille ifade edilmiş olmaları anlamında, kurallar tamamıyla "kesin" olabilseler de, aynı anda, hiç kimsenin onlara göre davranmakla "özgür" olduğunun söylenemeyeceği anlamında bu kuralların despotik olmalarından doğan sorunları bir an için bir yana bırakabiliriz. Fakat, bireysel davranışlarımızda hatırı sayılır bir "özgürlük"e izin verdikleri zaman bile, bu gibi genel, yazılı kanunları kabul etmekten kaynaklanan başka bir sıkıntı vardır: Bu örneklerde olağan kanun-koyma süreci yasama yoluydudur. Fakat yasama süreci sadece bir defalığına olan bir şey değildir; o her gün gerçekleşir ve gerçekleşmeye devam etmektedir.

Bu günümüzde özellikle doğrudur. Benim ülkemde [İtalya'da] yasama süreci şimdi her yıl iki bin kadar yasa anlamına gelmektedir ve onların her biri çok sayıda madde içerebilir. Bazen aynı yasada düzinelerce hatta yüzlerce madde bulunabilir. Sık sık da bir yasa başka biriyle çatışır. İtalya'da, iki özel hüküm çelişik içerikleri yüzünden birbiriyile bağdaşmadığı zaman daha yeni kuralın eski olanı ilga ettiği yolunda bir genel kural vardır. Fakat, bizim sistemimize göre, bir kural yeni bir kuralla kaldırıldığı zaman onun sadece bir yıllık mı bir aylık mı yoksa bir günlük mü olacağını kimse söyleyemez. Bütün bu kurallar okuyanların veya yorumlayıcıların istedikleri gibi değiştiremeyecekleri yazılı bir formülde kesin bir ifadeye sahiptirler. Yine de onların hepsi geldikleri gibi aniden gidebilirler. Metnin belirsizliğini bir yana bırakırsak, sonuç şudur: Belli bir anda bir kuralın lâfzî muhtevası söz konusu olduğunda daima bir "kesinlik"e sahibizdir, ama bugün sahip olduğumuz kurallara yarın hâlâ sahip olacağımız konusunda *asla kesin* (emin) değilizdir.

Bu, eski Yunan veya Kıta anlamında "hukukun kesinliği"dir. Şimdi bunun, kişinin bugün yaptığı işlemlerin veya işlediği fiillerin sonucunun yarın hukukî müdahaleden masun olacağını öngörmesi anlamında "kesinlik" olduğunu söyleyecek kadar ileri gitmeyeceğim. "Kesinlik"ın Aristo ve Cicero'nun çok övdükleri bu türünün, son tahlilde, "özgür" olmak için ihtiyaç duyduğumuz ve Batı uygarlığımızın eski ve şanlı temsilcilerinin kastettikleri anlamda kesinlik ile bir ilgisi yoktur.

Ne var ki, Batı'da kullanıldığı ve anlaşıldığı şekliyle "hukukun kesinliği" ifadesinin tek anlamı bu değildir. Hukukun kesinliğinin, en azından "hukukun üstünlüğü"nin resmî makamlar dahil herkesin müdahalesinden masun olma anlamında bireysel özgürlükle kesinlikle bağlantılı bir ideal olduğu zamanlarda, İngilizler ve Amerikalıların anladıkları şekliyle "hukukun üstünlüğü" ideali ile çok daha uyumlu olan başka bir anlam vardır.



## ÖZGÜRLÜK VE HUKUKUN KESİNLİĞİ

Eski YUNAN'IN HUKUKUN KESİNLİĞİ ANLAYIŞI YAZILI BİR HUKUK ANLAYIŞIYDI. Burada doğrudan doğruya tarihsel araştırma problemleriyle ilgili değilsek de, eski Yunanların özellikle ilk zamanlarında örf ve adet hukuku ve genel olarak yazılı olmayan kanunlar anlayışına da sahip olduklarını hatırlamak ilginç olabilir. Aristo'nun kendisi bundan bahseder. Bunların, daha yakınlardaki, İsa'dan önceki 5. ve 4. yüzyıllarda, *nomosun* varsayıldığı teknik anlamda yazılı formül kompleksi şeklindeki hukuk kavramıyla karıştırılmaması gerekir. Fakat eski Yunanların, tarihlerinin daha ileri bir döneminde, Atina halk meclisi gibi yasama heyetleri tarafından yazılmış ve yapılmış bir şey olarak hukuka ilişkin alışıldık düşüncelerinden bıkmışlıkları da vardı.

Sadece Batılı ülkelerin daha sonra benimsedikleri siyasî sistemlerin yaratıcıları oldukları için değil, fakat aynı zamanda Yunanların çoğunun, özel olarak Atinalıların, bizim için tamamen anlaşılabilir olan ve bizimkiyle benzer bir anlamda siyasî özgürlüğe sahiden düşkün olmaları nedeniyle de, kadim Yunanlar örneği bu hususta özellikle uygundur. Söz gelişi, Perikles'in Peloponez Savaşı'nda ilk ölen Atinalı askerler ve denizciler için irat ettiği ünlü *Cenaze Söylevi*'nde söyledikleri, özgürlük siyasî idealinin Jefferson, De Tocqueville, J. Stuart Mill, Lord Acton ve Spencer gibi modern temsilcileri tarafından aşağı yukarı aynı ifadeyle tekrarlanabilmiştir. Tukidides'in *Perikles'in Söylevi*'ni ortaya çıkarmak için yararlandığı kayıtların sahilliği hâlâ açık bir sorudur. Fakat bu söylevi Perikles yerine Tukidides'in kendisinin yazdığını tasarlasak bile, Atinalıların hissiyatı ve onun zamanının şartları söz konusu olduğunda, Tukidides'in otoritesi bu hususta Perikles'inkinden aşağı olmazdı. Crawley'nin İngilizce çevirisin-

de Tukidides tarafından aktarıldığı şekliyle Perikles İsa'dan önceki 5. yüzyıldaki Atina siyasal ve sivil sistemini tanımlamak için şu sözleri kullanmaktadır:

Bizim anayasamız komşu devletlerin kanunlarının kopyası değildir. Biz kendimiz taklitçiler olmaktan çok başkalarına örneğizdir. Onun [bizim anayasamızın] yönetimi az(ın)lığı değil çok(un)luğu dayanır; ona demokrasi denmesinin nedeni budur. Kanunlara bakarsak, aralarındaki farklılıklarla birlikte onlar herkese eşit adalet sunarlar. Toplumsal duruma geldiğimizde, kamu hayatında ilerleme [kişinin] bilinen yeteneğine kalmıştır, sınıf mülâhazalarının liyakate müdahale etmesine izin verilmez. Ne de yoksulluk yükselmeye engeldir... Eğer bir kimse devlete hizmet edebilecek yeteneğe sahipse, onun bilinen bir kişi olmaması bunu engellemez. Bizim kendi yönetimimizde yararlandığımız özgürlük gündelik hayatımıza da uzanır. Orada, birbirimize kıskanç bir gözetim uygulamamız şöyle dursun, komşumuzun hoşlandığı şeyi yapmasına ne kızarız, hatta ne de ona –pozitif olarak ceza uygulamaları da– rahatsız edici olmaması imkânsız olan incitici bakışlar yöneltmekten hazzederiz. Fakat özel ilişkilerimizdeki bütün bu rahatlık bizi kanunsuz yurttaşlar yapmaz. Aksine, korku bize hem yöneticilere (magistralara) hem de kanun kitaplarında gerçekten var olan kanunlara veya yazılı olmasalar da onursuzluk pahasına ihlâl edilemeyecek olan kanunlara, özellikle de zarara uğrayanların korunmasına ilişkin olanlarına, itaat etmeyi öğreten baş koruyucumuzdur.<sup>29</sup>

Perikles'in söylevinde yansıdığı şekliyle, bu eski Yunan özgürlük düşüncesi, bizim başkalarının bireysel davranışımızı kısıtlamalarından azamî bağımsızlık şeklindeki çağdaş özgürlük düşünce-mize çok benzemektedir. Eski Yunanların "özgürlük" kelimesine bugün bizim ona genellikle verdiğimiz benzer bir anlam verdikleri yolundaki Fustel de Coulanges gibi bazı bilim insanlarının kabul ettikleri eski görüş son zamanlarda başarılı bir şekilde değiştirilmiştir. Örneğin, Kanadalı bir bilim insanı Eric A. Havelock'un Platon ve Aristo kadar ünlü olmayan birçok eski Yunan düşünürün kelimenin her anlamında kölelik karşıtlığı şeklindeki siyasî özgürlük idealine yaptıkları olağanüstü katkıyı kanıtlamak amacıyla yazdığı *The Liberal Temper in Greek Politics* (Eski Yunan Siyasetinde Liberal Damar, 1957) adlı bir kitabı vardır. Bu kitaptan çıkan sonuçlardan biri, eski Yunan özgürlüğünün "ihtiyaçtan özgürlük" değil, fakat *insanlardan özgürlük* olduğudur. Demokritos'un bugüne ka-

29 Thucydides, *The History of the Peloponnesian War*, II, 37-39, tr. by R. Crawley (London: J. M. Dent & Sons, 1957), s. 93.

dar korunan bir fragmanda işaret ettiği gibi, "özgürlüğün esarete tercih edilmesi gibi, demokrasi altında yoksulluk da refah getiren oligarşiye tercih edilmelidir." Bu değerler ölçeğinde önce özgürlük ve demokrasi gelir; zenginlik veya refah da onları izler. Bunun Atinalıların da değerler ölçeği olduğunda pek şüphe yoktur; elbette Perikles ve Tukidides'in de... *Cenaze Söylevi*'nde ayrıca savaşta ölmüş olan Atinalıların, "mutluluğu özgürlüğün meyvesi olarak görerek, savaşın tehlikelerini asla inkâr etmeyecek olan" yurttaşları tarafından model olarak alınmaları gerektiğini de okuyoruz.<sup>30</sup>

Kanun yapımı halk meclislerinin işiydi ve bu meclislerin yazılı bir şekilde koydukları genel kurallar despotların keyfî emirlerinin karşısı idi. Fakat eski Yunanlar, özel olarak da Atinalılar M.Ö. 5. yüzyılın ikinci yarısı ile 4. yüzyılda, bütün kanunların *kesin* (yani, yazılı bir formül halinde kesin ifadeye kavuşturulmuş) olmalarını sağlayan ama *bugün geçerli olan herhangi bir kanunun yarına kadar başka bir kanun tarafından ilga edilmeden veya değiştirilmeden kalacağı hususunda hiç kimsenin kesin [emin] olmadığı* bir kanun-yapımı sürecinin ciddî sıkıntılarının tamamen farkındaydılar. 5. yüzyılın sonunda Atina Anayasası'nın Tysamenes reformu bize bu sıkıntıya karşı genellikle çağdaş siyaset bilimciler ve siyasetçiler tarafından düşünülebilmiş olan bir çare örneği sunar. Nitekim o zaman Atina'da yasama sürecini disipline etmek üzere katı ve karmaşık bir usule geçildi. [Buna göre], bir yurttaş tarafından önerilen her tasarı (Atina'nın doğrudan demokrasisinde genel yasama meclisine mensup her yurttaş kanun tasarısı sunmaya yetkili idi, oysa Roma'da sadece seçilmiş magistralar bunu yapabiliyordu), görevi kesin olarak yeni öneriye karşı önceki kanunları savunmak olan özel bir magistralar komitesi (*nomotetai*) tarafından enine boyuna incelenecekti. Şüphesiz, kanun tasarısı önerenler *nomotetai*'ye karşı genel yasama meclisi önünde kendi tasarılarını serbestçe savunabilirlerdi, ancak bütün tartışma yeni kanun lehine basit bir söylevden ziyade eski kanun ile yenisi arasında bir karşılaştırmaya dayamak zorundaydı.

Fakat hikâye burada bitmiyordu. Tasarı sonunda meclisten geçmiş olsa bile, eğer öneri sahibine karşı bir davacı olarak hareket eden başka bir yurttaş meclis tarafından onaylanmasından sonra yeni kanunun ciddî kusurları olduğunu veya Atina'da hâlâ yürürlükte olan eski kanunlarla düzeltilemez bir çelişki içinde olduğu-

30 *Loc. cit.*

nu kanıtlayabilirse, öneri sahibi önerisinden sorumlu tutulacaktı. Bu durumda, kanunu öneren yargılanabilir ve –genellikle para cezası olmakla beraber– ölüm cezası dahil çok ciddi cezalara çarptırılabilirdi. Bu bir efsane değildir. Bütün bunları Demostenes’in Timokrat adlı şanssız bir öneri sahibine yönelttiği suçlamadan biliyoruz. Eğer demokrasi kelimesiyle halkın egemen olduğu bir rejimi kastediyorsak, birçok tarihsel yorumunda olduğu gibi, ve egemenliğin de aynı zamanda sorumlu-tutulmamak anlamına geldiğini kabul ediyorsak, uygunsuz kanun önerenleri cezalandıran bu sistem demokrasiye aykırı değildi.

[Bundan] çıkarmamız gereken sonuç, M.Ö. 5. yüzyılın sonu ile 4. yüzyıl boyunca Atina demokrasisinin hukukun kesinliğinin yazılı bir metinde kesin ifadeye kavuşturulmuş olmakla eşitlenebileceği düşüncesini açıkça karşılamadığıydı. Tysamenes reformuyla, sadece bugünün kanunlarına itaat etmekle siyasî iktidardan özgür olmadıklarını Atinalılar sonunda keşfettiler; onların, eylemlerinin yarının kanunlarına göre sonuçlarını öngörebilmeye de ihtiyaçları vardı.

*Bu aslında, hukukun kesinliğinin, ister genel olsun ister olmasın yazılı bir kuralın kesin [açık-seçik] lâfzına indirgenebileceği düşüncesinin başlıca sınırlılığı idi.*

Fakat hukukun kesinliği fikri Batı'nın siyasî ve hukukî sistemler tarihinde sadece yukarıda temas edilen anlamda ortaya çıkmamıştır. O tamamen farklı bir şekilde de anlaşılmıştır.

Yazılı bir formül anlamında hukukun kesinliği yürürlükteki kanunun yerini bir sonrakinin alabilme ihtimaliyle kaçınılmaz olarak sınırlanmış olduğu bir duruma işaret eder. Kanun-yapma süreci daha yoğun ve daha hızlı oldukça, yürürlükteki kanunların ne kadar yürürlükte kalacağı daha da belirsiz olacaktır. Bundan başka, bir kanunun öncekinden daha az "kesin" başka bir kanun tarafından öngörülemeyen bir şekilde değiştirilmesini engelleyecek hiçbir şey de yoktur.

Nitekim, bu anlamda hukukun kesinliğine hukukun *kısa vadeli* kesinliği denebilir. Aslında, günümüzde iktisat politikası meselelerindeki kısa vadeli hükümler ile bu hükümleri güven altına almak için çıkarılan kanunların kısa vadeliği arasında çarpıcı bir paralellik var görünmektedir. Daha genel olarak, günümüzde he-



men hemen bütün ülkelerin siyasî ve hukukî sistemleri, geçmişin klasik uzun-vadeli sistemlerinin tersine, bu bakımdan kısa vadeli sistemler olarak tanımlanabilirler. Lord Keynes'in "uzun vadede hepimiz ölmüş olacağız" şeklindeki ünlü sözü gelecekteki tarihçiler tarafından çağımızın düsturu olarak kabul edilebilirdi. Belki de, maddî bakımdan çok çeşitli görevleri yerine getirmek ve çok çeşitli sonuçları gerçekleştirmek için geliştirilen bilimsel ve teknik araçlardaki muazzam ve emsalsiz ilerlemeden hemen sonuçlar çıkmasını beklemeye gitgide alışkanlık kazandık. Şüphesiz, bu gerçek farkları görmezlikten gelen veya görmezlikten gelmeye çalışan birçok kişi için teknolojik ve bilimsel ilerlemeye hiç de bağlı olmayan başka alanlarda ve başka meselelere ilişkin olarak da sonuçların hemen ortaya çıkması beklentisini yaratmıştır.

Benim ülkemde bitki yetiştiren yaşlı bir adamla bir konuşmamı hatırlıyorum. Ondan özel bahçem için bana büyük bir ağaç satmasını istemiştim. Şöyle cevap vermişti: "Herkes şimdi büyük ağaç istiyor. İnsanlar onları hemen istiyorlar; ağaçların yavaş büyüdüklerine ve onları büyütmenin çok zaman aldığına ve zahmet gerektirdiğine aldırıyorlar. Günümüzde herkesin daima acelesi var." Ve üzüntülü bir şekilde sözünü bağladı: "Neden olduğunu da bilmiyorum."

Lord Keynes ona nedenini söyleyebilirdi: İnsanlar uzun vadede hepsinin ölü olacaklarını düşünürler. Aynı tutumu, pek çok din adamının hayıflandığı dinî inançtaki genel gerilemeyle bağlantılı olarak da gözleyebiliriz. Hristiyan inançları insanın bugünkü hayatından çok gelecek hayatı üzerinde odaklanır. Öbür dünyaya inançları azaldıkça da insanlar bugünkü hayatlarına daha fazla sarılırlar ve hayatlarının kısa olduğuna inandıkları için de aceleleri vardır. Bu günümüzde hem Batı hem de Doğu ülkelerinde dinî inançlarda büyük bir sekülerleşmeye neden olmuştur, öyle ki Budizm gibi bu dünyaya kayıtsız olan bir dine bile taraftarları dünyevî bir "sosyal" –gerçekte belki de "sosyalist"– bir anlam vermektedirler. Çağdaş bir Amerikan yazarı, Dagobert Runes, Tanrı'yı düşünmeye odaklanma hakkındaki kitabında "Kiliseler İlahî olan ile teması kaybetmiş ve kitap incelemelerine ve siyasete dönmüşlerdir" demektedir.<sup>31</sup>

31 Dagobert D. Runes, *A Book of Contemplation* (New York: Philosophical Library, 1957), s. 20.

Bu nokta, hukukun uzun vadeli kesinliği anlayışına veya aslında insan davranışına ilişkin başka herhangi bir uzun vadeli anlayışa niçin bu kadar az ilgi gösterildiğini açıklamaya yardım edebilir. Şüphesiz bu, insanların elde etmek istedikleri amaçları gerçekleştirmelerinde, söz gelişi yeni bir mucizevî tam-istihdam politikası tasarlamak veya benzersiz bir kanun hükmü hazırlamak yahut bahçeleri için ağaç yetiştiricilerden büyümüş ağaçlar istemek gibi kısa vadeli sistemlerin uzun vadeli olanlardan gerçekte daha etkin oldukları anlamına gelmez.

Hukukun kesinliğiyle ilgili olarak, kısa-vadeli anlayış, Batı ülkelerinin tarihinde gözlediğimiz siyasî ve hukukî kurumların altında yatan ilkeleri teşhis etmeye yetecek kadar sabırlı bir araştırmacıya sunduğu tek anlayış değildir.

Burada öyle çok eski zamanlardan da söz etmiyoruz. Yunanistan tarihçiler tarafından bir dereceye kadar bir yazılı-hukuk ülkesi olarak tanımlanabilirse de bunun eski Roma için doğru olduğu şüphelidir. Biz Roma hukuk sistemini Justinyen'in *Corpus Juris*'i aracılığıyla, yani yazılı bir hukuk kitabıyla, düşünmeye galiba öyle alışmışız ki, Roma hukukunun gerçekte nasıl işlediğini kavrayamıyoruz. Roma hukuk kurallarının büyük bir kısmı herhangi bir şekilde bir yasama sürecinin eseri değildi. *Jus civile* olarak anılan Roma özel hukuku Roma Cumhuriyeti'nin ve İmparatorluğu'nun uzun tarihi boyunca pratikte kanun-koyucuların müdahale alanının dışında tutulmuştu. İtalyan profesörler Rotondi ve Vincenzo Aragio ile İngiliz hukukçu W. W. Buckland gibi seçkin hukukçular son dönemlerinde tekrar tekrar şuna işaret etmişlerdir: "Roma hukukunun temel kavramları [ve] genel şeması medenî/özel hukukta aranmalıdır, bunlar bir yasama heyetinin pek müdahalesi olmadan tedricen gelişmiş ve birçok ülkeyi kapsayan bir yargısal içtihat yoluyla işlenmiş olan bir ilkeler manzumesidir."<sup>32</sup> Buckland, muhtemelen Rotondi'nin araştırmalarına dayanarak, "özel hukukta, kayda geçirilmiş yüzlerce statünün (*leges*) en fazla kırk kadarının önemli olduğu"na, dolayısıyla en azından Roma hukukunun klasik çağında "özel hukuk söz konusu olduğunda, statünün [yasama yoluyla yapılmış kanunun] ancak ikincil bir yer işgal etmekte" olduğuna da işaret etmektedir.<sup>33</sup>

32 W. W. Buckland, *Roman Law and Common Law* (2nd ed. revised by F. H. Lawson; Cambridge University Press, 1952), s. 4. Bu kitap iki sistemin hayranlık uyandıran bir karşılaştırmasıdır.

33 *Ibid.*, s. 18.

Açıktır ki, bu Romalıların kanun tasarlamadaki beceriksizliklerinden ileri gelmiyordu. Roma'da birçok statü türü vardı: *leges*, halk tarafından onaylanan *plebiscita* veya Senato tarafından onaylanan *Senatus Consulta*. Ayrıca *leges*'in de çeşitleri vardı; *leges imperfectae*, *minusquamperfectae* ve *plusquamperfectae* gibi. Fakat, kural olarak, onlar statü hukukunu yasama organlarının karışmaya doğrudan doğruya yetkili oldukları bir alana, yani siyasî meclislerin, Senato'nun ve magistraların –yani hükümet görevlilerinin– çalışmalarıyla ilgili olan kamu hukukuna tahsis etmişlerdi. Romalılar için statü hukuku, esas olarak, yurttaşların özel hayatları ve işleriyle dolaylı olarak ilgili olan anayasa hukuku veya idare hukuku (ve ayrıca ceza hukuku) idi.

Bu şu anlama geliyordu: Roma yurttaşları arasında her ne zaman onların bir sözleşmeye göre hakları veya ödevleri hakkında bir fark ortaya çıkarsa, onlar kendi iddialarını nadiren bir statüye, kesin ifadedeli bir yazılı kurala, dolayısıyla kelimenin Yunan veya kısa-vadeli anlamında *kesinliğe* dayandırabilirlerdi. Nitekim, çağdaş tarihçiler arasında Roma hukuk biliminin ve hukukunun en seçkin uzmanlarından biri olan Prof. Fritz Schulz (kısa-vadeli anlamında) *kesinliğin* Roma özel hukukuna yabancı olduğuna dikkat çekmiştir. Bu hiç de Romalıların eylemlerinin gelecekteki hukukî sonuçlarıyla ilgili olarak plan yapacak bir konumda olmadıkları anlamına gelmez. Roma ekonomisinin muazzam gelişmesini herkes bilir, bu konuda Rostovtzeff'in konu hakkındaki çalışmasına atıfta bulunmaya bile pek gerek yoktur.

Öte yandan, Roma özel hukukunun bütün uzmanlarınca iyi bilinir ki, Prof. Schulz'un söylediği gibi, "özel hukukun özgürlük ve bireycilik temelinde gelişmesine Helenistik liberalizmin bireyciliği neden olmuştur."<sup>34</sup> Aslına bakılırsa, çağımızdaki Kıta ülkelerinin (Fransız, Alman ve İtalyan gibi) temel kodları Justinyen'in *Corpus Juris*'inde kayıtlı olan Roma hukuku kurallarına göre yazılmıştır. Bazı sosyalist reformcular onları "burjuvazi" [hukuku] olarak yaftalamışlardır. Bugün Avrupa ülkelerinde adlandırıldığı şekliyle sosyal "reformlar", eğer yapılacaklarsa, ancak genellikle eski Roma özel hukukuna kadar geri giden kuralları değiştirmek veya ilga etmekle gerçekleştirilebilirler.

34 Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science* (Oxford: Clarendon Press, 1946), s. 84.

Böylece, Romalılar hiç de yazılı bir hukuk –yani yazılı bir statü-nünkine benzer kesin ifadeli kurallar– olmadan, yurttaşların özgürce ve güvenli bir şekilde gelecek için planlar yapmalarına imkân vermek için yeterli ölçüde kesin bir hukuka sahiptiler. Romalı hukukçu bir tür bilim insanıydı; tıpkı sanayicilerin bugün bir fizikçiye veya bir mühendise bitkileri veya ürünleriyle ilgili teknik bir problem sunması gibi, hukukçunun araştırma konuları da yurttaşların incelemesi için kendisine sundukları davalara [getireceği] çözümler idi. Bundan dolayı, Roma özel hukuku yapılması değil de tanımlanması veya keşfedilmesi gereken bir şeydi; o, bütün Roma yurttaşlarının ortak mirasını oluşturan mevcut şeylerin bir dünyası idi. Bu hukuku kimse yapmamıştı ve hiç kimse kendi kişisel iradesiyle onu değiştiremezdi. Bu, değişimin olmadığı değil fakat hiç kimsenin ertesi sabah uyandığında yeni bir kanunla kaldırıldığını öğreneceği bir kurala dayanarak planlarını yapıp yatağa gitmediği anlamına geliyordu.

Romalılar hukukun hiçbir zaman ani ve öngörülemez bir değişikliğe uğramaması anlamındaki bir "hukukun kesinliği" kavramını benimsemiş ve uygulamışlardı. Ayrıca, hukuk asla bir yasama meclisinin veya senatörlerin yahut diğer önde gelen magistrallar dahil herhangi bir kişinin keyfî iradesine veya keyfî yetkisine sunulmazdı. Bu, uzun-vadeli veya –öyle demeyi tercih ederseniz– Romalıların hukukun kesinliği anlayışı idi.

Bu anlayış, kesinlikle, Roma yurttaşlarının hem iş hem de özel hayatlarında yararlandıkları özgürlüğün esasını oluşturuyordu. Serbest piyasanın ekonomik ilişkileri düzene koyması gibi, o bir dereceye kadar yurttaşlar arasındaki hukukî ilişkileri düzene koymaktadır. Bir bütün olarak hukuk piyasanın kendisinden daha az kısıtlamadan özgür değildi. Ben [resmî] makamların veya herhangi bir başka kişinin keyfî (yani, beklenmedik ve öngörülemez) müdahalesinden özgür olan bir hukuk sistemine dayanmadıkça gerçekten özgür olan bir piyasa düşünemiyorum.

[Buna], Roma hukuk sisteminin Roma anayasal sistemine dayanmasının zorunlu olduğu ve dolayısıyla iş hayatındaki ve özel hayattaki Roma özgürlüğünün gerçekte doğrudan doğruya değilse de dolaylı olarak statü hukukuna dayandığı şeklinde itiraz edilebilir. Sulla, Marius veya Sezar gibi zaman zaman her şeyin kontrolünü eline geçiren ve dolayısıyla anayasayı devirme gücü-

ne fiilen sahip olan yüksek mevkilerdeki yurttaşlardan bahsetsek bile, Roma hukukunun son tahlilde senatörlerin veya *comitia* yahut *concilia plebis* gibi yasama meclislerinin keyfî iradesine sunulduğu iddia edilebilir.

Bununla beraber, Roma devlet adamları ve siyasetçileri kendi yasama yetkilerini yurttaşların özel hayatlarına müdahale edecek şekilde kullanmada daima ihtiyatlı olmuşlardır. Sulla gibi diktatörler bile bu hususta oldukça dikkatli davranmışlardır. Onlar muhtemelen *jus civile*'yi kaldırma veya çiğneme fikrini modern diktatörlerin fizik kanunlarını kaldırma fikri için düşünecek oldukları kadar tuhaf bulurlardı.

Doğrudur, Sulla gibi adamlar Roma Anayasası'nı birçok bakımdan değiştirmek için büyük çaba göstermişlerdir. Sulla'nın kendisi baş düşmanı Marius'a yardım ettikleri için, yasama meclislerine bu şehirlerin sakinlerini Roma yurttaşlığından (*jus civitatis*) ve onun getirdiği bütün ayrıcalıklardan yoksun bırakan kanunlar yaptırmak suretiyle, İtalyan halkından ve Arretium veya Volaterrae gibi şehirlerden intikam almaya çalışmıştır. Bütün bunları Cicero'nun Cecinia'yı temsilen bir Roma mahkemesi önünde yaptığı bir konuşmadan biliyoruz. Ama şunu da biliyoruz ki, Cicero bu davayı, tıpkı bir yasayla bir Roma yurttaşının özgürlüğünden yoksun bırakılmaması gibi, hiçbir yasama meclisi bir yasayla bir Romalıyı yurttaşlığından yoksun bırakamayacağı için Sulla'nın yaptığı kanunun meşru olmadığını iddia ederek kazanmıştır. Sulla'nın geçirdiği kanun şeklen halk tarafından onaylanan, Romalıların *lex rogata* dedikleri türden, yani seçilmiş bir magistra tarafından halk meclisinden onaylanması talep edilmiş ve usulüne uygun olarak onayı alınmış olan bir statü idi. Bu bağlamda, Cicero'nun söylediğine göre, çok eski zamanlardan beri, statü hukukuna dönüşecek bütün tasarıların, tasarının yasalaşması halinde içeriğinin hukuka aykırı olma ihtimaline ilişkin bir şart içermeleri âdetti: "Si quid jus non esset rogarier, eius ea lege nihilum rogatum" (Magistra Roma halkının yasama meclisine "Eğer onayını sizden istediğim bu tasarıda hukuka uygun olmayan herhangi bir şey varsa, onu onaylamanız talep edilmemiş gibi düşünülün" der) .

Bu, hukuka aykırı statülerin var olabileceğini ve yurttaşları özgürlüklerinden veya yurttaşlıklarından yoksun bırakan statülerin Roma mahkemeleri tarafından hukukî addedilmediklerini ka-

nıtlar görünmektedir. Eğer Cicero haklıysa, Roma hukukunun, Dicey'nin İngiliz "hukukun üstünlüğü"ne ilişkin olarak ortaya koyduğuna çok benzeyen bir meşruluk anlayışıyla sınırlı olduğu sonucuna varabiliriz.<sup>35</sup>

*Common law*'un tarihiyle yakından bağlantılı olan İngiliz "hukukun üstünlüğü" ilkesine göre, doğru anlamda kurallar muayyen kişilerin keyfî iradesinin sonucu değildirler. Onlar mahkemelerin duygulardan arınmış araştırmasının konusudurlar, tıpkı Roma hukuku kurallarının davacıların davalarını kendilerine sunduğu Romalı hukukçuların duygulardan arınmış bir araştırmasının konusu olmaları gibi. Sir Carleton Kemp Alen'in haklı olarak ünlü olan ufuk açıcı kitabı *Law in the Making*'de işaret ettiği şekilde, mahkemelerin bir davanın doğru çözümünü tanımladıklarını veya keşfettiklerini iddia etmenin artık modası geçtiği düşünülmektedir. Bu keşif sürecindeki bütün kusurları ortaya çıkarmaya çalışan çağdaş realist okul *common law* yargıçlarının eserinin kanun-koyucularınkinden daha objektif olmadığı ve daha az alenî olduğu sonucuna varmaktan sadece çok memnundur. Aslında, bu konuda burada mümkün olandan çok daha fazlasını söylemek gerekiyor. Fakat *common law* yargıçlarının baktıkları davaların *rationes decidendi*'sine (yani, kararlarının gerekçesine) yönelik tutumlarının, daima, kanun-koyucununkinden çok daha fazla, şeyleri değiştirmekten ziyade onların aslını ortaya çıkarmaya çalışan bir bilim insanının tutumu olduğu inkâr edilemez. *Common law* yargıçlarının da zaman zaman ülke hukukunun önceden mevcut olan bir kuralıyla ilgili bir açıklama görüntüsü altında kesin karar-verme arzularını bilerek gizlediklerini inkâr etmiyorum. İngiltere'de de bu yargıçların en ünlüsü olan Sir Edward Cook bu şüpheden muaf değildir ve daha da ileri giderek Amerikan yargıçlarının en meşhuru olan Baş Yargıç Marshall'ın da bu bakımdan 17. yüzyıl İngiltere'sindeki ünlü selefine benzetilebileceğini söyleyeceğim.

Benim [vurgulamak istediğim] nokta İngiltere'de hukuk mahkemelerinin kendi keyfî kurallarını koymalarının kolay olmadığıdır; onlar bunu hiçbir zaman doğrudan doğruya, yani yasa-koyucuların olağan, ani, geniş kapsamlı ve buyurucu tarzında yapacak konum-

35 , "La règle de droit dans l'antiquité classique" başlıklı bilgilendirici ve aydınlatıcı denemesi *Rariora*'da (Rome: Ed. di storia e letteratura, 1946) yeniden yayımlanan Prof. V. Arangio Ruiz'e bunun (s. 233) ve Roma hukuk sistemi hakkındaki diğer ilginç yorumları için minnettarım.

da değildirler. Kaldı ki, İngiltere’de çok sayıda hukuk mahkemesi vardı ve onlar birbirlerine karşı öylesine kıskançtı ki, ünlü bağlayıcı emsal ilkesi bile nispeten yakın zamanlara kadar açık bir şekilde geçerli kabul etmiyorlardı. Ayrıca, onlar özel kişiler tarafından önlerine getirilmiş olmayan herhangi bir şey hakkında asla karar veremezlerdi. Nihayet, nispeten az sayıda kişi davalarını karara bağlamalarını istemek için mahkemelerin önüne gidiyordu. Bunun bir sonucu olarak, hukuk-yapımı sürecinde hâkimler aktör konumundan daha fazla gözlemci konumunda idiler; kaldı ki, gözlemcilerin sahnede olup biten her şeyi görmelerin müsaade edilmezdi. Sahnede olan özel yurttaşlardı; *common law* en başta onların ortaklaşa hukuk olduğunu düşündükleri şeydi.

Bu hususta gerçek aktörler sade vatandaşlardı, tıpkı onların hâlâ dilin oluşumunun ve en azından kısmen Batı ülkelerinde iktisadî işlemlerin gerçek aktörleri olmaları gibi. Bir dilin kurallarını derleyen gramerciler ile bir ülkenin piyasasında mübadele edilen mal miktarlarını ve fiyatları kayda geçiren istatistikçileri, kendi yurttaşlarının dil veya ekonomi konusundaki yöneticileri olarak değil de etraflarında olup-bitenlerin basit gözlemcileri olarak tanımlamak daha doğrudur.

Çağımızda yasama sürecinin gitgide artan önemi, hem Kıta Avrupası’nda hem de İngilizce-konuşulan ülkelerde hukukun insanların davranışlarıyla ilgili bir kurallar kompleksinden ibaret olduğu gerçeğinin üstünü ister istemez örtmüştür. Bu davranış kurallarının siyasî iktidarın ancak istisnâ olarak müdahale ettiği –ederse tabii– diğer davranış kurallarından çok farklı olduğunu düşünmek için hiçbir neden yoktur. Doğrudur, günümüzde dil en azından Batı dünyasında sıradan insanların kendilerine ayırabildikleri ve siyasî müdahaleden koruyabildikleri yegâne şey olarak görünmektedir. Bugün meselâ Kızıl Çin geleneksel yazıyı değiştirmek için şiddetli bir çaba içindedir ve benzer müdahale Doğu’nun –Türkiye gibi– belli bazı ülkelerinde başarıyla gerçekleştirilmiştir. Bunun için, birçok ülkede insanlar sadece kamu bankaları tarafından değil özel bankalar tarafından da parasıldığı günleri hemen hemen tamamen unutmuş durumdadırlar. Nitekim, başka devirlerde madenî para yapımının özel bir iş olduğunu ve devletlerin kendilerini sadece kullanılan metallerin sahiçiliğini ve ağırlığını onaylamak suretiyle, yurttaşları sahte paralara karşı korumakla sınırladıklarını bugün pek az kişi bilmektedir.

Kamuoyundaki benzer bir eğilim kamu işletmeleriyle ilgili olarak fark edilebilir. Karayollarının ve telgrafların uzun zamandır devlet tarafından tekelleştirilmiş olduğu Kıta Avrupası'nda iyi eğitilmiş insanların bile pek azı şimdi bu ülkede karayolları ile telgrafın filmler, oteller veya lokantalarla aynı şekilde özel iş olduklarını düşünmemektedir. Kanun-yapımının sokaktaki insanlardan ziyade yasama meclislerini ilgilendiren bir mesele olduğunu ve bunun resmî konum sahibi belirli bireylerin kişisel fikirlerine göre yapılabilen bir şey olduğunu düşünmeye gitgide alışmış bulunuyoruz. Kanun-yapma sürecinin, nesiller boyu ve yüzyıllarca esas olarak milyonlarca insanla ilgili özel bir iş olduğu gerçeğinin bugün eğitilmiş seçkinler bile neredeyse farkında değildir.

Romalıların tarihsel ve sosyolojik düşüncelerden pek hazzetmedikleri söylenir. Fakat onlar az önce işaret ettiğim gerçek hakkında çok açık fikirleri vardı. Söz gelişi, Cicero'ya göre, yabancı (yani, Yunan) etkilere karşı geleneksel Roma hayat tarzının savunucusu Kayıtçı Kato (Cato the Censor) şöyle demiş:

Bizim siyasî sistemimizin başka ülkelerin sistemlerinden üstün olmasının nedeni şudur: Başka ülkelerin siyasî sistemleri Girit'teki Minos ve Sparta'daki Lycurgus gibi belirli bireylerin kişisel tavsiyesine göre [yapılan] kanunlar ve kurumlarla oluşturulmuştur; siyasî sistemin defalarca değiştiği Atina'da da Theseus, Draco, Solon, Cleisthenes, ve diğerleri gibi böyle birçok kişi vardı... Bizim devletimiz ise, tersine, bir kişinin kişisel yaratımı değil pek çok kişinin eseridir; o herhangi belirli bir kişinin hayat süresince değil fakat yüzyıllar ve nesiller boyunca kurulmuştur. Çünkü dünyada hiçbir zaman her şeyi önceden görecektense kadar zeki bir adam var olmamıştır ve bütün beyinleri tek bir kişinin kafasında toplayabilseydik bile uzun bir tarih döneminin uygulamasından gelen tecrübe olmadan bir anda her şeyi sağlamak onun için imkânsız olurdu.<sup>36</sup>

Bu arada bu sözler bize [Edmund] Burke'ün kendi muhafazakâr devlet görüşünü haklı göstermek üzere kullandığı çok daha ünlü ama artık etkileyici olmayan sözlerini hatırlatmaktadır. Fakat Burke'ün sözlerinde bu eski Roma devlet adamının duygudan arınmış sözlerinde bulmadığımız hafif mistik bir ton vardı. Kato insanları ikna etmeye çalışmıyor, fakat sırf olgulara işaret ediyor ve onun işaret ettiği olguların şüphesiz biraz tarih bilen herkes için büyük bir ağırlığı olmalıdır.

36 Cicero *De republica* ii. 1, 2.



Kato diyor ki, kanun-yapımı süreci gerçekten herhangi belirli bir kişinin, bir grup danışmanın veya neslin eseri değildir. Eğer öyle olduğunu düşünürseniz, söylediğimi akılda tutmak suretiyle edineceğinizden daha kötü sonuçlar elde edersiniz. Yunan şehirlerinin akıbetine bakın ve bizimkilerle karşılaştırın. İkna olacaksınız. Bu, hepimizin okula gittiğimizde hakkında öğrendiğimiz tek şey, onun sürekli Kartacalıların öldürülüp şehirlerinin yerle bir edilmesinin şart olduğunda ısrar eden, huysuz ve can sıkıcı biri olan bir devlet adamının verdiği ders veya mesajdır.

İlginçtir, Ludwig von Mises gibi çağdaş iktisatçılar kamu makamlarının yurttaşların gerçek ihtiyaç ve potansiyelleriyle ilgili hesaplama yapmalarının imkânsız olduğu gerekçesiyle merkezî planlamayı eleştirdikleri zaman, onlar bu eski Roma devlet adamınınkini hatırlatan bir pozisyon almaktadırlar. Totaliter bir ekonomide merkezî otoritelerin planlarını yaparken piyasa fiyatları hakkındaki bilgiden yoksun oldukları gerçeği, merkezî otoritelerin herhangi bir zamanda ve herhangi bir düzeyde bireylerin sosyal etkileşimlerine katkı yapan sonsuz sayıda etkenler hakkında yeterli bilgiden her zaman yoksun oldukları gerçeğinin sadece bir sonucudur. Bu makamlar yapmayı istedikleri şeyin gerçekten insanların yapmayı isteyecekleri şey olduğundan hiçbir zaman emin olamazlar; tıpkı yapmak istedikleri şeylere' ülkenin kanun-yapma sürecini yöneten kamusal otoritelerin müdahale etmeyeceklerinden kişilerin hiçbir zaman emin olamamaları gibi.

Serbest piyasayı kamu otoritelerinin müdahalesine karşı en parlak şekilde savunmuş olan iktisatçılar bile, hiçbir serbest piyasanın aslında kamusal otorite tarafından merkezîleştirilmiş olan bir kanun-yapma süreciyle bağdaşmayacağına ilişkin paralel düşüncüyü genellikle ihmal etmişlerdir. Bu, söz konusu iktisatçıların bazılarını, hem serbest piyasayla hem de -bireylerin özel hayatları ve iş hayatları üstünde otoritelerin ve başka kişilerin kısıtlamasının olmaması anlamında- özgürlükle bağdaşmayan yazılı kanun benzeri açık-seçik ifadeli kurallar anlamında bir hukukun kesinliği düşüncesini kabul etmeye sevk etmektedir.

Kuralların yasama meclisleri mi yoksa mahkemeler tarafından mı konduğu serbest piyasanın bazı taraftarlarına önemsiz görünebilir ve bir kimse hatta serbest piyasayı desteklediği halde yasama organları tarafından konan kuralların uzun bir yargıçlar serisinin

kesin olmayan bir şekilde geliştirdiği *rationes decidendi*'ye tercih edilebilir olduğunu düşünmeye meyledebilir. Fakat eğer serbest piyasa ile serbest hukuk-yapımı süreci arasındaki kesin bağlantının tarihsel onayı aranır, İngilizce-konuşan ülkelerde *common law*'un ülkenin özel hayatla ve iş hayatıyla ilgili yegâne hukuku olduğu zamanlarda, serbest piyasanın zirvesinde olduğunu düşünmek yeterlidir. Öte yandan, halihazırda piyasaya devlet müdahaleleri, çağdaş tarihin şüpheden uzak bir şekilde gösterdiği gibi, İngiltere'de statü hukukundaki artışla ve yargısal yetkilerin "resmîleşmesi" denen olguyla daima bağlantılıdır.

İş hayatında, yani serbest piyasada bireysel özgürlüğün, resmî makamlar dahil başkaları tarafından kısıtlanmamış olmak anlamında siyasî özgürlüğün esaslı özelliklerinden biri olduğunu kabul edersek, özel hukuk meselelerinde yasamanın yukarıda belirtilen anlamda bireysel özgürlükle temelden bağdaşmaz olduğu sonucuna da varmamız zorunludur.

Klasik anlamında hukukun üstünlüğünün esaslı bir özelliği olarak anlaşılması halinde, "hukukun kesinliği" düşüncesi yasama düşüncesine bağlı olamaz. Bunun için, hukukun üstünlüğünün İngiliz Anayasası'nın temelinde yargısal kararların yattığına işaret ettiğini varsayan ve bunu hukukî ve yargısal faaliyetlerin konmuş bir anayasanın soyut ilkelerine dayanıyor görüldüğü Kıta'daki karşıt süreçle karşılaştıran Dicey'nin tamamen tutarlı olduğunu düşünüyorum.

Kıta anayasalarının kişilere sunduğu hak güvenceleri ülkenin olağan/genel hukukunun üstünde olan bir güç tarafından durdurulabilecek veya ellerinden alınabilecek iken, "anayasanın hukukun üstünlüğüne dayandığı" İngiltere'de "böyle bir şey ne ölçüde düşünülebilirse, anayasanın durdurulmasının en azından devrim... anlamına geleceği"ni söyleyen Dicey'nin aklında tuttuğu şey tam da hukukun uzun-vadeli kesinliği anlamındaki kesinlik idi.<sup>37</sup>

Bunun tam da devrim anlamına geleceği gerçeği Dicey'in teorisini yalanlamaktan ziyade doğrular. İngiltere'de ülkenin hukukunun statü hukuku tarafından tedricen kaldırılması ve hukukun üstünlüğünün bugün gitgide Kıta'nın *etat de droit*'sına benzer bir şeye –yani, sadece yazılı oldukları için *kesin*, ve yurttaşların onlara

37 Dicey, *loc. cit.*

ilişkin ortak inancı nedeniyle değil de bir avuç yasa-koyucu tarafından çıkarılmış oldukları için *genel* olan bir kurallar serisine-dönüşmesi yoluyla bir devrim gerçekleşmektedir. Başka bir anlatımla, ülkenin gayrişahsî hukuku tam da Hobbes'un ve daha sonra Bentham ve Austin'in savundukları gibi, zamanın İngiliz hukukçularının görüşüne karşı gitgide İngiltere'deki egemenin komutası altına girmektedir.

Sir Edward Cook'un parlak takipçisi ve Baş Yargıçlıktaki halefi olan Sir Matthew Hale 17. yüzyılın sonlarına doğru, Hobbes'un az bilinen *Dialogue on the Common Law*'daki eleştirisine karşı üstadının savunusunu yazmıştır. Hobbes tipik bir bilimsel tutumla, hukukun Coke'un söylemiş olduğu gibi "sunî aklın" ürünü olmadığını ve herkesin sadece bütün insanlarda ortak olan olağan aklı kullanmak suretiyle hukukun genel kurallarını tespit edebileceğini ileri sürmüştü. Hobbes'a göre, "aklını kullanabilmek hiçbir insanın doğuştan özelliği olmasa da, yine de hukukçular gibi bütün insanlar bunu yapacak olgunluğa ulaşabilir ve akıllarını kanunlara uyguladıklarında [...] yargı için Sir Edward Coke'un kendisi kadar uygun ve buna ehil olabilirler."<sup>38</sup> Hobbes'un bu argümanının onun "yasama gücüne sahip olandan başka hiç kimse hukuk yapamaz" şeklindeki iddiasıyla tutarlı olduğunu düşünmesi yeterince şaşırtıcıdır. Hobbes ile Coke ve Hale arasındaki uyuşmazlık, hukukçuların işinin fizikçi veya matematikçi gibi başka insanların işiyle karşılaştırılmasından doğan en önemli metodolojik sorunlarla bağlantılı olması bakımından çok ilginçtir. Hobbes'a karşı çıkan Sir Matthew Hale, "sivil toplumların düzenlenmesi ve doğru ile yanlışın değerlendirilmesi bakımından" sadece doğru genel kavramlara sahip olmak değil, fakat bu kavramları belli davalara uygulamak da zorunlu olduğundan (ki bu tam da hâkimlerin yapmaya çalıştıkları şeydir), hukuk bilimini "matematiksel bilim" gibi diğer bilimlerle karşılaştırmanın yararsız olduğuna işaret etmiştir. Hale'e göre,

bütün durumlara eşit olarak uygulanabilen hatasız bir kanunlar ve politikalar sistemi (yazılı anayasalar ve yasalar, diyebiliriz) yapabileceklerine inanmaktan hoşnut olanlar, sıra bunların özgül [durumlara] uy-

38 Thomas Hobbes, *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (1681) in Sir William Molesworth, ed., *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury* (London: John Bohn, 1829-1845), VI, 3-161.

gulanmasına gelince etkin olmadıkları ortaya çıkan kavramlarla kendilerini aldatmaktadırlar.<sup>39</sup>

**Hale'in yaptığı en çarpıcı yorumlardan biri, Coke kadar onun da hukukun uzun-vadeli kesinliği anlamında kesinlik gereğinin bilincinde olduğunu ortaya koymaktadır:**

Ondan daha iyisini yapabileceğini veya onun akla uygun yahut apaçık doğru olduğunu ortaya koyacak matematik bir kanıt bulabileceğini düşündüğü için, bir kurumda hata bulmak aptalca ve gayrimakul bir şeydir... Common law mesleğindeki en önemli şeylerden biri, hukukun kesinliğine mümkün olduğunca yaklaşılması, bir çağ ile bir mahkemenin aynı şeyden söz etmesi ve hukukun mümkün olduğunca standart/değişmeyen bir kural içinde aynı doğrultuda gitmesi suretiyle onun kendisiyle uyumunu mümkün olduğunca korunması. Çünkü, aksi halde, çağlar boyunca her yerde uğruna mücadele edilmiş olan kanunların *kesinliği* ve hâkimler ve avukatların gerekçelerinin etkileri korunmasaydı ortaya çıkacak olan keyfilik ve savurganlıktan kaçınma, çok geçmeden kaybedilirdi. Ve insanlar önceki çağların hükümleri, kararları ve yorumlarının ne olduğu hakkında araştırmalarla ve okumayla bilgilendirilmedikleri sürece, kanunların bu şekilde kendi sınırları içinde tutulması asla mümkün olmazdı.<sup>40</sup>

Kesinlik kavramını kuralların çağlar boyunca tekdüzeliği kavramına ve süreklilik kavramını yasama organlarınınki yerine hukuk mahkemelerinin en mütevazı ve sınırlı çalışmasına [bundan] daha açık ve daha kararlı bir şekilde bağlamak pek mümkün olmazdı. Bu tam da *hukukun uzun-vadeli kesinliğinden* kastedilen şeydir ve o son tahlilde hukuku yasamayla özdeşleştirmenin ima ettiği kısa-vadeli kesinlikle bağdaşmaz.

İlk görüş aynı zamanda hukukun kesinliğine ilişkin Roma anlayışıydı. Ünlü bilginler Roma hukukçularındaki kişisellik yokluğuna işaret etmişlerdir. Savigny onlara "ikame edilebilir [fungible] kişisellikler" diyordu. Bu kişisellik yokluğu onların incelemekte oldukları özel hukuklara ilişkin bireyselci görüşlerinin doğal bir mukabili idi. Onlar özel hukuku Roma yurttaşlarının her birinin ve hepsinin ortak mirası olarak kavıyorlardı. Bundan dolayı,

39 Matthew Hale, "Reflections by the Lord Chief Justice Hale on Mister Hobbes, His *Dialogue of the Law*," ilk defa Holdsworth tarafından yayımlandı: *History of English Law* (London: Methuen & Co., 1924), Vol. V, Appendix, p. 500.

40 *Ibid.*, s. 505.

hiç kimse onu kendi istediği gibi değiştirmeye [kendini] yetkili hissetmiyordu. Bütün değişiklikler gerçekleştiğinde, hukukçular onları kendilerinin yaptığı bir şey olmaktan ziyade çevrelerinde zaten olup-bitmiş bir şey olarak kabul ediyorlardı. Aynı nedenle, modern halefleri olan İngiliz hâkimler gibi, Romalı hukukçular da soyut ilkeleri asla dert edinmemiş, fakat daima –Sir Matthew Hale’ın yukarıda değinilen ifadesini kullanırsak– "özgül davalar"la ilgilenmişlerdir. Dahası, Romalı hukukçulardaki bireysellik yokluğu Sir Matthew Hale’in şunu söylediğinde kabul ettiğiyle aynı mahiyettedir:

"Bu, benim bir krallığın mutluluk ve barışını kendi yeni teorimle riske atmaktansa, krallığın dört veya beş asır mutlu bir şekilde yönetilmesine aracılık etmiş olan bir hukuku tercih etmem için bir nedendir."<sup>41</sup>

Aynı şekilde/aynı yönde, Roma hukukçuları soyut teorilerden ve eski Yunan düşünürlerinin geliştirdikleri hukuk felsefesinin kavramsal araçlarından nefret ediyorlardı. (Aynı zamanda bir devlet adamı da olan) Romalı hukukçu Neratius M.S. 2. yüzyılda şöyle yazıyordu: "Kesinlikleri kaybolmasın ve çökmesinler diye, kurumlarımızın rasyonelini araştırmaktan kaçınmak zorundayız."<sup>42</sup>

Kısaca toparlarsak: Modern zamanlarda olduğu gibi eski çağlarda da birçok Batı ülkesi bireysel özgürlük (resmî makamlar dahil olmak üzere, başkalarının kısıtlamasının olmaması) idealinin kendi siyasî ve hukukî sistemleri için temel önemde olduğunu düşünüyorlardı. Bu idealin belirgin bir özelliği daima hukukun kesinliği olmuştur. Fakat hukukun kesinliği iki farklı ve hatta son tahlilde bağdaşmaz biçimde anlaşılmıştır: İlki, yasama organından çıkan yazılı metnin kesinliği/açık-seçikliği; ikincisi, bireylerin insanlar tarafından ortak olarak kendiliğinden benimsenen ve nihayetinde yüzyıllar ve farklı nesiller boyunca hâkimler tarafından geliştirilmiş olan bir kurallar manzumesine dayanan uzun-vadeli planlar yapabilmeleri imkânı. Bu iki "kesinlik" anlayışı bilim insanları nadiren ayırt edilmiştir ve İngilizce-konuşulan ülkelerde olduğu kadar Kıta Avrupası’nda da sıradan insanlar tarafından terimin anlamında birçok belirsizlik devam ettirilmiştir. Bu

41 *Ibid.*, s. 504.

42 *Dig.* I, 3, 21.

muhtemelen, Avrupa anayasaları ile İngiliz Anayasası arasındaki bir karşılaştırmanın niçin eskiden olduğundan daha kolay yapılabildiğinin olduğu kadar, Avrupalı siyaset bilimcilerin *common law*'un oluşumuna ilişkin özgül sürecin İngiliz Anayasası için her zaman sahip olmuş olduğu önemi dikkate almadan İngiliz Anayasası'nın iyi taklitlerini yaptıklarını düşünebilmelerinin de ana nedenidir.

Bu hukuk-yapımı süreci olmadan, terimin Dicey'nin açıkladığı klasik İngiliz anlamında "hukukun üstünlüğü"nü kavramak muhtemelen imkânsızdır. Diğer taraftan, yasama yoluyla hukuk-yapımı olmadan da hiçbir Kıta sistemi bugün olduğu şey olamazdı. Çağımızda İngilizce-konuşulan ülkelerde ortaya çıkan mahkemeler yerine yasama yoluyla hukuk-yapımını öne çıkarma eğilimi nedeniyle, "hukukun kesinliği" ile "hukukun üstünlüğü"-nün anlamlarındaki karışıklık özel olarak artmıştır.

Bu karışıklığın siyasî özgürlük düşüncesi ve girişim özgürlüğü bakımından aşikâr olan sonuçları kendilerini göstermeye zaten başlamıştır. [Böylece] bir kere daha semantik karışıklığın birçok sorunun tam da kökünde yer aldığı görülmektedir. Bütün zorluklarımızın semantik karışıklıktan ileri geldiğini iddia etmiyorum. Ancak, İngilizce-konuşulan ülkelerde ve Kıta Avrupası ülkelerinde "hukukun kesinliği"yle ve "hukukun üstünlüğü"yle bağlantılı olarak "özgürlük"ten söz ettiğimizde ima ettiğimiz farklı ve çelişkili anlamları tahlil etmek iktisatçıların olduğu kadar siyaset bilimcilerinin de çok önemli bir görevidir.

## ÖZGÜRLÜK VE YASAMA

ÖNCEKİ BÖLÜMLERDEN ÇIKARILABİLECEK ÇOK ÖNEMLİ BİR SONUÇ, bireylerin özel hayatlarındaki ve işlerindeki davranışları bakımından uzun-vadeli planlama yapabilmeleri anlamında hukukun kesinliğini fiilen temin etmeden terimin klasik anlamında hukukun üstünlüğünün sürdürülemeyeceğidir. Ayrıca, Atinalıların *nomotetai* zamanında yaptıkları gibi katı ve neredeyse saçma hükümlere başvurmadığımız sürece, hukukun üstünlüğünü yaşamaya da dayandıramayız.

Zamanımız için tipik olan, Batı ülkelerinde devlet görevlilerinin kendi yurttaşları üzerinde kazanmış oldukları ve hâlâ günbegün kazanmaya devam ettikleri yetkileri –bu yetkilerin genellikle yasalarla sınırlanmış olmaları gerektiği gerçeğine rağmen– artırma eğilimidir. Çağdaş bir yazar, E. N. Gladden, bu durumu kitabının başlığında *Bureaucracy or Civil Service* [Bürokrasi Mi, Kamu Hizmeti Mi] formüle ettiği bir ikilem olarak özetlemektedir. Kamu görevlileri ülkenin hukukunun üstünde olarak görüldükleri anda, bu hukukun niteliğinden bağımsız olarak bürokratlar sahneye çıkarlar. Hukuktan daha iyisini yaptıkları ve tam da hukukun gerçekleştirmek istediğini düşündükleri –hukukta her nasılsa ifade edilmiş olmayan– amaçları gerçekleştirdikleri inancıyla, görevlilerin bilinçli olarak hukukun hükümleri yerine kendi iradelerini koydukları vakalar vardır. Bu vakalarda görevlilerin iyi niyet ve samimiyetleri hakkında genellikle kuşku yoktur.

Benim kendi ülkemde halihazırdaki bürokratik uygulamalardan alınan bir örnek vereyim. Bizim, araç sürücülerinin işledikleri suçlar için bazı cezalar öngören araç trafiğiyle ilgili hukukî düzenlemelerimiz vardır. İstisnaî durumlarda kuralları ihlal edenlerin yargılanıp hapisaneye konmaları da mümkün olmakla beraber,

bu cezalar genellikle para cezasıdır. Ayrıca, özellikle başka hukukî düzenlemelerle öngörülen belirli vakalarda, söz gelişi trafik düzenlemelerine karşı suçlar başkalarının yaralanmasına veya büyük zararlara neden olursa yahut içkiliyken araç kullanılmışsa, ihlalcilerin sürücü belgelerine el konabilir. Ülkemde her tür motorlu araç trafiği sürekli arttığı için kazalar da gitgide daha sık hale gelmektedir. Resmî makamlar kolluk görevlilerinin sürücülere daha katı disiplin uygulamalarının bütün ülkede trafik zayıatlarını azaltmanın en iyi aracı olduğuna kani olmuşlardır. İçişleri bakanı ve ona bağlı diğer devlet görevlileri, valiler ve ülkedeki ulusal polis temsilcileri gibi bütün yürütme görevlileri bu teoriyi trafik düzenlemelerine karşı suçlarla ilgili olarak da uygulamaya çalışmaktadırlar. Fakat onların bir kısmı sıkça daha da fazlasını yapmaktadır. Onlar hâkimlerin ihlalcı sürücülere uygulayacakları cezalarla ve bu amaçla izlenecek usulle ilgili hukukî düzenlemeler bakımından ülkenin hukukunun modern trafik koşullarının [ortaya çıkardığı] yeni ihtiyaçları başarılı bir biçimde karşılamakta çok yetersiz ve yavaş olduğuna inanmış görünmektedirler. Bazı görevliler bu hususlarda ülkenin hukukuna uygun olarak izlenmesi gereken mevcut usulden "daha iyisini yapmaya" çalışmaktadırlar.

Görevlilerden biri bütün bunları bana bazı müşterilerim adına hukuka aykırı olduğunu düşündüğüm bir uygulamaya karşı müdahale etmek istediğim zaman açıkladı. Polis bir kişinin aracıyla trafik düzenlemelerini ihlal ederek geçiş yaptığını bildirmiş, bunun üzerine "vali" hemen ve beklenmedik şekilde adamın sürücü belgesine el koymuştu. Bu nedenle sürücü kamyonunu artık kullanamıyordu; yani, resmî makamlar sürücü belgesini geri vermeye razı oluncaya kadar adam pratikte işsiz kalacaktı. Yazılı mevzuata göre, "vali" bazı durumlarda ihlalcinin sürücü ehliyetine el koyabilir, ama hiçbir zayıata sebep olmaksızın trafik kurallarına aykırı olarak bir aracı geçmek bu durumlar arasında yer almamaktadır. Bu noktayı ilgili görevlinin dikkatine sunduğumda, yürürlükteki kuralların doğru yorumlanması halinde müşterimin aslında sürücü belgesinin alınmasıyla cezalandırılması gereken bir suç işlemediği hususunda bana hak verdi. Ve ayrıca çok sayıda başka olayda, belki olayların %70'inde, kurallara aykırı hareket eden kişiler gerçekte hukuka göre böyle bir cezalandırmayı hak eden bir suç işlemedikleri halde ilgili makamların sürücü belgelerine el koyduklarını nazik bir şekilde bana açıkladı. "Fakat görüyorsunuz-



nuz" dedi, "eğer bunu yapmazsak bu ülkede insanlar [bazen resmî görevliler kendilerini başka ülkelerdenmiş gibi görür gibidirler] yeterince dikkat göstermeyeceklerdir; çünkü bizim hukukumuzun öngördüğü gibi birkaç bin liralık cezaları takmazlar. Öte yandan, onları bir süreliğine sürücü belgelerinden yoksun bırakırsanız kaybını daha şiddetli hisseder ve gelecekte çok daha dikkatli olurlar." O ayrıca, biraz da felsefî bir havada, nispeten az sayıda insana yapılan adaletsizliğin, bunun araç trafiğinin akışındaki genel etkisinin –kamu makamlarının kanaatine göre– kamu yararına olmasıyla haklı gösterilebileceğini düşündüğünü de söyledi.

Bu bağlamda daha da çarpıcı bir örnek bir meslektaş tarafından bana anlatıldı. O bir bölge savcısının sokakta bir kişiyi ezerek öldüren bir sürücüye karşı tutuklama müzekkeresi çıkarmasına itiraz etmeye gitmiş. Bizim hukukumuzla göre, kasıtsız adam öldürmeler hapisle cezalandırılabilir. Öte yandan, bölge savcılarını yargılamadan önce tutuklama emri çıkarmaya ancak ceza usul kanununda belirtilen özel durumlarda ve olayın şartlarına göre tutuklamanın makul olduğuna kanaat getirmeleri halinde yetkililerdir. Yargılamadan önce tutuklamanın bir ceza olmayıp suç işlemeyle itham edilen kişinin davadan önce kaçma veya başka suçlar işleme ihtimalini vb. önlemeyi amaçlayan bir güvenlik tedbiri olduğu açıktır. Yukarıda bahsedilen kişi örneğinde açıkça böyle bir durum olmadığı için, meslektaşım savcıya bu şartlar altında niçin tutuklama emri çıkardığını sormuş. Savcının cevabı, motorlu araç kazalarının artan sayısı karşısında, benzer yeni sıkıntılara sebebiyet verilmesini önlemek için kuralları ihlal edenleri hapse atmanın meşru ve uygun olduğu şeklinde olmuş. Üstelik, ortalama hâkimler kasıtsız adam öldürmeyle suçlanan kişilere karşı genellikle çok katı olmadıkları için davadan önce biraz hapis tatmak ihlalciler için nasıl olsa yararlı bir tecrübe olurmuş. İlgili görevli, böyle davranmakla hukuku "iyileştirdiği"ni ve kanun tarafından bu amaçla öngörülmüş olmasa bile trafik zayıatlarını azaltmak amacını gerçekleştirmek için hapis gibi araçları kullanmakta [kendisini] tamamen haklı hissettiğini içtenlikle itiraf etmiş.

Bu, kanunun daha titiz bir şekilde yorumlanıp uygulansaydı muayyen bir durumda amaçlarını gerçekleştiremeyecek olduğu bahanesi altında, kendi kurallarını uygulamak üzere kanunun lâfzını esnetmek suretiyle kendilerini hukukun yerine koyan kamu

görevlilerinin tutumunun tipik bir örneğidir. Bu arada, bu hukuk dışı bir davranışın, kamu görevlilerinin hukuku ihlal eden davranışının da bir örneğidir; bunu İngiliz kamu görevlilerinin kesin idarî kuralların yokluğunda [yapmaların] izin verilen *keyfi* davranışla karıştırmamak gerekir. İngiliz idaresinin keyfi davranışının iyi bir örneği olarak, galiba, birkaç yıl önce İngiltere’de büyük protestolara neden olmuş ünlü ve oldukça karmaşık Crichel Down davası zikredilebilirdi. [Bu olayda] savaş sırasında bomba atış alanı olarak kullanmak için özel mülke hukuka uygun olarak el koymuş olan devlet görevlileri savaştan sonra da aynı mülkü tarımsal deneyler yapmak vb. gibi tamamen farklı amaçlar için kullanmaya çalışmışlardı.

Bu tür olaylarda açık-seçik anlatımlı yazılı yasalar anlamında kesin düzenlemelerin varlığı, kamu görevlilerinin yasayı çiğnemelerini her zaman önlemese de en azından davranışları için onları genel mahkemeler veya Fransız *Danıştay* gibi idare mahkemeleri önünde hukuken sorumlu tutmakta çok yararlı olabilir.

Fakat benim tezimin önemli noktasına gelirse: Son yüzyıl içinde bütün Batılı ülkelerde bireysel özgürlük tedricen azalmıştır. Bunun tek veya başlıca nedeni hukuka aykırı hareket eden görevlilerin tecavüzleri ve gaspları olmayıp, aynı zamanda mevzu hukukun (statü hukukunun) önceki hukuka göre yetki gaspı ve bireysel özgürlüğe tecavüz olarak değerlendirilecek olan şekillerde davranmaya kamu görevlilerini yetkilendirmiş olduğu gerçeğidir.<sup>43</sup>

Art arda gelen yasalarla yasama ve yargı yetkilerinin yürütme görevlilerine devredilmesi olarak özetlenebilecek olan İngiliz "idare hukuku"nun tarihi bunu açıkça göstermektedir. Batı’da bireysel özgürlüğün kaderi en başta bu "idarî" sürece bağlıdır. Fakat unutmamalıyız ki, düpedüz gasp durumlarını (ki bunlar muhtemelen tasavvur edebildiğimiz kadar önemli veya çok sayıda değildir) dikkate almazsak, bu sürecin kendisi yasama yoluyla (yasalarla) mümkün kılınmıştır.

Yürütme görevlilerine şüpheyle bakan Prof. Hayek gibi bazı çağdaş bilim insanlarına tamamen katılıyorsam da, bireysel öz-

43 "Valiler" gibi yürütme görevlileri tarafından sürücülere uygulanabilen takdir tedbirlerin kapsamını önemli ölçüde artıran yeni (1959) Italian trafik yasalarıyla karşılaştırınız.

gürlüğü takdir eden insanların yasa-koyuculardan daha da fazla şüphe duymaları gerektiğini düşünüyorum; çünkü memurların ("kapsamlı yetkiler" dahil) yetkilerindeki artışın gerçekleşmesi tamamıyla yasama yoluyla olmuştur ve hâlâ da olmaktadır. Son zamanlarda bu sonuca hâkimler de, en azından negatif bir şekilde, katkıda bulunmuş olabilirler. Yukarıda anılan Sir Carleton Kemp gibi seçkin bir bilim insanı bize İngiltere'de mahkemelerin, eski çağlarda yapmaya eğilimli oldukları gibi, değişen birey-devlet ilişkisi anlayışıyla bağlantılı olarak kendi yetkilerini genişletmek için yürütmeye bir yarışa girmiş olabileceklerini söylemektedir. Ne var ki, Sir Carleton'a göre, son yıllarda, onlar "'salt idarî' olandan gitgide ellerini çekmek ve yürütmenin siyasetine müdahale etmekten kaçınmak" suretiyle "tam tersini" yapmışlardır.

Öte yandan, İngiltere'deki Temyiz Mahkemesi'nin üyelerinden biri olan Sir Alfred Denning gibi seçkin bir hukukçu, ilk olarak 1953'te yayımlanan *The Changing Law* [Değişen Hukuk] adlı kitabında, son yıllarda İngiliz mahkemelerinin (özellikle 1947 tarihli Usul Kanunu'ndan sonra) bakanlıkları veya kamulaştırılmış işletmeler, bakanlıklardaki tribünler (1951'deki meşhur Northumberland davasında King's Bench Mahkemesi onlardan birine karşı bir *certiorari writ*<sup>44</sup> çıkarmıştı) ve (sendika benzeri örgütlerin kurallarıyla kurulanlar gibi) özel tribünleri ve benzerlerini olağan yargısal denetim altında tutmak suretiyle hukukun üstünlüğünü korumayı amaçlayan birçok davasının ikna edici bir anlatımını vermektedir. Sir Carleton'un genel mahkemeleri yürütmenin yeni yetkileri karşısında kayıtsızlıkla itham etmekte haklı olup olmadığına veya Sir Alfred Denning'in mahkemelerin aynı yöndeki tutumlarına dikkat çekmekte haklı olup olmadığına karar vermek zordur.

Başka ülkelerde olduğu gibi İngiltere'de de yasama organının yaptığı yasalarla devlet memurlarına pek çok yetki verilmiştir. Bunun ikna edici olması için, son yıllarda İngiltere'de meselâ yetki devrinin tarihini sadece gözden geçirmek yeterli olurdu. Yasalar parlamentolar tarafından geçirildikleri ve parlamentolar da halk tarafından seçildikleri için yasama sürecinin kaynağının halk olduğu, ve halkın –veya en azından halkın seçmenlerle özdeşleşen

44 (Çevirenin notu) Kanun Yolu incelemesi yapan yüksek mahkemenin alt mahkemeye gönderdiği dava dosyasının kendisine gönderilmesini emreden yazısı.

kısmının– iradesinin hükümet tarafından belirlenecek olan bütün konularda hâkim olacağı hâlâ çağımızın yerleşik siyasî inançlarından biridir.

Mosca ve Pareto'nun [20. yüzyılın başında sürükleyici azınlıkların veya Pareto'nun deyişiyle seçkinlerin önemiyle ilgili ünlü teorilerinde ortaya koydukları ve Birleşik Devletler'de sosyologlar ve siyaset bilimcileri tarafından hâlâ sıkça atfı yapılan türden eleştirilere açarsak, bu öğretinin geçerliliğini ne derece koruyacağını bilmiyorum. Bu teoriler hakkında ne sonuca ulaşırsak ulaşalım, "halk" veya "seçmenler", kendi iradesine göre hareket eden ve dolayısıyla burada kabul ettiğimiz anlamda kısıtlamadan "özgür" olan belirli bir yurttaş-bireylere kolayca indirgenemeyecek olan, hatta onunla bağdaşmayan bir kavramdır. Özgürlük ve demokrasi eski Atinalıların zamanından beri Batı ülkeleri için birbirine bağlı fikirlerdir. Fakat geçmişte De Tocqueville ve Lord Acton gibi birçok düşünür, çoğunluklar hoşgörüsüz veya azınlıklar isyankâr oldukları ve genel olarak bir siyasî toplum içinde –Lawrence Lowell'in deyişiyle– "uzlaştırılmazlar" var olduğu zaman, bireysel özgürlükle demokrasinin bağdaşmayabileceğine işaret etmiştir. Rousseau eğer "ortak irade"yi yansıtacaklarsa, bütün çoğunluk sistemlerinin en azından çoğunluk yönetiminin kabul edilmesi bakımından, oy birliğine dayanması gerektiğine işaret ettiğinde bunu farkındaydı.

Eğer bu oy birliği siyaset felsefecilerinin sırf bir kurgusu değil de aynı zamanda siyasî hayatta gerçek anlama sahip olacaksa, bireylerin soyguncular veya şantajcılar gibi başka insanların daha kötüsünü yapmasından kaçınmak için cibrî eylemlere katlanmalarındaki gibi, bir çoğunluk tarafından alınan bir kararın özgür olarak değil de sadece bir azınlığın zararına olarak kabul edildiği her durumda, başka insanların kısıtlamasının yokluğu anlamında bireysel özgürlük sayıların hegemonik gücü olarak anlaşılan demokrasiyle bağdaşmaz.

Demokratik bir toplumda hiçbir yasama sürecinin sayıların gücüne dayanmaksızın gerçekleşmediğini düşünürsek, bu sürecin birçok durumda bireysel özgürlükle bağdaşmamasının muhtemel olduğu sonucuna varmak zorundayız. Siyasa (policy) "bilimi"ndeki ve grup kararlarının mahiyetine ilişkin son zaman-

lardaki araştırmalar bu noktayı gayet ikna edici bir şekilde doğru-  
lama eğilimindedir.<sup>45</sup>

Son zamanlarda bazı bilim insanlarının, aralarında ortak bir et-  
ken bulma amacıyla bu gibi farklı davranış biçimlerini piyasadaki  
bir alıcı veya satıcının kiyle ve siyasî bir seçimdeki bir seçmenin-  
kiyle karşılaştırma teşebbüsleri bana oldukça ufuk açıcı gelmekte-  
dir. Ama bunun nedeni sadece iktisatla ve siyaset bilimiyle ilgili  
metodolojik sorunlar değildir; başka bir neden, aynı toplum için-  
deki bireylerin siyasî (veya hukukî) konumları arasında bir fark  
olup olmadığı sorununun son yüz veya yüz yirmi yılda liberal-  
lerle sosyalistler arasındaki uyuşmazlığın ana sorunlardan birisi  
olmuş olmasıdır.

Hayatın her alanında olduğu gibi iş hayatında da özgürlüğü  
gerektiren, resmî makamlar dahil olmak üzere başkalarının kısıt-  
lamasının yokluğu anlamında bir özgürlük kavramını kanıtla-  
maya çalışırken, bu uyuşmazlık bizi birden fazla bakımdan ilgi-  
lendirebilir. Sosyalist öğretiler herkese eşit haklar tanıyan hukukî  
ve siyasî bir sistemde bu hakların birçoğundan yararlanmak için  
yeterli araçlara sahip olmayanların bu haklardan hiç yararlan-  
mayacaklarını ileri sürmüşlerdir. Liberal doktrinler ise, tersine,  
sosyalistlerin önerdikleri veya dayattıkları gibi, siyasî "özgür-  
lük"ü "mülksüzler"in "ihtiyaçtan özgürlüğü"yle "entegre etme"  
teşebbüslerinin sistem içinde şu gibi çelişkilere yol açacağını ileri  
sürerler: Başkalarının kısıtlamasının olmaması anlamında siyasî  
ve hukukî özgürlük bastırılmadan herkese ihtiyacın yokluğu an-  
lamında "özgürlük" verilemez. Fakat liberal öğretiler bir şey daha  
eklerler. Onlara göre, emirle veya iktisadî sürecin resmî makam-  
larca yönetilmesi yoluyla gerçekte hiçbir "ihtiyaçtan özgürlük"  
serbest piyasa yoluyla yapıldığı gibi gerçekleştirilemez.

şimdi, hem sosyalistler hem de liberallerin ortak bir varsayı-  
mı olarak düşünölebilecek olan şey, eğer "özgürlük" kelimesini  
aynı zamanda "ihtiyacın yokluğu" anlamında da kabul etmemiz  
gerekliyorsa, bireyin –kısıtlamanın yokluğu anlamında– hukukî  
ve siyasî özgürlüğü ile "iktisadî" özgürlüğü arasında bir fark ol-  
duğudur. Hem liberallerin hem de sosyalistlerin karşıt görüşleri

45 Ben kendim iki başka vesileyle, 1957 yılında Nuffield College'de ve University of Manches-  
ter'in İktisat Bölümünde verdiğim bazı derslerde bu konuyla ilgilenmişim.

açısından bu fark takdir edilir, ama son tahlilde her ikisi de "özgürlük"ün aynı topluma mensup bireyler için farklı –belki de birbiriyile bağdaşmayan– anlamlara sahip olabileceğini kabul eder.

"İhtiyaçtan özgürlük"ü siyasî veya hukukî bir sisteme dahil etmenin –bu sistemin garanti ettiği kısıtlamadan özgürlük anlamında– "özgürlük" kavramında zorunlu bir değişmeyi beraberinde getirdiğine şüphe yoktur. Bunun olmasının nedeni, liberallerin işaret ettikleri gibi, iş hayatında sosyalizmden mülhem yasalar ve karar-nâmelerin özgürlükle bağdaşmayan belirli hükümleridir. Bunun başka bir önemli nedeni de, tam da "ihtiyaçtan özgürlük"ü sisteme dahil etme teşebbüsünün –bütün sosyalistlerin kabul edecekleri gibi, onlar en azından halihazırdaki toplumlarla ilgili oldukları sürece ve çabalarını dünyanın ücra bir köşesinde gönüllülerden oluşan toplumlar kurmakla sınırlamadıkları sürece– önce yasama yoluyla ve dolayısıyla çoğunluk kuralına göre alınan kararlarla yapılmak zorunda olmasıdır; yasa-koyucuların günümüzün hemen hemen bütün siyasî sistemlerinde olduğu gibi seçilmiş olmaları veya eski Roma'da veya eski Yunan şehirlerinde yahut günümüz İsviçre *Landesgemeinde*'lerinde olduğu gibi halkın doğrudan temsilcileri olmaları fark etmez. Başkalarının kendi işlerine müdahalesine yurttaşların karşı koymalarına yardım eden bir hukukî ve siyasî sistemde olmadığı sürece, hiçbir serbest-ticaret sistemi gerçekten işleyemez. Fakat serbest-ticaret sistemlerinin karakteristik bir özelliği de onların –en azından özel hayat ve iş hayatı söz konusu olduğunda– yasamaya pek veya hiç başvurmayan hukukî ve siyasî sistemlerle ve muhtemelen sadece onlarla bağdaşabilir olduklarıdır. Öte yandan, sosyalist sistemler yasamanın yardımı olmadan varlıklarını sürdüremezler. Bildiğim kadarıyla, sosyalizmin herkes için "ihtiyaçtan özgürlük"ünün common-law sistemi veya Roma sistemi gibi kurumlarla bağdaştığı varsayımını destekleyen hiçbir tarihsel örnek yoktur. Bu sistemlerde hukuk-yapımı süreci, sadece hâkimlerden ve uzman hukukçulardan zaman zaman yardım alınarak, doğrudan doğruya yurttaşlar tarafından ve kural olarak yasamaya başvurmaksızın icra edilir.

Sosyalist toplumları gerçekleştirmek için özel gönüllü koloniler oluşturmaya çalışmış olan "ütopyacılar" dışında kimse bunu yasama olmadan yapabileceklerini düşünmemiştir. Fakat onlar da bunda ancak kısa dönemler için başarılı olabilmişlerdir; yani,

oluşturdukları gönüllü birlikler yaşlı gönüllüler, gönüllülükten vazgeçenler ve sosyalizmin herhangi bir türüne inmayan yeni-gelenlerden oluşan kaotik karışımlara dönünceye kadar.

Sosyalist toplumlar eğer yaşamaya devam edeceklerse, sosyalizm ve yasama kaçınılmaz olarak bağlantılı görünmektedir. İngiliz ve Amerikan common-law sistemlerinde gerek yazılı yasalar ve kararnamelelere gerekse bir hukuk sisteminin neticede yasa-koyucu bir sistem olduğu ve "kesinlik" in yazılı hukukun kısa-vadeli kesinliği olduğu düşüncesine gitgide ağırlık verilmesinin ana sebebi muhtemelen budur.

Sosyalizmle yasamanın kaçınılmaz olarak bağlantılı olmasının sebebi şudur: Bir serbest piyasa arz ve talebin bireylerin tercihlerine dayalı olarak kendiliğinden bir şekilde uyarlanması anlamına gelir ama, eğer talep arz tarafından aynı temelde karşılanacak bir şey değilse, yani piyasaya girenlerin tercihleri gerçekte birbirinin tamamlayıcısı değilse, bu uyarlanma gerçekleşemez. Örneğin, alıcıların satıcılar tarafından istenen fiyatların çok yüksek olduğunu düşündükleri veya satıcıların alıcılar tarafından sunulan fiyatların çok düşük olduğunu düşündükleri her durumda bu ortaya çıkabilir. Alıcıları tatmin edecek konumda olmayan satıcılar veya satıcıları tatmin edecek konumda olmayan alıcılar, her ikisinin de ellerinde piyasadaki muhataplarını kendi taleplerini karşılamaya zorlama araçları olmadığı sürece, bir işlem yapamazlar.

Sosyalistlere göre, yoksullar zenginler tarafından ihtiyaç duydukları şeylerden "yoksun bırakılmış"lardır. Ancak, "varlıklılar"la "yoksullar"ın hepsinin her şeyin ortak sahipliğine hakları olduğu kanıtlanmadığı sürece, bu konuşma şekli dilin kötüye kullanılmasından başka bir şey değildir. Doğru, tarihsel kanıtlar işgaller ve fetihler gibi bazı örneklerde ve soygun, korsanlık, şantaj vb. durumlarda sosyalist görüş açısını desteklemektedir. Fakat serbest bir piyasada, yani münferit satıcı ve alıcıların başka kişilerin kısıtlamasına/zorlamasına karşı koymalarını mümkün kıldığı bir sistemde bunlar asla vuku bulmaz. Bu bağlamda, genellikle tamamen piyasa dışı ve dolayısıyla iktisadî araştırmaya değmez adedildikleri için, bu gibi "yanlış-üretken" (misproductive) etkinlikleri iktisatçıların genellikle dikkate almadıklarını daha önce görmüştük. Eğer hiç kimse, aksi halde mal ve hizmetler için ödeyecek olduğundan daha fazlasını ödemeye zorlanmazsa, yanlış-üretken

etkinlikler gerçekleşemez; çünkü bu gibi durumlarda talep mal ve hizmetlerin arzını karşılamayacak ve alıcılarla satıcılar arasında bir uyum ortaya çıkmayacaktır.

Yasama kendiliğinden-uyarlanma mekanizmasının hiçbir zaman yapamadığını başarabilir. Halihazırda olduğu gibi, çoğunluk kuralı gibi usullere dayanarak karar veren yasama organlarının yaptıkları düzenlemelerle talep arzı karşılamaya veya arz talebi karşılamaya zorlanabilir.

En az teorisyenler kadar sıradan insanlar tarafından da hemen kavranan yasamayla ilgili gerçek, düzenlemelerin onların yapılma sürecine hiç katılmamış olanlar ve ondan hiç haberdar olmayanlar dahil olmak üzere herkese cebren uygulandığıdır. Vaz edilmiş bir yasayı tarafların önüne getirdiği bir davada hâkimin aldığı bir karardan bu gerçek ayırır. Karar cebren uygulanabilir ama bu otomatik –yani, ilgili tarafların veya en azından onların birinin iş birliğine dayanmayan– bir uygulama değildir. Her durumda, bu karar uyuşmazlığın tarafı olmayan veya davanın taraflarınca temsil edilmeyen başka insanlara doğrudan doğruya uygulanabilir değildir.

Nitekim, teorisyenler yasamayı genellikle cebren icrayla (enforcement) ilişkilendirirler; oysa bu bağlantı mahkeme kararlarında doğrudan doğruya vurgulanmaz ve her halükârda daha az fark edilebilir. Cebren uygulamanın sadece yasama sürecinin sonucuyla değil fakat tam da sürecin kendisiyle de bağlantılı olduğu gerçeğine çok az kişi işaret etmiştir. Bu sürece katılanların kendileri de usul kurallarının cebren icrasının nesnelidirler ve tam da bu olgu bir grup tarafından önceden belirlenmiş bir usule göre yerine getirilen bütün yasama faaliyetine cebrî bir özellik kazandırır. Aynısı, kararın oluşmasına katılanların hepsi için önceden konmuş olan usul kurallarına uygun olarak seçilecek olan kişiler hakkında bir grup kararına varmakla görevli olan seçmenlerin faaliyeti için de doğrudur.

İnsanların münferit bireyler olarak değil de grupların üyeleri olarak karar vermeleri gereken her durumda, kesinlikle, kişilerin karar alma süreci ile grupların karar-alma sürecini ayırt etmeyi mümkün kılan şey karar-verme sürecinde cebrî bir usulün varlığıdır.

Bu fark, hem piyasadaki bireylerin iktisadî kararlarını hem de siyaset sahnesindeki grup kararlarını içine alacak şekilde, grup ka-



rarlarının bir teorisini geliştirmeye çalışan İngiliz iktisatçı Duncan Black gibi teorisyenler tarafından görmezlikten gelinmiştir. Bu konu hakkında yeni bir kitap yayımlamış olan Prof. Black'e göre, bu iki tür kararlar arasında esaslı bir fark yoktur. Bir bütün olarak düşünüldüklerinde piyasadaki alıcılar ve satıcılar, bir komitenin, kararları arz ve talep kanununa göre kendi tercih ölçeklerinin karşılıklı ilişkilerinin sonucu olan üyelerine benzetilebilirler. Öte yandan, en azından siyasî kararların gruplar tarafından alındığı bütün ülkelerde siyaset sahnesindeki bireyler, her bir komitenin özel işlevlerinden bağımsız olarak, komitelerin üyeleri olarak görülebilirler. Seçmenler [topluluğu] en az bir yasama meclisi veya bir bakanlar kurulu kadar bu "komiteler"den biri olarak görülebilirdi. Bütün bu durumlarda, Prof. Black'e göre, komitenin her bir üyesinin tercih ölçekleri aynı komitenin diğer her üyelerinin tercih ölçeklerine benzer. Yegâne –fakat Prof. Black'e göre, küçük bir– fark şudur: Piyasada tercihler arz ve talep kanununa göre birbiriyle karşılaşırken, siyasî tercihlerde şu değil de bu kişilerin seçilmesi belirli bir usule göre gerçekleşir. Eğer bu usulü ve ayrıca hangi siyasî tercihlerin birbiriyle karşılaşacağını bilirsek, diye devam ediyor Prof. Black, grup kararında hangi tercihlerin ortaya çıkacağını önceden hesaplayacak bir konumda oluruz; tıpkı, piyasada söz konusu olan tercihleri bilmemiz şartıyla, onlardan hangilerinin arz ve talep kanununa göre ortaya çıkacağını önceden hesaplayacak bir konumda olmamız gibi.

Prof. Black, aynen piyasada tercih ölçeklerinin dengelenme eğiliminde olduklarından söz etmemiz gibi, siyaset sahnesinde de tercih ölçeklerinin bir dengeye doğru gittiğinden söz edebileceğimizi kabul etmektedir.

Özetle, Black'e göre, iktisatla siyaset bilimini aynı bilimin iki farklı dalı olarak düşünmeliyiz; çünkü, muayyen bir bilinen tercih ölçekleri dizisi ve bunların karşılaşmasını yöneten belirli bir kanun karşısında, onların ikisinin de piyasada veya siyasette hangi tercihlerin ortaya çıkacağını hesaplama görevi vardır.

Bu sonuçta bir doğruluk payı olduğunu inkâr etmiyorum. Fakat siyasî ve iktisadî kararları aynı düzeye koymak ve onları benzer görmek suretiyle, piyasadaki arz ve talep kanunu ile, siyasî tercihler arasındaki karşılaşma sürecini (ve bilâhare grubun kararında kabul edilecek tercihlerin ortaya çıkışını) yöneten –söz gelişi, ço-

ğunluk kuralı gibi– usulî bir kanun arasında mevcut olan farkları bilerek görmezden geldiğimize dikkat çekmek isterim.

Arz ve talep kanunu, belirli şartlar altında çeşitli tercih ölçekleri arasında uyarlanmanın nasıl kendiliğinden gerçekleştiğinin yegâne tanımıdır. Hem doğal bir kanunun hem de statü gibi insan-yapımı bir kanunun, tıpkı Yunancada (en azından M.Ö. 4. yüzyıldan bu yana) aynı kelimenin (nomos) kullanılması gibi, bütün Avrupa dillerinde de "kanun" olarak adlandırılmasına rağmen, bir usulî kanun [bunlardan] tamamen farklıdır. Şüphesiz arz ve talep kanununun da aynı zamanda bir "usulî" kanun olduğunu söyleyebilirdik, ama o zaman bir kere daha aynı kelimeleri kullanarak iki farklı anlamı karıştırmış olurduk.

Piyasadaki bireysel kararlar ile siyaset sahnesinde grupların kararlarına bireylerin katkıları arasındaki başlıca fark şudur: Piyasada birey kendi kararının sonucunu (örneğin, belli bir miktar parayla ne tür ve ne kadar tavuk satın alabileceğini) tam olarak öngörebileceği gibi, ayrıca harcadığı her kuruşla elde edebileceği şeyler arasında belirli bir ilişki kurabilir. Grup kararları ise, tersine, ya hep ya hiç türünden kararlardır: Eğer kaybeden taraftaysanız [verdiğiniz] oy zayi olmuştur. Başka bir seçenek yoktur; tıpkı, piyasaya gittiğinizde elinizdeki parayla satın alabileceğiniz mal veya hizmetler hatta ne de onların parçalarını bile bulamayıp da eliniz boş dönmeniz gibi.

Seçkin Amerikalı iktisatçı Prof. James Buchanan'ın bu bağlamda işaret ettiği gibi, "piyasa tercihinin alternatifleri normal olarak ancak azalan getiriler kanununun işlemesi anlamında çatışırlar.... Eğer birey belirli bir mal veya hizmeti daha fazla arzu ederse, piyasa sadece, onun başka bir mal veya hizmetten daha azını almasını gerektirir."<sup>46</sup> Buna karşılık, "oy-verme tercihinin alternatifleri daha fazla dışlayıcıdır, yani birinin seçilmesi başka birinin seçilmesini engeller." Grup tercihleri, gruba mensup bireyler söz konusu olduğunda, "tam da alternatifin doğası gereği karşılıklı olarak dışlayıcı" olma eğilimindedir. Bu sadece oy-verme gücünün dağılımı için genellikle benimsenen ve benimsenebilir olan şemaların yoksulluğunun değil, fakat (Buchanan'ın işaret ettiği gibi) genellikle "siyasî" dediğimiz pek çok alternatifin, siyasî tercihle-

46 James Buchanan, "Individual Choices in Voting and in the Market," *Journal of Political Economy*, 1954, s. 338.

re nispetle piyasa tercihlerine esneklik veren "kombinasyonlar"a veya "karma (composite) çözümler"e izin vermediği gerçeğinin de sonucudur. Bunun önemli bir sonucu, daha önce Mises tarafından gösterildiği gibi, piyasadaki oy'un asla etkisizleştirilememesidir: En azından piyasanın mevcut veya potansiyel alternatifleri söz konusu olduğunda, piyasada "birey hiçbir zaman muhalif bir azınlığın bir üyesi konumunda değildir."<sup>47</sup> Meseleyi tersinden ortaya koyarsak, oy vermede piyasada olmayan bir *zorlama* (cebir) ihtimali vardır. Seçmen ancak iki potansiyel alternatif arasında tercih yapar; onun oyu zayı olabilir ve kendisinin ifade ettiği tercihe aykırı bir sonucu kabul etmeye zorlanabilir; oysa, en azından ürünün bölünebilirliği varsayımı altında, piyasa tercihinde benzer bir zorlanma asla olmaz. En azından geçici olarak oy-verme süreçlerinin gerçekleştiği *yer* olarak kavranan siyaset sahnesi, bireyin bütün gelirini bir mala veya bütün emeğini ve kaynaklarını bir mal veya hizmetin üretilmesine harcamasının istendiği durumdaki bir piyasaya benzetilebilir.

Başka bir ifadeyle, seçmen kendi eylem kapasitesinden yararlanmada cebri usullerle sınırlıdır. Şüphesiz, bu cebri onaylayabiliriz veya onaylamayabiliriz ve onu onaylamak ya da onaylamamak için farklı hipotezler arasında zaman zaman ayırım yapabiliriz. Fakat mesele şudur ki, oy-verme süreci bir tür cebir ima eder ve siyasî kararlara cebir ima eden bir usul aracılığıyla ulaşılır. Başlangıçta bir tercih yapan seçmen sonunda önceden reddettiği başka birini kabul etmek zorunda kalır; [böylece] onun karar-verme süreci etkisizleşmiş olur.

Bu kesinlikle piyasadaki bireysel kararlar ile siyaset sahnesinde gerçekleşen grup kararları arasındaki tek değilse de esas farktır.

Piyasadaki birey kendi tercihinin doğrudan ve dolaylı sonuçlarını tam bir kesinlikle öngörebilir. Buchanan'ın dediği gibi, "tercih eylemi ve tercihin sonuçları birebir eşleşmeyle gerçekleşir. Buna karşılık, seçmen, mümkün olan her bir kolektif kararın sonuçlarını önceden görme konusunda eksiksiz bilgi sahibi olsa bile, sunulan alternatiflerin hangisinin seçileceğini hiçbir zaman kesin bir şekilde öngöremez."<sup>48</sup> Bu Knightgil belirsizlik (yani, bir olayın gerçekleşme ihtimalini sayı olarak belirlemenin imkânsızlığı)

47 *Loc. cit.*

48 *Loc. cit.*

seçmenin davranışını bir dereceye kadar etkileyecektir ve kesin olmayan şartlarda bir karar-vericinin davranışının hiçbir kabul edilebilir teorisi yoktur.

Bundan başka, grup kararının hangi şartlarda gerçekleştiği *denge* kavramını iktisatta kullanıldığı şekilde kullanmayı da zorlaştırır. İktisatta *denge* arz ve talebin eşitliği olarak tanımlanır; bu, tercihte bulunan bireyin kendi tercihlerini, harcanan her bir kuruşun başarılı bir oy [tercih belirtme] olmasına izin verecek şekilde ortaya koyabildiği edebildiği zaman anlaşılabilen bir eşitliktir. Fakat ekmek isteyen kişiye taş verildiğinde, grup kararı aracılığıyla ulaşılan kanunlar ve kararnamelelere yönelik arz ve talep arasında ne tür bir eşitlik var olabilir? Şüphesiz, grubun üyeleri değişken çoğunluklarda yer almakta özgür iseler ve önceki kararların revizyonlarına katılabilirlerse, bu imkân grup kararlarında denge yokluğuna bir tür çare olarak anlaşılabilir; çünkü, o grup içindeki her bir bireye, en azından prensip olarak, günün birinde kendisinin kişisel tercihiyle örtüşen grup kararına sahip olma imkânı verir.

Fakat bu "denge" değildir. Değişken çoğunlukların parçası olma özgürlüğü Batı ülkelerinde geleneksel olarak anlaşıldığı şekliyle demokrasinin tipik bir özelliğidir ve bu, birçok yazarın "siyasî demokrasi"yi "ekonomik demokrasi"ye (piyasa sistemine) benzer olarak tanımlamayabileceklerini düşünmelerinin de nedenidir. Gerçekte demokrasi, daha önce gördüğümüz gibi, ekonomik demokrasinin –birçok durumda muhtemelen onun en iyi ikamesi olsa da– sadece bir ikamesi olarak görünmektedir.

Böylece, en azından çağdaş sistemlerde, daima grup kararının bir ürünü olan yasamanın, kaçınılmaz olarak, hem bir dereceye kadar yasama kurallarına uymak zorunda olanlar için, hem de bizzatihi kuralları yapma sürecine doğrudan doğruya katılanlar için cebir ima ettiği sonucuna ulaşıyoruz. Bu sakıncadan grup kararları almak durumunda olan demokrasi dahil herhangi bir siyasî sistem kaçınmaz; gerçi demokrasi, en azından Batı'da hâlâ anlaşıldığı şekliyle, yasama organının her bir üyesine kazanan çoğunlukların eninde sonunda bir parçası olmak ve böylece kuralları onun kişisel tercihiyle örtüştürmek suretiyle ona cebirden kaçınmak için bir şans verir.

Bununla beraber, Roma hukukundaki veya common law'daki gibi diğer hukuk-yapımı süreçleriyle karşılaştırıldığında, cebir

yasamanın tek özelliği değildir. Gördük ki, sadece yasalaştırılan düzenlemelere itaat etmek zorunda olanlar bakımından değil fakat grup kararı oluşuncaya kadar oylarının sonucunu bilmeden oy verdikleri için bizatihi yasama organının üyeleri bakımından da yasamanın başka bir özelliği belirsizliktir.

Şimdi, yasama sürecinde bizatihi yasama organı üyelerinin cebir ve belirsizlikten kaçınmadıkları gerçeği, doğrudan demokrasiye dayanan siyasî sistemlerin bile bireylerin tanımladığımız anlamda cebir ve belirsizliği gözden kaçırmalarına imkân verdikleri sonucuna götürmektedir. Hiçbir doğrudan demokrasi hem cebirden hem de belirsizlikten kaçınma problemini çözemez, çünkü problemin kendisi grup kararlarından doğan yasama yoluyla hukuk-yapımı sürecine doğrudan veya dolaylı katılmayla ilgili değildir.

Bu bizi, genel oy, nispî temsil, referandum, inisiyatif, temsilcilerin geri çağırılması gibi yollarla veya halkın mümkün olduğunca çok konu hakkındaki kanaatini ortaya koyan ve bireyleri yönetenlerin siyasî davranışlarını etkilemede daha etkin hale getiren başka mekanizmalar yoluyla, bireylerin yasama yoluyla hukuk-yapımı sürecine mümkün olduğunca sık ve doğrudan doğruya katılmalarına izin verildiği sürece, bir ülkede bireylere daha fazla özgürlük ve belirliliği temin etmeye dönük bütün teşebbüslerin nispî işe-yaramazlığı hakkında da uyarmaktadır.

Öte yandan, temsilî demokrasiler yasama yoluyla hukuk-yapımı sürecine bireylerin gerçek katılımını sağlamada doğrudan demokrasilerden çok daha az etkindirler.

Temsil birçok anlamda düşünülebilir ve onların bir kısmı, elbette, insanlara ülkelerinin yasama yoluyla hukuk-yapımı sürecine ve hatta yürütme cihazı marifetiyle ülkenin işlerinin idaresi sürecine –dolaylı da olsa– ciddi bir şekilde katılmakta oldukları izlenimi verir.

Ne yazık ki, olgularla ilgili serinkanlı bir analizin göstereceği gibi, bugün bütün Batı ülkelerinde gerçekte olmakta olan şey durumdan hoşnut olmamız için bize herhangi bir gerçek dayanak sağlamamaktadır.



## ÖZGÜRLÜK VE TEMSİL

DEMOKRATİK SÜRECİN KÖKLERİNİN ORTAÇAĞA KADAR UZANDIĞI İngiltere’de veya İngiltere’nin "demokratik" sistemini kabaca taklit eden başka ülkelerde bir zamanlar bugün siyaset sahnesinde olup bitenlere pek benzemeyen klasik bir demokratik süreç kavramının var olduğu sık sık ileri sürülür. Schumpeter’in *Capitalism, Socialism, and Democracy*’de (Kapitalizm, Sosyalizm ve Demokrasi) bu konuda açıkça ifade ettiği şeyi en azından bütün iktisatçılar hatırlayacaktır. İngiltere’de 18. yüzyılın sonuna doğru formüle edildiği şekliyle klasik "demokrasi" kavramına göre, halkın meseleleri parlamentodaki temsilcileri aracılığıyla kendi adına kararlaştırmasına demokratik sürecin imkân verdiği varsayıyordu. Bu sayede, eski Yunan şehirlerinde veya Roma’da yahut Ortaçağ İtalyan kömün’inde veya İsviçre *Landsgemeinde*’sinde alınan kararlar gibi, halkın genel meseleler hakkında doğrudan kararının sözde etkin olarak ikame edilmesi sağlanıyordu. Siyasetleri tartışmak ve kararları almak için hep birlikte bir meydana toplanmanın imkânsızlığı gibi bazı teknik nedenlerle, temsilciler halkın kendisinin kararlaştıramayacağı bütün meseleleri halk adına kararlaştırmak zorundaydılar. Temsilcilerin, görevleri halkın iradesini formüle etmek ve gerçekleştirmek olan halkın yetkilendirilmiş vekilleri (mandataries) oldukları düşünülüyordu. Halk ise gizemli bir varlıktan ziyade, yurttaşlar olarak bir araya gelmiş bireylerin toplamı olarak anlaşılıyordu; halkın temsilcileri de yurttaş olduklarından bütün diğer yurttaşlarının toplumun genel meseleleri hakkında ne düşündüklerini ifade edecek bir konumdaydılar.

[Edmund] Burke’ün anlatımıyla,

Avam Kamarası başlangıçta İngiltere’nin daimî hükümetinin bir parçası sayılmıyordu. Onun *doğrudan doğruya* halktan kaynaklanan bir

denetim olduğu ve hemen kendisinden kaynaklandığı *kitleye dönüşeceği/ayrışacağı* düşünülüyordu. Bu hususta, o jürilerin en alta olduğu hükümetin en üst kısmında yer alıyordu. Magistralık sıfatının geçici, buna karşılık yurttaşlık sıfatının daimî olması [karşısında], yurttaşlık sıfatının hem halk ile Tacın daimî otoritesi arasındaki hem de halk ile bizzat Avam Kamarasının geçici otoritesi arasındaki bütün tartışmalarda üstün gelmesi bekleniyordu.<sup>49</sup>

Bu yoruma göre –ve Tacın "daimî" otoritesinden ayrı olarak– vekiller magistralar olarak değil de yurttaşlar olarak "tartışmak" ve karar vermek durumundadırlar ve haddizatında yurttaşlar da kendilerinin dolaysız talimatlarını yerine getirmek için magistraların içinden seçilecekleri daimî bir heyet oluşturur.

Burke'ün kendisi seçmenlerinin Parlamento'ya gönderdikleri bir tür plak olarak görülecek bir kişi de değildi. Nitekim şöyle devam ediyor:

Kanaat bildirimi bütün insanların hakkıdır; seçmenlerin kanaati ise bir temsilcinin duymaktan daima memnun olması ve her zaman ciddiyle dikkate alması gereken, ağırlıklı ve saygıdeğer bir kanaattir. Fakat, kendi yargısına ve vicdanına ters düşse de, üyenin yetkilendirmeden kaynaklanan talimatlara gözü kapalı biçimde ve kesin olarak uymak, o yönde oy vermek ve onu savunmakla bağlı olduğu... [düşüncesi] bu ülkenin hukukuna tamamen yabancı olan ve anayasamızın bütün düzeni ve anlamı hakkındaki temel bir hatadan kaynaklanmaktadır.<sup>50</sup>

Genel olarak söylemek gerekirse, 18. yüzyılın sonlarına doğru Parlamento üyelerinin yurttaşlarının iradesine dikkatle kulak verdiklerini düşünmek hata olurdu. 17. yüzyıl sonlarındaki ikinci İngiliz Devrimi demokratik bir devrim değildir. İngiliz devletinde halkın etkisinin gelişmesinin yakın bir inceleyicisi, Cecil S. Emden, "eğer 1688'de James'ın yerine William'ın geçmesi sorunu hakkında bir plebisit yapılsaydı, çoğunluk James'ın tahttan indirilmesine karşı oy verirdi"<sup>51</sup> diye yazmaktadır. 1688'in yeni rejimi demokrasiyen ziyade Venedik tipi bir oligarşiyi andırıyordu. Basına san-

49 Edmund Burke, *Works* (1808 ed.), II, 287 vd.

50 Edmund Burke, "Speech to the Electors of Bristol," December 3, 1774, in *Works* (Boston: Little, Brown & Co., 1894), II, 96.

51 Cecil S. Emden, *The People and the Constitution* (2nd ed.; Oxford: at the Clarendon Press, 1956), s. 34.



sür 1695'te kaldırılmasına rağmen, Avam Kamarası'nın üyeleri ve bakanlar kendi yurttaşlarının serbest eleştirilerinden birçok defa rahatsız olmuşlardır. Meselâ 1712'de Kamara'nın tutanaklarını yansıtan bazı broşürlerin yayımlanmasına öyle kızmışlardı ki, satışlarını olumsuz etkilemesi için bütün gazetelere ve kitapçıklara ağır vergiler koymaya karar verdiler. Kaldı ki, kamuoyunun yansıtılması pek az teşvik ediliyordu. Parlamentodaki oturumlarda ulaşılan kararları resmî olarak yayınlamak düzenli bir usul değildi ve Parlamentodaki müzakereler ve oylamaların yayımından kaçınmak için, "halka başvuru"yu çağırıştırabileceği gerekçesiyle bu konuda yayın yapılmasına itiraz 18. yüzyıl başlarında sık rastlanan bir şeydi. Avam Kamarası ve hükümet ülkenin hayatî çıkarıyla ilgili meselelerde kabul ettikleri siyasete karşı kamuoyunun muhalefetine engellemek için de aynı yola başvurmuşlardır. 18. yüzyılda, Charles Fox gibi devlet adamları Avam Kamarası'nı ulusun kanaatinin yegâne yansıtıcısı olarak düşünebiliyorlardı ve Fox'un kendisi bir keresinde Kamara'da şunu ilân etmişti:

Ben halkın sesine, o her neyse, saygı duymuyorum: Bizim görevimiz, neyin üzerinde anlaşılabilirliğini düşünmeden doğru olanı yapmak, onların işi ise bizi seçmektir. Anayasal olarak hareket etmek ve Parlamantonun bağımsızlığını korumak bizim işimizdir.<sup>52</sup>

Bununla beraber, demokrasinin klâsik teorisine göre Parlamantonun, işlevleri "seçmenlerin iradesini seslendirmek, onu yansıtmak veya temsil etmek olan"<sup>53</sup> bir komite olarak kavrandığı genellikle kabul edilmektedir. Bu arada, 18. yüzyılın sonunda ve 1832 Reform Yasası'ndan önce bu teoriyi uygulamaya geçirmek daha sonraki döneme nispetle çok daha kolaydı. Temsilcilerin sayısı bugünkü kadardı ama seçmenler çok azdı. 1830'da İngiliz Avam Kamarası yaklaşık olarak 14 milyonluk toplam nüfusun içinden sadece 220 bin kadar bir seçmeni, yani yetişkin nüfusun %3'ünü temsil ediyordu. Üyelerin her biri ortalama 330 seçmeni temsil ediyordu. Bugün ise onların her biri oy hakkına sahip 35 milyon kişinin içinden ortalama olarak 56.000 seçmeni temsil etmektedir. Fakat 20. yüzyılın başında Dicey, Austin'in Avam Kamarası

52 *Ibid.*, s. 53. Tarihçiler bize "bu söylevin bir sonucu olarak, Avam Kamarası'na doğru arabasını sürerken bir kalabalığın Fox'a saldırdığını ve onu çamurda sürüklediklerini" söylerler.

53 R. T. McKenzie, *British Political Parties* (London: Heineman, 1955), s. 588.

üyelerinin "kendilerini seçen ve atayan heyetin emanetçilerinden (trustees)" ibaret oldukları şeklindeki sözde "hukuk" teorisine itiraz eder ve hiçbir İngiliz yargıcının Parlamentonun herhangi bir hukukî anlamda seçmenlerin bir "emanetçisi" olduğunu kabul edemeyeceğini iddia ederken, "siyasî anlamda seçmenlerin daha önemli parçayı oluşturduklarını veya hatta gerçekte egemen güç olduklarını, çünkü halihazırdaki anayasanın altında onların iradesinin olduğu"nu kabul etmekte Dicey'nin hiçbir zorluğu yoktu. Dicey bundan dolayı Austin'in dilinin "hukukî" egemenlik bakımından yanlış olduğu kadar "siyasî" egemenlik bakımından doğru olduğunu kabul ediyor ve "seçmenlerin siyasî olarak egemen gücün bir parçası ama üstün parçası oldukları"nı<sup>54</sup> belirtiyordu.

Bugünkü duruma göre, elbette Lordlar ve Taçla birlikte, İngiliz devletinin belirleyeceği bütün konularda nihaî olarak seçmenlerin iradesinin hâkim olacağı kesindir. Aslında meseleyi biraz daha ileri götürebilir ve diyebiliriz ki, bugün anayasanın düzenlemeleri seçmenlerin iradesinin düzenli ve anayasal araçlarla en sonunda kendisini ülkede hâkim olarak ortaya koymasını göstermesini temin etmek durumundadır.<sup>55</sup>

Dicey'ye göre, İngiliz yönetiminin *temsilî* özelliği nedeniyle bütün bunlar mümkündür. "Böyle bir yönetimin amacı ve sonucu egemen gücün kullanılmasının iç ve dış sınırları arasında bir örtüşme sağlamak veya her halükârda bunlar arasındaki" –yani egemenin arzuları (İngiltere'de Parlamento hukukî olarak bir egemendir) ile "ulusun daimî arzuları arasındaki– açıklığı azaltmaktır."<sup>56</sup> Dicey bu konuda şu sonuca varıyordu:

Egemenin iradesi ile ulusun iradesi arasındaki fark gerçek bir temsilî yönetim sisteminin kurulmasıyla sona ermiştir. Bir parlamentonun halkı hakikaten temsil ettiği yerde egemen gücün kullanımının iç ve dış sınırı arasında pek fark kalmaz veya kalırsa da kısa zamanda kaybolur. Kabaca söylemek gerekirse, Parlamentonun temsilî parçasının daimî arzuları, uzun vadede İngiliz halkının veya her halükârda seçmenlerin arzularından pek farklılaşamaz: Avam Kamarası'ndaki çoğunluğun buyurduğu şey İngiliz halkının çoğunluğunun genellikle arzu ettiği şeydir.<sup>57</sup>

54 Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (9th ed.; London: Macmillan, 1939), s. 76.

55 *Ibid.* s. 73.

56 *Ibid.*, s. 82, 83.

57 *Loc. cit.*

Şüphesiz, "temsil" tamamen jenerik bir terimdir. Bu terimin, başka ülkelerde siyasî temsille ilgili olarak muhtelif hukukçuların yaptığı gibi, anayasa hukuku bakımından veya –İngiltere söz konusu olduğunda– belli bir zamanda hâkim olan anayasal teamüller bakımından ifade ettiği varsayılandan başka bir anlama gelmediği sonucuna varmak için, biz temsilin sadece "hukukî" kavramını benimseyebildik. Fakat Dicey'nin haklı olarak işaret ettiği gibi, "temsil" in elbette "siyasî" bir anlamı da vardır ve siyaset bilimcilerin gerçek olgulara uygun olarak vurguladıkları bu siyasî anlamdır.

Kökeni Latince *repraesentare* –yani, tekrar hazır bulundurmak– olan "temsil etmek"<sup>58</sup> fiiline erken İngilizcede çeşitli anlamlar verilmiştir, ama onun bir kimsenin yetkili temsilcisi veya vekili olarak hareket etme anlamındaki ilk politik kullanımı Isaac Pennington'ın 1651 tarihli risalesine ve bilâhare Oliver Cromwell'in Parlamentodaki 22 Ocak 1655 tarihli söylevine kadar geri götürülebilir. Cromwell şöyle demişti: "Sizin güvenliğiniz ve temsil ettiklerinizin güvenliği konusunda dikkatli oldum." Fakat 1624 gibi erken bir tarihte "temsil", özellikle başka birisinin hesabına hareket etme hakkı veya yetkisiyle, "bir şeyin veya bir kişinin başka birinin yerine ikamesi" anlamına geliyordu. Birkaç yıl sonra, 1649'da I. Charles'ın infazının ardından "temsilci" kelimesinin Krallığın kaldırılması işleminde Parlamenta uygulanıldığını görüyoruz. Bu işlem "ulus"un "temsilcileri"nden, halkı yöneten ve onun bu maksatla "âdil ve kadim hakları"na uygun olarak seçip güvendiği kişiler olarak söz etmektedir.

Meselenin kendisi kesinlikle kelimedenden daha eskidir. Söz gelişi, "temsilsiz vergi olmaz" meşhur ilkesi –ki bunun Birleşik Devletlerin kaderi için önemini belirtmeye gerek yoktur– İngiltere'de 1297 gibi erken bir tarihte *De tallagio non concedendo* beyannâmesiyle tesis edilmiş ve daha sonra 1628'deki Petition of Rights'la teyit edilmişti. Hatta daha önce, 1295'te I. Edward'ın countyler ve burgların seçilmiş temsilcilerini Westminster'daki Parlamenta çağırın Northamptonshire şerifine yönelik meşhur emirnâmesi, daha yakın zamanlarda (III. Henry'nin daha önceki benzer emirnâmesini ve 1275'te seçilmiş olmayan temsilciler-

58 Bu bölümde değinilen bu ve diğer noktalarla ilgili olarak, H. Chisholm'ün the *Encyclopaedia Britannica* (14th ed.)'da yer alan "Representation" hakkındaki vazih ve bilgilendirici makalesiyle karşılaştırınız.

den oluşan önceki Parlamentosu saymazsak) eski Yunanlar ve Romalıların zamanlarından bu yana siyaset alanındaki en parlak yenilik olarak takdir edilen bir aracı ilk defa siyasî uygulamaya soktu.<sup>59</sup> Edward'ın şerife emirnâmesi açıkça insanlar –burglar için burgessler, countyler için şövalyeler ve şehirler için yurttaşlar– seçilmesi gerektiğini belirtiyor ve bunların "Ortak Konseye uygun olarak buyurulacak olan şeyleri, yukarıda söylenen işi [yani, krallığı tehdit eden ciddi tehlikelerden kaçınmak için zorunlu olan şeyi] yetki eksikliği nedeniyle herhangi bir şekilde eksik bırakmadan yapmak için... kendileri adına ve topluluklar adına tam ve yeterli yetkiye" sahip olacaklarına işaret ediyordu. Böylece, kral tarafından Westminster'e çağrılan insanların kendi topluluklarının usulünce yetkilendirilmiş vekilleri olarak görüldükleri açıktır.

Bizim bakış açımızdan çok ilginç olan, "Ortak Konsey'deki temsil"in zorunlu olarak kararların çoğunluk kuralına göre alınması gerektiği anlamına gelmediği gerçeğidir. Bazı bilim insanları (meselâ, *Commentary in Magna Charta* [1914] adlı eserinde McKechnie) tarafından işaret edilmiş olduğu gibi, "temsilsiz vergi olmaz" ilkesinin erken bir Ortaçağ versiyonu "vergilendirilecek kişinin rızası olmadan vergileme yapılamaz" şeklindeydi ve dendiğine göre 1221'de "bir askerlik vergisine onay vermeye çağrılan" Winchester Piskoposu, "konseyin onaylamasından sonra, kendisi itiraz etmiş ve Hazinesinin de bunu kabul ettiği gerekçesiyle ödemeyi reddetmiştir."<sup>60</sup> Ayrıca Alman bilgin Gierke'den de biliyoruz ki, Alman kabileleri arasında Germanik hukuka göre yapılan kabaca "temsili" toplantılarda, azınlık [çoğunluğa] uymaya zorlanabilmekle beraber, "oy birliği şartı" ve temsil ile çoğunluk kuralı arasındaki bağlantı düşüncesi siyasî alana onu şirketler hukukundan alıp benimseyen kilise konseyleri aracılığıyla girmiştir. Oysa, kilisede bile kanonistler azınlıkların varlığı-inkâr-edilemez birtakım haklara sahip oldukları ve iman meselelerinin sırf çoğunluklar tarafından kararlaştırılmayacağı düşüncesindeydiler.<sup>61</sup>

59 Bununla beraber, Ortaçağlarda temsilin siyasî teorisi Roma hukukçusu Pomponius'un *Digesta*'da yer alan benzer bir teoriden de etkilenmiş görünmektedir: "Pleplerin toplanmasındaki zorluklar, hatta bütün seçmenlerin oluşturacağı geniş bir çokluğun toplanması gibi daha büyük bir zorluk nedeniyle, Senato'nun yasama sorumluluğunu üstlenmesi gerekir. Krş. Otto Gierke, *Political Theories of the Middle Age*, tr. by Maitland (Cambridge University Press, 1922), ss. 168 vd.

60 H. Chisholm, *loc. cit.*

61 Gierke, *op. cit.*, s. 64.

Bunun için, öyle görünüyor ki, hem dinî hem de siyasî konseylerde karar gruplarının ve grup kararlarının çoğunluk kuralı fikrine dayanan cebrî bir usule göre oluşması –gruplar başka insanların "temsalcisi" olsun olmasın– başlangıçta atalarımıza en azından bir süre gayrı tabî görünmüştü ve bu kuralın daha yakın zamanlardaki gelişmesinin muhtemelen ilkesel bir temeli yoktu. Aslına bakılırsa, bazı tercihleri sırf bunlar diğerlerinden daha az sayıda kişi tarafından benimsedikleri için geçersiz sayması bakımından bu usul gayrı tabîdir; bu karar-alma yöntemi başka şartlarda asla kabul edilmez ve kabul edilse de açıkça uygunsuz sonuçlara yol açardı. Bu noktaya daha sonra geri döneceğiz. Burada siyasî temsilin kökeni bakımından temsilcilerin başka kişilerin ajanları olarak ve onların iradesine göre hareket ettikleri fikriyle yakından bağlantılı olduğuna işaret etmek yeterlidir.

Modern zamanlarda temsil ilkesi İngiltere’de olduğu gibi başka ülkelerde de pratikte bir siyasî toplumdaki bütün bireylere –en azından onun bütün yetişkin üyelerine– teşmil edildiğinde, o eğer gerçekten işleyecekse çözülmesi gereken üç büyük problem ortaya çıkmıştır: (1) Temsilcileri seçmeye yetkili olan yurttaşların sayısının ulusun gerçek yapısına uygun hale getirilmesi, (2) Temsil edilen halkın iradesini doğru yansıtacak temsilciler olmak için yarışacak adayların bulunması, (3) Temsilcilerin seçiminde, temsil edilen insanların kanaatlerini doğru olarak yansıtacak olan bir seçim sisteminin kabul edilmesi.<sup>62</sup>

Bu problemlerin bugüne kadar tatminkâr bir çözüme kavuştukları pek söylenemez. Bunların hiçbiri şimdiye kadar herhangi bir ülkede çözülmemiştir; temsilin, temsil edilen insanların iradesine uygun olarak yerine getirilen bir görev anlamındaki ruhunu korumakta hiçbir ulus başarılı olamamıştır. John Stuart Mill’in *Representative Government* (Temsilî Hükümet, 1861) adlı ünlü de-nemesinde ortaya konan, hangi insanların temsil edilmeleri gerektiğiyle ve yeteneklerine veya toplumun giderlerine katkılarına göre temsil edilen kişilere verilmesi mümkün farklı ağırlıklarla ilgili önemli sorunları bir yana bırakalım. Halkın iradesinin temsiline pek çok önemli meselede tutarlı olup olamayacağı veya

62 Çoğunluk kuralıyla bağlantılı olarak temsille ilgili problemlerin yeni bir tartışması için, bkz. Burnham, *The Congress and the American Tradition* (Chicago: Regnery, 1959), özellikle "Çoğunluk Nedir" başlıklı bölüm, ss. 311 vd.

başka bir ifadeyle, tercihlerin birbirinin alternatifi olduğu ve insanların herhangi bir tercihte anlaşmalarına izin vermenin bir yolunu bulmanın imkânsız olduğu bazı örneklerde halkın "ortak iradesi"nden söz etmenin gerçekte mümkün olup olmadığı gibi, şüphesiz hem çok önemli hem de çözülmesi zor olan başka bir sorunu da bir an için bir yana bırakalım. Schumpeter *Capitalism, Socialism, and Democracy*'de (Kapitalizm, Sosyalizm ve Demokrasi) bu zorluğa işaret etmiş ve "ortak irade"nin, ortak bir iradeye sahip olduğu söylenen bir toplumun münferit üyelerine atıfta bulunulduğunda muhtevası kaçınılmaz olarak çelişkili olan bir ifade olduğu sonucuna varmıştır. Eğer siyasî meseleler, kesin olarak, birden fazla tercihe imkân vermeyen meselelerse ve ayrıca siyasî bir toplum için en uygun çözümün hangisi olduğunu bulmanın objektif bir yöntemi yoksa, [o zaman] siyasî kararların daima hem bireysel özgürlükle hem de dolayısıyla kabul edilen kararda tercihleri reddedilmiş olan insanların iradesinin sahici bir temsiliyle bağdaşmayan bir unsur içerdikleri sonucuna ulaşmamız gerekir. Son olarak, bizim amaçlarımız bakımından önemsiz olan, farklı seçim sistemleriyle ilgili belirli özel sorunları da bir yana bırakalım. Oy vermenin temsilcileri seçmek için yegâne sistem olduğunu gözden kaçırmamalıyız. Eğer oy verme tercihte bulunmak için benimsenen yol ise, eski Yunan şehirlerinde veya Ortaçağ'da aristokratik Venedik Cumhuriyeti'nde bazı durumlarda kura çekme ve modern zamanlarda farklı oy verme sistemleri gibi, tarihsel olarak önemli olan başka sistemlerimiz de vardır.

Bu sorunların bizim araştırma alanımızı aşan bir dereceye kadar teknik ayrıntılar oldukları düşünülebilir. Bizim şimdi diğer zorlukları ele almamız gerekiyor.

Doğru, temsil ilkesinin oy verme hakkının bütün vatandaşlara teşmili yoluyla genişletilmesi, ulusun genel meseleleri hakkında alınan kararlarda her bireyin bir şekilde temsil edilmesini gerektiren bireyci temsil anlayışına tamamen uygun düşüyor görünmektedir. Her bireyin siyasî kararlar almak için kendi iradesinin serbest ifadesi yoluyla temsilciler seçmek, onları görevlendirmek ve onlara talimat vermek hakkını kullanması gerekir. Şüphesiz, kimi durumlarda bazı insanların iradesi, kendilerinden talimat almaksızın onların arzularını tahmin eden başka insanlar tarafından mükemmel temsil edilebilir; Schumpeter'e göre, kendi konsüllü-

ğü zamanında ülkesindeki bütün dinî mücadeleleri sona erdiren Napolyon'un yaptığı gibi. Keza, bazı insanların *gerçek* çıkarlarının (yani, bazı insanların daha önce aksi kanaatte olsalar da kendi sahici çıkarları olduğunu en azından daha sonra kabul ettikleri çıkarlarının), asla görevlendirmek istemeyecek olsalar da kendi iradelerini yetkin bir şekilde yansıtan, yozlaşmamış kimseler tarafından daha iyi temsil edilebileceğini tasavvur edebiliriz. Söz gelişi, özel hayatta ve iş hayatında çocuklarının temsilcileri sıfatıyla hareket eden anne-babaların durumu böyledir. Fakat bireyci görüş açısından, bir kişinin kendi iradesinin ne olduğunu bilme konusunda hiç kimsenin kendisinden daha ehil olmadığı açıktır. Bundan dolayı, bu iradenin sahici temsili temsil edilecek olan bireyin tercihinin sonucu olmak zorundadır. Modern zamanlarda temsilin genişlemesi bu düşünceye uygun düşüyor görünmektedir. Buraya kadar herşey yolunda.

Fakat temsil ilkesi temsilcilerin bireysel tercihi aracılığıyla siyasî hayata uygulandığında çok ciddî zorluklar ortaya çıkar. Özel hayatta, kural olarak, bu zorluklar mevcut değildir. Herhangi bir kimse, açıkça ifade edilebilecek ve açık bir şekilde anlaşılıp yerine getirilebilecek talimatlara göre bir sözleşmeyi müzakere etmesi için, güvendiği herhangi bir başka kimseyi bir temsilci (ajan) olarak tutabilir.

Siyasî hayatta bu tür bir şey gerçekleşmez ve öyle görünüyor ki bu tam da temsilin siyasî bir toplumun mümkün olduğunca çok üyesine teşmil edilmesinin bir sonucudur. Temsilin daha fazla genişledikçe amacından daha fazla uzaklaşması bu ilkenin büyük bir talihsizliği olarak ortaya çıkmaktadır. Siyasî hayat bu sıkıntılardan yakın zamanlarda ortaya çıktığı yegâne alandır. İktisatçılar ve sosyologlar büyük özel şirketlerde temsilin kötü işlediği olgusuna zaten dikkatimizi çekmişlerdir. Pay sahiplerinin yöneticilerin siyasetinde çok az etkiye sahip oldukları ve zamanımızın "yönetim devrimi"nin (managerial revolution) hem bir nedeni hem de bir sonucu olarak, "temsil ettikleri" pay sahiplerinin sayısı arttıkça yöneticilerin takdir yetkisinin daha da büyüdüğü söylenmektedir.<sup>63</sup> İktisadî hayatta olduğu kadar siyasî hayatta da temsilin hikâyesi

63 Bu, Milton Freedman'ın işaret ettiği, yurttaşlar kendi yurttaşlıkları için ayısını kolayca yapabilmeyen, pay sahiplerinin en nihayetinde, siyasetini denetlemelerine yeterince izin verilmeyen firmalardaki hisselerinden kurtulabilecekleri gerçeğine rağmen doğrudur.

bize insanların hâlâ öğrenmedikleri bir ders vermektedir. Benim ülkemde, "eğer bir şeyi gerçekten istiyorsanız, yapmanız gereken bir haberci veya kurye göndermek yerine, ne yapılacağını gidip kendiniz görmelisiniz" anlamına gelen bir söz (*chi vuole vada*) vardır. Ve bu, iş hayatında olduğu kadar siyasette de, yöneticiler ve temsilcilerin işlerin gerçekte nasıl yürüdüğünü temsil ettikleri insanlara açıklama zahmetine girselerdi söyleyecek oldukları şeydir. Şüphesiz, eğer istediğiniz sonuca ulaşmak için akıllı, becerikli veya yeterince bilgi sahibi değilseniz eyleminizden iyi sonuçlar elde edemezsiniz.

Temsil edilenler temsilcilerinin faaliyetine bir şekilde katılmadıkları sürece temsilin işlemeyeceği gerçeğine John Stuart Mill işaret etmişti:

Genel olarak seçmenler oylarını verecekleri kendi hükümetleriyle yeterince ilgilenmedikleri veya oy verdiklerinde bunu kamusal nedenlerle değil de para için yaptıkları veya kendilerini kontrol eden birilerinin emrinde veya özel nedenlerle birinin hatırı için oy verdikleri zaman, temsili kurumların pek değeri yoktur ve bunlar sırf bir istibdat veya entrika aracı olabilirler.<sup>64</sup>

Fakat siyasî temsilde temsil edilenlerin akıllı olmamalarından, kötü niyetlerinden veya ilgisizliklerinden kaynaklanmayan birçok zorluklar ortaya çıkmaktadır. Siyasî hayatta söz konusu olan sorunların çok fazla ve karmaşık oldukları ve gerek temsilcilerin gerekse temsil edilenlerin bu sorunların birçoğundan haberdar olmadıkları herkesçe bilinen bir gerçektir. Bu şartlar altında, çoğu durumda hiçbir talimat verilemezdi. Temsilciler "temsili edilen insanlar"ın gerçek iradesini temsil etmedikleri zaman veya temsilciler ile temsil edilenlerin söz konusu sorunlar hakkında aynı görüşte olmadıklarını düşünmek için nedenler var olduğu zaman, bu bir toplumun siyasî hayatında her an olan bir şeydir.

Bu gerçeğe işaret ederken sadece temsilcileri seçmenin bugünkü olağan yoluna –yani, oy vermeye– atıfta bulunmuyorum. Önceden işaret ettiğim bütün zorluklar, oy vermenin temsilcileri seçmenin yöntemi olup olmadığından bağımsız olarak, yerinde durmaktadır.

64 John Stuart Mill, *Considerations on Representative Government* (New York: Henry Holt & Co., 1882).



Fakat oy vermenin kendisi de hem "temsil" in anlamına hem de bireylerin tercih yapma "özgürlüğü" ne ilişkin zorlukları artırıyor gibidir. Günümüz siyasî sistemlerinde oy-verme sürecini düşündüğümüzde, karar gruplarıyla ve grup kararlarıyla ilgili bütün zorluklar yerinde durmaktadır. Bütün seçmenlerin bir bütün olarak "seçmenler" den oluşan bir grubun üyeleri olarak düşünülmeleri durumunda, seçim bir grup kararının sonucudur. Gördük ki, grup kararları, her bir satıcı veya alıcının piyasada veya özel hayatında yaptığına benzer bireysel tercih özgürlüğüyle bağdaşmayan çoğunluk kuralı gibi usuller gerektirirler. Oy verme mekanizmasındaki zorlamanın etkilerine siyasetçiler, sosyologlar, siyaset bilimcileri ve özellikle matematikçiler tarafından tekrar tekrar dikkat çekilmiştir. Bu zorlamanın belirli paradoksal yönleri, İngilizce konuşulan ülkelerde halâ yürürlükte olan tek-üye [dar bölge] sistemi gibi temsilin klasik yöntemlerini eleştirenler tarafından özellikle vurgulanmıştır. Bu eleştirilerin, en başta, bu sistemin "temsil" ilkesine uygun olmadığına, yani -J. S. Mill'in söylediği gibi- siyasî sorunların "kendisi bütün içinde bir azınlık olabilen -ve çok kere de olan- çoğunluğun bir çoğunluğu tarafından" kararlaştırıldığı gerçeğine dayandığına dikkatinizi çekmek isterim. Mill'in denemesinin bu konu hakkındaki pasajını aktarmak isterim:

Varsayalım ki, eşit ve genel oyla yönetilen bir ülkede her seçim bölgesinde çekişmeli bir seçim vardır ve her seçim küçük bir çoğunluk tarafından kazanılmaktadır. Böylece oluşan parlamento halkın zar-zor bir çoğunluğunu temsil eder. Bu parlamento da kendisinin zar-zor bir çoğunluğuyla yaşamaya devam ederek önemli tedbirleri kabul eder. Bu tedbirlerin halkın çoğunluğunun arzularıyla uyumlu olduğunun garantisidir nedir? Seçmenlerin seçim kampanyasında yenilmiş olan hemen hemen yarısının kararda hiç etkisi olmamıştır ki bunların tamamı bu tedbirlere karşı da olabilir. Geri kalan seçmenlerin hemen hemen yarısı, varsayımsal olarak, bu tedbirlere karşı oy veren temsilciler seçmiştir. Bundan dolayı, galip gelen görüşün ulusun sadece bir azınlığının onaylayacağı bir görüş olması mümkündür ve hiç de ihtimal dışı değildir.<sup>65</sup>

Mill'in aktardığı durum muhtemelen sadece teorik olduğu için, bu argüman tümüyle ikna edici değildir ama bunda bir doğruluk payı vardır. Seçimlerin seçmenlerin varsayılan iradesini daha "temsili" olarak yansıtılmalarını sağlamak için keşfedilmiş olan

65 *Ibid.*, s. 147.

nispî temsil gibi araçları hepimiz biliyoruz. Fakat başka hiçbir seçim sisteminin bu üstesinden gelinemez zorluklardan azâde olmadığı da bilinmektedir. Nitekim temsili iyileştirmekten ziyade onun yerine farklı bir ilkeye dayanan başka bir sistemi, yani doğrudan demokrasiyi, koymak için başvurulmuş referandumlar, yurttaş inisiyatifleri gibi araçların varlığı bunu göstermektedir.

Aslında, seçimler çoğunluk kuralı aracılığıyla veya sonucu bireyi seçmenlerin kaybeden tarafında olmaya zorlamak olan başka bir kural aracılığıyla grup kararlarına ulaşmak için yapılırken, seçimlere dayanan hiçbir temsili sistem doğru bir şekilde işleyemez. Bunun için, seçimle temsilin bağlantılı oldukları –genellikle anlaşıldığı şekliyle– "temsili" sistemler, bir temsilci seçme, onu yetkilendirme ve ona talimat verme anlamında bireysel özgürlükle bağdaşmazlar.

Bununla beraber, tarihsel anlamından yoksun bırakılmış ve sırf bir slogan veya –çağdaş İngiliz analitik filozoflarının deyimiyle– bir "ikna" kelimesi olarak kullanılan şekliyle "temsil" bizim siyasî sistemimizin sözde karakteristik özelliklerinden biri olarak günümüze kadar gelmiştir. Aslında, insanlar onu, tıpkı özel hayatta ve iş hayatında olduğu ve Austin'in İngiltere'nin anayasa hukukunun altında yattığını düşündüğü gibi, emanet eden/lehdar (cestui qui trust) ile müteveli/vekil (trustee) arasındaki bir tür ilişki anlamında kullandıkları için, "temsil" kelimesinin siyasette halâ olumlu bir çağrışımı vardır. Siyasî partilerin en yeni uzmanlarından birinin, R. T. McKenzie'nin, işaret ettiği gibi:

Onun işleyemez olduğunun farkında olan pek çok kişi bile klasik demokrasi anlayışına sözde bağlılık göstermektedir... Ayrıca, klasik teorianın seçmenlere hiç de gerçekçi olmayan ölçüde bir inisiyatif atfettiği de gitgide daha aşikâr hale gelmiştir; o siyasal süreçte liderliğin önemini neredeyse tamamen görmezden gelmektedir.<sup>66</sup>

Bu arada, 1927 yılında *American Political Science Review*'da siyasî partilerin sosyolojik özelliği hakkında yayımlanan ünlü denemesinde günümüz partilerinin iç evriminin başlıca kuralı olarak "oligarşinin tunç kanunu"nu formüle etmiş olan yurttaşım Roberto Michels'in kehanetini doğrularcasına, en azından Avrupa'da siyasî

66 R. T. McKenzie, *op. cit.*, s. 588.

partiler gibi grupların içinde (Weber'in tabirini kullanırsak) *gücün tek elde toplanması* (monocratization) sürekli olarak ilerlemektedir.

Bütün bunlar demokrasinin kaderini olduğu kadar, birey "demokratik süreç"e dahil olduğu ve demokrasi düşünceleri bireysel özgürlük düşünceleriyle bağdaştığı sürece, bireysel özgürlüğün de kaderini etkilemektedir.

Sadece daha iyi bir şey göremedikleri için değil, fakat aynı zamanda onlar çok kere gerçekte olmakta olan şeyin farkında olmadıkları için de, insanların genel eğilimi şeyleri olduğu gibi kabul etmektir. Günümüz demokrasisi bireylerin yasama sürecine ve ülkelerinin idaresine zayıf da olsa katılımını –mevcut şartlarda, belki zayıf ama, elde edilebilecek olanın en iyisi olduğu düşünülen bir katılımı– sağlıyor görüldüğü için, insanlar onu meşru görmektedirler. R. T. McKenzie de benzer bir şekilde şunları yazıyor: "Demokratik sürecin özünün siyasî liderlik için serbest bir yarış sağlaması olduğunu iddia etmek gerçekçidir." Yazar devam ediyor: "Seçmenlerin esas rolü spesifik siyaset sorunları hakkında kararlar almak değil fakat kararları yarış halindeki iki veya daha fazla potansiyel lider takımlarından hangisinin alacağına karar vermektir."<sup>67</sup> Bununla beraber, bu "demokrasi" ve "temsîl" gibi terimleri halâ kullanan bir siyasî teori için pek de bir şey değildir. "Temsîl" in bu yeni teorilerin ima ettiğinden başka birşey olduğunu veya en azından onun yakın zamanlara kadar siyasette başka bir şey olarak anlaşıldığını ve özel hayatta ve iş hayatında halâ başka bir şey olarak anlaşıldığını düşündüğümüzde de bu çok bir şey değildir.

Bireyci bakış açısının bu iğdiş edilmiş biçimini kabul eden ve halihazırda işlediği şekliyle "temsîlî sistem" in insanların siyasetlerin oluşumuna –özellikle de hukukun bireyin tercih özgürlüğüne uygun olarak oluşmasına– bir şekilde katılmalarını mümkün kılan herhangi bir başka sistemden daha iyi olduğunu düşünen kimselerin argümanlarına karşı geçerli itirazlar ileri sürülebilir.

İnsanların bu süreçlerde, bir seçim bölgesinde veya Parlamento benzeri bir temsilciler meclisinde olduğu gibi, ancak grup kararları aracılığıyla bir paya sahip oldukları söylenebilir. Fakat bunu söylemek, resmî/şeklî kuralların arkasında neyin olduğunu he-

67 *Ibid.*, s. 589.

saba katmadan, mevcut hukukî düzenlemelere dayanan katı bir *hukukî* bakış açısını benimsemektir. Bu hukukî bakış açısı, bir şeyin "hukukî" olup olmadığına kendilerine bakarak karar vermemiz gereken yasalar ve anayasaların temelini genellikle hiç de "hukukî" olmayan bir şeyde olduğunu anlar anlamaz savunulamaz hale gelir. Amerikan Anayasası meşruluklarının kaynağı olan Kıta Kongresi tarafından kendilerine böyle bir hukukî yetki verilmemiş olan Kurucu Ataların 1787'de Philadelphia Kurucu Meclisi'nde kararlaştırdıkları *hukuk dışı* (illegal-hukuksuz) bir işlemin sonucuydu. Kıta Kongresi de kökeni bakımından *hukuksuzdu*, çünkü Amerikan kolonilerinin İngiliz Krallığının hukukî yetkisine isyan etmelerinin bir sonucu olarak oluşturulmuştu.

Pek çok yurttaşım bunun farkında olmasa da, benim ülkemin yeni anayasasının kökeninin de Amerika'nunkinden daha hukukî olduğu pek söylenemez. Aslında İtalya'nın mevcut anayasası, babası Kral III. Victor Emmanuel tarafından 5 Haziran 1944 tarihli bir kraliyet fermanıyla sınırsız yetkili olarak İtalya Krallığı'nın "korgeneral" olarak atanmış olan prens Humbert'in 25 Haziran 1944 tarihli bir kararnameyle kurulan bir kurucu meclis tarafından kaleme alınmıştır. Fakat ne İtalya Krallığı'nın korgeneralinin ne de kralın kendisinin hukuken anayasayı değiştirmek veya bunu yapacak bir meclis toplamak yetkisi vardı. Bundan başka, yukarıda değinilen kararnâmenin ısdarı, Müttefik kuvvetlerin himayesi altında Kral ile –ülkemizdeki hiç kimse tarafından normal seçim yoluyla seçilmiş olmayan– parti "temsilcileri" arasında yapılan Salerno Antlaşması'na dayanıyordu. Bundan dolayı, Krallığın mevcut hukuku açısından kurucu meclisin *hukuksuz* olduğu düşünülebilirdi; çünkü, işlemin yapıcısı olan "korgeneral" onu *yetkisini aşarak* ısdar ettiğinden, meclisi yaratan işlemin kendisi hukuksuzdu. Öte yandan, böyle bir durumda "hukuksuz" işlemlerden kaçınmak da çok zor olurdu. Krallığın anayasal kanunlarının öngördükleri kurumların hiçbiri 1944 Haziranına kadar ayakta kalamamıştı. Korgeneralin atanmasından sonra Krallığın karakteri değişti; parlamentonun alt meclisi, yerine başka biri konmadan kaldırılmıştı, üst meclis olan Senato ise o sıralar işleyecek durumda değildi. Bu, neyin *hukukî* olup neyin olmadığına sözüm ona "hukukî" anayasalara bakarak karar veren ve onların arkasında neyin yattığına bakma zahmetine girmeyenler için bir derstir.

Hukukî bakış açısının sınırlarını Leslie Stephen gayet iyi anlatıyor:

Hukukçular yasama organı her şeye kâdirmiş gibi konuşmaya yatkındırlar, onun kararlarının ötesine bakmayı gerekli görmezler. Kanun yasama organı tarafından yapılan herhangi bir kural anlamına geldiği sürece, istediği kanunu yapabilmesi anlamında onun kesinlikle her şeye gücü yeter. Fakat bilimsel bakış açısından, yasamanın gücü şüphesiz kesin olarak sınırlıdır. O tabir câizse hem içeriden hem de dışarıdan sınırlıdır. İçeriden, çünkü yasama organı belirli bir toplumsal durumun ürünüdür ve toplumu belirleyen her neyse onun tarafından belirlenir. Dışarıdan, çünkü kanunları uygulamaya koyma gücü kendisi sınırlı olan ikincil bir yetkidir. Eğer yasama organı bütün mavi-gözlü bebeklerin öldürülmesine karar verseydi mavi-gözlü bebekleri korumak hukuksuz olurdu, ama yasa-koyucuların böyle bir kanunu geçirmek için çıldirmiş ve ona uyacak tebaanın da aptal olmaları gerekirdi.<sup>68</sup>

Ben [bu konuda] Leslie Stephen'a katılıyorum ama bu arada şunu da merak ediyorum: "Tebaa"nın aptallığı ancak bu noktada mı başlamaktadır ve ayrıca, eğer "demokrasi" ve "temsil" idealleri yurttaşlarının her tür eylem ve davranışı hakkındaki kararları (R. T. McKenzie'nin ifadesiyle) "yarış halindeki iki veya daha fazla potansiyel lider takımından hangisinin alacağı"na karar-verme yetkisiyle ciddî olarak özdeşleştirilmeye devam edecekse, gelecekte çağdaş "tebaa"nın bu gibi kararları kabul etmeleri ihtimal dahilinde midir?

Şüphesiz, potansiyel rakipler arasında tercihte bulunmak piyasada da özgür bir bireyin gerçekten yaptığı şeydir. Fakat [arada] büyük bir fark vardır. Piyasadaki rakipler eğer konumlarını korumak istiyorlarsa hem kendileri hem de seçmenleri bundan tamamıyla habersiz olsalar bile, zorunlu olarak kendi seçmenleri (yani, kendi müşterileri) için çalışıyorlardır. Buna karşılık, siyasî rakipler zorunlu olarak kendi seçmenleri için çalışmazlar, çünkü onlar piyasadaki gibi siyasetçilerin özgül "ürünler"ini seçemezler. Tabir câizse, siyasî üreticiler aynı anda ürünlerinin kendi yurttaşları adına hem satıcıları hem de alıcılarıdır. Yurttaşlarının "Bu yasayı istemiyorum, bu kararnâmeyi istemiyorum" demeleri beklenmez; çünkü onlar bu konudaki tercih yetkisini önceden kendi temsilcilerine devretmişlerdir.

68 Leslie Stephen, *The Science of Ethics*, zikreden Dicey, *op. cit.*, s. 81.

Elbette, bu bir *hukukî* bakış açısidir ve ilgili kişilerin gerçek tutumuyla zorunlu olarak örtüşmeyebilir. Benim ülkemde yurttaşlar *hukukî* bakış açısıyla diğer bakış açıları arasında sık sık ayırım yaparlar. Hukukî bakış açısının başka herhangi bir bakış açısıyla mümkün olduğunca çok örtüştüğü ülkeleri daha önce zaten takdir ettim ve onların siyasetteki büyük başarılarının esas olarak bu örtüşmeden kaynaklandığına kaniyim. Hâlâ aynı kanaatheyim, ancak hukukî bakış açısının uygun olmayan kararların körü körüne kabulüyle sonuçlanması durumunda bu meziyetin bir kusura dönüşüp dönüşmeyeceğini de merak ediyorum. Machiavelli'den Pareto, Mosca ve Roberto Michels'e kadar bizim siyasî teorisyenlerimizin *hukukî* bakış açısıyla niçin pek ilgilenmeyip, onun arkasında yatan şeyi görmeye çalıştıklarını benim ülkemdeki bir söz açıklayabilir (Sanmıyorum ki, Almanca veya İngilizce konuşan halkların benzer bir sözü olsun): *Chi comanda fa la legge*, yani "Kanunu kim yapıyorsa yetki ondadır." Bu, Hobbescu bir sözmüş gibi çağrışım yapsa da, bunda üstün bir gücün *zorunluluğu* üstündeki Hobbescu vurgu yoktur. Eğer yanılmıyorsam, bu daha ziyade müstehzi veya –öyle demeyi tercih ediyorsanız– gerçekçi bir sözdür. Yunanların benzer bir sözleri olup olmadığını bilmiyorum ama benzer bir öğretileri şüphesiz vardı.

Böyle bir siyasî alaycılığı tavsiye ettiğimi lütfen düşünmeyin. Ben sadece, eğer öğretileri alaycı olarak niteleyebilirsek, bu alaycılığın bilimsel imalarına işaret ediyorum. Güce sahip olan hukuku yapar. Doğru, ama peki güce sahip olmayan insanlara ne diyeceğiz? Anılan söz görünüşe göre bu konuda sessizdir, ama ben öyle sanıyorum ki bu öğretilerden çıkarılması gereken doğal sonuç siyasî iktidar üzerinde odaklanan hukukun sınırları hakkında gayet eleştirel bir görüştür. Bu muhtemelen benim hemşerilerimin yazılı anayasalarını, pek çok Amerikalının aksine, ezbere bilmemelerinin de nedenidir. Onlar yazılı kanunlar ve anayasaların siyasî hikâyenin sonu olmadığına –galiba insiyakî olarak– kani-dirler. Kanunlar ve anayasalar değişmez değildirler, aksine oldukça sık değişebilirler, ama onlar aynı zamanda, Lord Bacon'ın deyimiyle, her zaman *yaşayan levhalara yazılı olan hukuka* tekabül de etmezler. Ülkemin yazılı-hukuk sisteminin altında, hem yazılı olmaması hem de resmî olarak tanınmamış olması bakımından, İngiliz *common-law* sisteminden farklılaşan bir tür *common-law* sisteminin var olduğunu söyleyesim geliyor.

Kaldı ki, ben yakın zamanlara kadar hukukî bakış açısıyla diğer bakış açıları arasında tam bir örtüşmenin olduğu başka ülkelerde de benzer bir şeyin gerçekleşmekte olduğunu ve belki de gelecekte daha da büyük ölçüde gerçekleşeceğini düşünme eğilimindeyim. Çağdaş hukukî bakış açısının körü körüne kabulü piyasada ve özel hayatta olduğu gibi siyasette de bireysel tercih özgürlüğünün tedricen imhasına götürecektir. Çünkü, bu, bireysel tercihlerin yerini gitgide grup kararlarının alması ve sadece mal ve hizmetlerin arzı ile onlara yönelik bireysel talepler arasındaki değil her türlü davranış arasındaki kendiliğinden uyarlanmanın da çoğunluk kuralı gibi katı ve cebrî usuller tarafından gitgide ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir.

Bu konu hakkındaki görüşlerimi özetlersem: Bütün çağdaş siyasî sistemlerde bireysel tercih özgürlüğünü korumak için zorunlu olandan çok daha fazla yasalar, çok daha fazla grup kararları, çok daha katı tercihlerle birlikte, çok daha az "yaşayan levhalarda yazılı kanunlar", çok daha az bireysel kararlar, çok daha az özgür tercihler vardır.

Hayatın bireysel tercih özgürlüğünü kaybettiğimiz her alanda onu geri getirmek için tamamen yasamasız olmamız ve grup kararlarından ve çoğunluk kurallarından tamamen vazgeçmemiz gerektiğini söylemek istemiyorum. Bazı örneklerde söz konusu sorunların herkesle ilgili olduğu ve bunların kendiliğinden uyarlanmayla ve bireylerin birbiriyle bağdaşan tercihleriyle üstesinden gelinemeyeceği konusunda tamamen aynı görüşteyim. Yasama, grup kararları ve bireysel tercihlerin baskılanması tamamen ortadan kalksaydı ortaya çıkacak olan türden anarşik bir durumun tarihsel bir gerçek olduğunun hiçbir kanıtı yoktur.

Ancak, şuna kaniyim ki, siyasette ve hukukta grup kararlarının halihazırda işgal ettiği geniş alanı daha fazla daraltmayı başardıkça, bütün bireysel tercihlerin birbirlerine uyarlandığı ve hiçbir bireysel tercihin devre dışı bırakılmadığı dil, common law, serbest piyasa, moda, âdetler vb. alanlarda hâkim olana benzer bir durumu tesis etmekte de o derece başarılı olacağız. Halihazırda grup kararlarının kaçınılmaz, hatta doğru addedildiği alanın ölçüsünün çok abartıldığını ve Batı'nın büyük ideallerinin çoğunun geleneksel anlamlarını korumak istiyorsak kendiliğinden bireysel uyarlanmaların zorunlu, hatta doğru olduğu alanın olma-

sı gerekenden çok daha katı biçimde kısıtlanmış olduğunu ileri süreceğim.

Şimdilerde birçok karayı ve denizi eski klasik haritalarda işaretlenmiş olmayan yerlerde gösteren yukarıda işaret edilen alanların haritalarının yeniden çizilmesi gerektiğini ileri sürüyorum. Bu mecazı kullanmaya devam edersek, korkarım ki, günümüzün haritalarında gerçekte hiç de yeni keşfedilmiş herhangi bir araziye tekabül etmeyen işaretler vardır ve siyasî dünyanın titiz olmayan coğrafyacıları tarafından bazı araziler halihazırda konuşlanmış oldukları yerlere yerleştirilmemiştir. Aslında, günümüz siyasî haritalarında görünen işaretlerden bazıları sadece arkalarında gerçek olan hiçbir şey bulunmayan küçük noktalardır ve bizim onlara yönelik davranışımız da, günler önce haritanın üstünde kalmış olan bir sineği haritadaki bir ada zanneden ve varsayılan "ada"yı okyanusta aramaya devam eden kaptanın kine benzer.

Grup kararlarının ve bireysel kararların işgal ettikleri alanların haritalarını yeniden çizerken dikkate almamız gerekir ki, grup kararları –Prof. Buchanan'ın deyimiyle– ya hep ya hiç türünden kararlar iken, bireysel kararlar başka insanların kararlarıyla bağdaşabilen –hatta onları tamamlayan– kararlar içerirler.

Bu reformun altın kuralı, eğer yanılmıyorsam, şu olmalıdır: Yanlış olarak aralarında bağdaşmazlık olduğu düşünülen alternatiflerle ilişkin olarak, başka bir kararla bağdaşmaz olmadıkları gösterilen bütün bireysel kararların onlara tekabül eden grup kararlarının yerine konması gerekir. Söz gelişi, bu ikisi arasında bağdaşmazlık olmadığı zaman, sinemaya mi gitmeleri yoksa yürüyüşe mi çıkmaları gerektiği gibi sorunlar bakımından, bireyleri bir grup kararına tâbi kılmak aptalca olurdu.

Grup kararlarının (meselâ, yasamanın) taraftarları, şu veya bu örnekte bireysel tercihlerin birbiriyle bağdaşmaz olduklarını, ilgili sorunların zorunlu olarak ya hep ya hiç türünden olduklarını ve nihâî bir tercih yapmanın tek yolunun çoğunluk kuralı gibi cebrî bir usulü benimsemek olduğunu düşünmeye her zaman eğilimlidirler. Bu kişiler demokrasi şampiyonuymuş gibi davranırlar. Fakat çoğunluk kuralının zorunlu olmaksızın bireysel tercihin yerine konduğu her durumda demokrasinin bireysel özgürlükle çatıştığını daima hatırlamalıyız.



Şüphesiz, önerdiğim reformun tam da başında yanlış anlamlardan kaçınmak gerekir. Tıpkı başka birini kısıtlamak için hiçbir şey yapmamış olan kişilerin [başkalarını] "kısıtladıkları"nın söylemeyeceği gibi, özgürlük de "ihtiyaçtan özgürlük" ile "insanlardan özgürlük" arasında ayırım yapmayarak kavranamaz.

Ait oldukları alanın doğru olarak belirlenmesi ve onları bu alana yerleştirmek için çeşitli davranış biçimlerinin ve kararların değerlendirilmesi, tutarlı olarak yapılması halinde, günümüz anayasalarının ve teşriî ve idarî hukukun alanında açıkça büyük bir devrimi gerektirirdi. Bu devrim büyük kısmı itibariyle kuralların yazılı hukuk alanından yazılı olmayan hukuk alanına kaymasından oluşurdu. Bu yer değiştirme sürecinde, bireylerin sadece bugünkü değil aynı zamanda gelecekteki özgür tercihlerini de görünür yapmalarını mümkün kılmak için *hukukun* (uzun-vadeli) *kesinliği* kavramına büyük dikkat gösterilmelidir. Süreç içinde, yargının (*jurisdiction*) yönetimden (*imperium*) mümkün olduğunca ayrılmış olduğu Roma döneminde ve Ortaçağlardaki gibi, yargı diğer güçlerden mümkün olduğunca ayrılmalıdır. Yargı da kendisinin hukukun olmasını istediği şeyi uyumsuzluğun taraflarına dayatmaktan çok daha fazla, hukukun ne olduğunu keşfetmeye bakmalıdır. Alışverişi, konuşmayı veya bireylerin başka bireylerle uyumlu ve birbirini tamamlayıcı nitelikteki başka ilişkilerini sürdürmesi gibi, hukuk-yapma süreci de –tamamen değilse de– esas olarak kendiliğinden bir süreç haline gelecek şekilde ıslah edilmelidir.

[Buna,] böyle bir reformun hayalî bir dünya yaratılmasına eşdeğer olacağı şeklinde itiraz edilebilir. Fakat böyle bir dünya birçok ülkede çeşitli tarihsel dönemlerde kesinlikle hayalî değildi; bunların bazıları yaşayan nesillerin hafızasından henüz tamamıyla silinmemiştir. Öte yandan, eski ideallerin kaybolduğu ve herkesin içini kendince doldurabileceği içi boş kelimelerden başka bir şeyin kalmadığı bir dünyaya çağrılarını dile getirmeye devam etmek muhtemelen çok daha hayalcidir.



## ÖZGÜRLÜK VE ORTAK İRADE

BENİM SIRASIYLA BİREYSEL TERCİHLERİN VE GRUP KARARLARININ İŞGAL ettikleri alanların haritalarını yeniden çizme önerim, yüzeysel bir gözlemciye, grup kararları ile karar gruplarını öne çıkaran halihazırdaki sisteme, bireysel tercihleri vurgulayan başka bir sistem lehine ikna edici bir argümandan daha cüretkâr bir saldırıymış gibi gelebilir.

Siyasette en azından ilk bakışta anlaşmanın oy birliği ne dayanamayacağı ve bundan dolayı –çoğunluk kuralı vb. cebrî usuller ekleriyle birlikt-e grup kararlarının kaçınılmaz olduğu pek çok konu var görünmektedir. Bu mevcut sistemler için doğru olabilir, fakat gruplar tarafından cebrî usullere göre kararlaştırılacak olan sorunların derinlemesine bir değerlendirmesinin yapılmasından sonra aynısı söylenemez.

Karar grupları bize genellikle, seçkin bir Amerikalı bilgin Lawrence Lowell'ın, تنها bir yerde beklemekte olan bir yolcunun para çantaları ellerinden alındığında bir "çoğunluk" oluşturmadıklarını söylediği soyguncular grubunu hatırlatır. Lowell'a göre, bu bir grup soyguncuya soydukları kişiye kıyasla "çoğunluk", soyulan kişiye de "azınlık" denemez. Birleşik Devletlerde olduğu gibi başka ülkelerde de bu gibi "çoğunluklar"ın oluşmasını önlemek için anayasal güvenceler ve elbette ceza mevzuatı vardır. Ne yazık ki, zamanımızda birçok çoğunluğun Lowell'ın tanımladığı özgül "çoğunluk"la çok ortak yönü vardır. Bunlar günümüzde birçok ülkenin yazılı hukukuna ve anayasalarına göre –veya en azından anayasaların oldukça esnek yorumlarına göre– oluşmuş olan *hukukî* çoğunluklardır. Sözde "halkın temsilcileri"nin çoğunluğunun, söz gelişi, ev sahiplerini kendi iradelerine ve önceki anlaşmalara aykırı olarak piyasa fiyatlarına uygun

bir kira bedelini çoğu durumda kolayca ödeyebilecek olan kiracıları düşük bir fiyattan evlerinde tutmaya zorlamayı amaçlayan İngiltere’de Ev Sahibi ve Kiracı Yasaları veya İtalya’da yahut başka bir yerdeki benzer yasalar gibi bir grup kararı alabildiği her durumda, bu çoğunluğu Lowell’ın tanımladığından ayırt etmek için bir neden göremiyorum. Sadece bir fark vardır: Ülkenin yazılı hukuku Lowell’ın tanımladığı çoğunluğa [soygunculara] izin vermezken, bugün ilkinde ["halkın temsilcileri"nin çoğunluğuna] izin verilmektedir.

Aslında, iki "çoğunluk'un da ortak bir özelliği şudur: Sayıca çok olanlarla özgür tercihler ve özgür anlaşmalar yapabilselerdi asla katlanmayacak oldukları acıyı sayıca az olanlara çektirmek için, sayıca çok olanlar zorlamaya başvurmaktadırlar. Eğer bu çoğunluklara mensup olan bireyler kendilerine karşı zorlamaya başvurdukları azınlıklara mensup olsalardı kendilerinin halihazırdaki mağdurlarınkinden farklı bir duyguya sahip olacak olduklarını varsaymak için hiçbir neden yoktur. Nitekim, en azından Konfüçyüs felsefesine kadar geri giden ve muhtemelen bireysel özgürlük felsefesinin en çarpıcı özlü kurallarından bir olan İncil’deki vecize ("Başkalarına onların sana yapmasını istemediğin şeyi yapma!") Lowellyen bütün çoğunluklar tarafından şöyle değiştirilmiştir: "Başkalarına onların sana yapmasını istemediğin şeyi yap!" Bu bakımdan, Schumpeter "ortak irade"nin modern siyasi toplumlardaki bir göz boyama olduğunu söylediği zaman haklıydı. Eğer değindiğim türden grup kararlarının bütün örneklerini düşünürsek Schumpeter’la mutabık olmak zorundayız. Grubun kazanan tarafında yer alanlar ortak yarar için ve "ortak irade"ye uygun olarak karar verdiklerini söylerler.

Fakat azınlıkları paralarından vazgeçmeye veya orada tutmak istemedikleri başka insanları evlerinde tutmaya zorlamayan kararların söz konusu olduğu her durumda da grubun bütün üyelerinin oy birliği var olmayacaktır. Doğrudur, birçok kişi tam da bu oy birliği eksikliğini grup kararlarına ve cebrî usullere başvurmanın iyi bir nedeni olarak görür. Bununla beraber, bu benim önerdiğim reforma karşı ciddî bir itiraz değildir. Böyle bir reformun baş amaçlarından birinin başka insanların kısıtlamasından azâde olmak anlamında bireysel özgürlüğü geri getirmek olduğunu düşünürsek, sayıca daha çok olan başkaları adına sayıca az olanla-

ra zorlamada bulunmayı gerektiren kararlara sistemimizde yer vermek için hiçbir neden bulamayız. "Ortak irade", azınlıkta kalanların özgürlüğünü dikkate almayan çoğunlukların iradesiyle özdeşleştirilmediği sürece, bu tür kararlarda hiçbir "ortak irade" var olamaz.

Öte yandan, "ortak irade"nin grup kararları taraftarlarının kabul ettiğinden çok daha ikna edici bir anlamı vardır. Ortak irade, *grup kararlarına ve karar gruplarına başvurulmaksızın ilgili bütün kişilerin iş birliğinden kaynaklanan iradedir*. Bu ortak irade çeşitli taraflar arasındaki anlaşmaları olduğu kadar günlük dildeki kelimeleri de zorlamaya ihtiyaç olmaksızın yaratır ve canlı tutar; sanatçıları, yazarları, aktörleri ve güreşçileri yüceltir; modaları, nezaket kurallarını, ahlâk kurallarını vd. yaratır ve canlı tutar. Bu irade, bir toplumda onun ifade edilmesine ve kullanılmasına katılan bütün bireylerin böyle yapmakta özgür oldukları anlamında "ortak"tır; aynı şekilde, nihâî olarak [onunla] mutabık olmayanların hepsi de kendi kararlarını başka insanlar tarafından zorlanmadan almakta eşit derecede özgürdür. Böyle bir sistem altında, topluma mensup bireylerin herhangi bir kimseyi rahatsız etmeyen duyguları, eylemleri ve davranış biçimlerinin –bu bireylerin sayısı ne olursa olsun– pekâlâ kabul edilebilir ve izin verilebilir olduklarında toplumun bütün üyeleri prensip olarak mutabık olurlar.

Bunun, bütün ayrıntıları tarihsel olarak ayırt edilebilir olan bir duruma nispetle, "ortak irade"nin daha teorik bir modeli olduğu doğrudur. Fakat tarih bize, içinde tanımladığım anlamda "ortak irade"nin mevcut olduğu söylenebilecek olan toplumların bazı örneklerini de sunmaktadır. Halihazırda, cebrî yöntemlerin yaygın olarak uygulandığı ülkelerde bile hâlâ sahici bir ortak iradenin ortaya çıktığı ve hiç kimsenin varlığına ciddî olarak itiraz etmediği veya farklı bir durumu arzu etmediği birçok durum vardır.

Şimdi de, sadece ortak bir dilde veya ortak bir hukukta, ortak modalar ve tatlarda değil fakat aynı zamanda, cebrî usullerin bütün donanımıyla birlikte, grup kararlarında da kendisini gösteren "ortak irade"yi tasavvur edip edemeyeceğimizi görelim.

Açıkça söylemek gerekirse, eğer oy birliğine dayanmıyorsa, hiçbir grup kararının belirli bir zamanda bu karara katılan herkes için ortak olan bir iradenin ifadesi olmadığı sonucuna varmamız

gerekiyor. Ancak, kararlar bazı durumlarda –söz gelişi, bir jürinin bir soyguncu veya katile karşı verdiği bir hüküm gibi– aynı bakımdan kendileri başka insanların mağduru olsalardı aynı kararı almakta tereddüt etmeyecek olan azınlıklara karşı alınır. Korsanlar ve soyguncuların bile, çeteleri içerden çözülmesin veya yıkılmasın diye, gerçekte onların hepsi için *ortak* olan bir kanunu kabul etmek zorunda oldukları Platon’dan beri tekrar tekrar belirtilmiştir. Bu gerçekleri göz önüne aldığımızda, diyebiliriz ki; grubun bütün üyelerinin iradesini her an yansıtmaya da, herkes benzer şartlar altında onları kabul ettiği sürece, grup için "ortak" olduğunu düşünebileceğimiz kararlar vardır. Bunun Rousseau’nun muarızlarına veya yüzeysel okuyucularına aptalca görünen kimi paradoksal düşüncelerindeki hakikatin özü olduğunu düşünüyorum. Bu Fransız filozof, bütün suçluları ve gerektiğinde kendisini cezalandırmak hususunda başka insanlarla önceden anlaşmış olduğu için, bir suçlunun kendisinin mahkûmiyetini istediğini söylediği zaman, düz olarak alındığında saçma olan bir açıklama yapmaktadır. Oysa, her suçlunun aynı durumdaki başka suçluların cezalandırılmasını kabul edeceğini, hatta isteyeceğini varsaymak hiç de saçma değildir. Bu anlamda, o toplumda suç olarak tanımlanan belirli davranış türlerini engellemek ve nihayetinde cezalandırmak hususunda bir toplumun her üyesi bakımından bir "ortak irade" söz konusudur. İngilizce-konuşulan ülkelerde "haksız fiil" (tort) niteliğindeki davranış türleri –yani, ortaklaşa kabul edilen bir kanaate göre toplumda izin verilmeyen davranış biçimleri– için de üç aşağı beş yukarı aynısı geçerlidir.

Suç veya haksız fiili gibi davranış biçimlerinin müeyyidelendirilmesiyle ilgili grup kararlarının konusu ile, yukarıda değinilen yasalarda ev sahiplerine dayatılanlar gibi başka davranış biçimleriyle ilgili kararların konusu arasında aşikâr bir fark vardır. Birinci örnekte, mahkûmiyetler grup tarafından kendi içinde soygun yapmış olan bir bireye veya grubun münferit üyelerinin oluşturduğu bir azınlığa karşı verilmektedir. İkinci örnekte ise başka insanları, yani grubun içinde bir azınlık oluşturan insanları soygun anlamına gelen kararlar alınmaktadır. İlk örnekte, soygunla suçlanan azınlığın üyeleri dahil herkes kendisinininkinden başka herhangi bir olayda mahkûmiyeti onaylardı; oysa ikinci örnekte tam aksi olur: Örneğin, grubun içindeki bir azınlığı soyma kararı,

kendilerinin mağduru oldukları herhangi bir olayda tam da kazanan çoğunluğun üyeleri tarafından onaylanmazdı. Fakat her iki durumda da, ilgili grupların bütün üyeleri, gördüğümüz gibi, bazı davranış biçimlerinin kınanabilir olduğunu düşünür. Bu kararların konusunun –onların halihazırdaki mağdurları olan azınlık üyeleri dahil– grubun bütün üyeleri tarafından benzer şartlar altında onaylanacak olduğunu varsayabileceğimiz her defasında gerçekte bir "ortak irade"ye tekabül eden grup kararlarının var olduğunu söylememize imkân veren budur. Öte yandan, şimdi yararlanan konumunda olan çoğunluk üyeleri dahil, grubun herhangi bir üyesi tarafından benzer şartlar altında onaylanmayacak olan kararların bir grubun "ortak iradesi"ne tekabül ettiğini düşünemeyiz.

Bu ikinci tür grup kararlarının çağdaş toplumda doğru veya zorunlu grup kararları alanını tanımlayan haritadan büsbütün kaldırılması gerekir. Birinci türden bütün grup kararları ise amaçlarının titiz bir değerlendirmesinden sonra haritada bırakılmalıdır. Günümüzde herhangi bir kişi için bu gibi grup kararlarını bertaraf etmenin kolay bir iş olacağını elbette düşünmüyorum. Çağdaş toplumun üyelerinin, kendilerinin yararına olarak yanlış-üretken eylemleri ve muameleyi kabul etmeleri için toplumun başka üyelerini sürekli zorlamaya kalkışmaları yüzünden, Lowellyen çoğunluk tarafından alınan bütün grup kararlarını kaldırmak, grubu grubun karşısına koyan türden hukuk savaşına ebediyen son vermek anlamına gelirdi. Bu bakış açısından, çağdaş yasamanın belirgin bir kısmına Alman teorisyen Clausewitz'in savaşa uyguladığı tanımı uygulayabilirdik: Yasama, geleneksel pazarlık yoluyla elde edilmesi artık mümkün olmayan amaçları elde etmenin bir aracıdır. Bu, bir yüzyıl önce [Frederic] Bastiat'ya onun ünlü devlet tanımını ("herkesin, sayesinde başka herkesin pahasına yaşamaya çalıştığı büyük hayalî varlık") ilham etmiş olan, bir kesimin amaçlarının aracı şeklindeki hâkim hukuk anlayışıdır. Kabul etmeliyiz ki, bu tanım zamanımız için de geçerlidir.

Bazı kesimlerin çıkarına hizmet edecek saldırgan bir yasama anlayışı türdeş bir varlık olarak siyasî toplum idealini altüst etmiştir. Yasama sürecinin başka şartlar altında asla mutabık olmayacakları sonuçlarını kabul etmeye zorlanan azınlıklar [kendilerine] haksız olarak muamele edildiğini hissederek, durumlarını sadece

daha kötüsünden kaçınmak için kabul eder veya onu kendileri adına bu sefer başka insanlara zarar veren başka kanunlar elde etmenin bir mazereti olarak görürler. Belki de bu manzara, sosyalist ideallerin, her bir ülkedeki kalıcı çoğunluklar kadar geçici çoğunlukların da birçok çıkarını gizlediği Avrupa'nın çeşitli uluslarına uyduğu kadar Birleşik Devletlere uymamaktadır. Fakat söylediğim şeyin bu ülke için de geçerli olduğuna okuyucularımı ikna etmek için sadece Norris-La Guardia Yasası gibi yasalara işaret etmek yeterlidir. Mamafih, burada belirli gruplar lehine hukukî ayrıcalıkların bedeli Avrupa ülkelerinde olduğu gibi başka bir belirli grup tarafından değil de vergi mükellefi olarak bütün yurttaşlar tarafından ödenmektedir.

Benim önerdiğim reformun günün birinde gerçekleşeceğini umanların şansına, bizim toplumumuzda grup kararlarının hepsi az önce düşündüğüm türden can sıkıcı olmadıkları gibi, bütün çoğunluklar da Lowellyen çoğunluklar değildir.

Günümüzün siyasî haritalarında görülen grup kararları daha doğru olarak bireysel kararlar haritasında yer verilecek olan şeylerle (objects) de ilgilidir. Çağdaş yasama kendisini ülkenin halkının müştereken bir hak veya bir ödev olarak kabul ettiği şeyle sınırladığı her durumda, bu gibi şeylerin üstünü örtmüştür. İster müstebitler, ister devlet görevlileri hatta isterse –M.Ö. 5. yüzyılın ikinci yarısında Atina'daki gibi– geçici çoğunluklar olsun, münferit kişilerin keyfî yetkilerine karşı yazılı yasalardan yardım umanların birçoğunun, kanunların belli bir toplumda bütün insanların zaten kabul etmiş olduğu yazılı olmayan kuralların somutlaşmasından ibaret olduklarını kabaca bilinçli olarak düşündüklerinden şüpheliyim. Aslında, birçok yazılı düzenleme yasa-koyucuların niyeti bakımından değilse de en azından içerikleri bakımından yazılı olmayan kuralların somutlaşmasından ibaret görülebilirdi ve hâlâ da görülebilir. Klasik bir örnek Jüstinyen'in *Corpus Juris*'idir. Bu, (unutmamalıyız ki) ülkenin hukukunu onun *yazılı hukukuyla* özdeşleştirme eğiliminde olan bir ülkenin ve halkın imparatorunun *Corpus Juris*'in tamamını tebaasına onun kendisinin vaz ettiği bir yasa olarak kabul ettirme amacı güttüğü gerçeğine rağmen doğrudur.

Fakat *Corpus Juris*'in içeriği, yazılı bir kanun olarak *Corpus* ideali ile onda fiilen somutlaşan ortak veya yazılı-olmayan hukuk arasın-



daki kesin bağlantıyı çarpıcı bir şekilde kanıtlamaktaydı. Aslında, onun temel ve daha kalıcı kısmı olan *Pandectae* veya *Digesta* tamamen eski Romalı hukukçuların yazılı-olmayan hukukla ilgili anlatımlarından oluşuyordu. Bu hukukçuların çalışmaları şimdi tebaasına onun kendi emirlerinin bir ifadesi olarak sunulmak üzere (bütün zamanların en ünlü *Reader's Digest*'inin editörü olarak görülebilecek olan) Jüstinyen tarafından toplanmış ve seçilmişti. Doğrudur, modern bilim insanlarına göre, Jüstinyen'in derlemesi, seçimi ve özümsemesi en azından *Corpus*'a dahil edilen metinlerin sahilliği ve Paulus ve Ulpian gibi eski Romalı hukukçulara sözde aidiyeti hakkında makul şüphelerin ortaya çıkabileceği çeşitli örneklerde oldukça aldatıcı idi. Fakat bir bütün olarak seçimin sahilliği hakkında bilginler arasında hiçbir şüphe yoktur. Hatta belirli örneklerde seçimin sahilliği hakkındaki şüpheler son zamanlarda çoğu bilim adamı tarafından bir ölçüde terk edilmiştir.

Jüstinyen'in seçimi de bizim temel kodlar ve yazılı anayasalar çağımızdan önce Ortaçağlarda ve modern zamanlardaki Kıta hukukçuları bakımından benzer bir sürecin konusuydu. O günlerin Kıta hukukçuları için sorun olan, Jüstinyen tarzı bir "seçme yapmak" değil fakat "yorumlamak", yani yakın zamanlara kadar Kıta ülkelerinin çoğunda onun tamamını özü itibariyle ülkenin hukuku olarak geçerli bırakırken, yeni ihtiyaçları karşılamının zorunlu olduğu her zaman Jüstinyen metinlerinin anlamını esnetmek idi. Böylece, eski imparator Roma hukukçuları tarafından tespit edilmiş olan common law'u kendisinin resmî olarak vaz ettiği yazılı bir hukuka dönüştürmüşken, Ortaçağın ve modern zamanların Kıta hukukçuları da Jüstinyen'in resmî olarak vaz edilmiş hukuku hukukçular tarafından belirlenen ve Jüstinyen *Corpus*'unun ve dolayısıyla eski Roma hukukunun kabaca gözden geçirilmiş bir baskısı olan, yeni bir hukuka, Almanların deyimiyle bir *Juristenrecht*'e, dönüştürmüşlerdir.

Bir İtalyan meslektaşım birkaç yıl önce Jüstinyen *Corpus*'unun dünyanın bazı ülkelerine –örneğin, Güney Afrika'da– hâlâ kelimesine geçerli olduğunu keşfettiğinde çok şaşırılmıştı. Bir müşterisi, Güney Afrika'da mülkü olan İtalyan bir kadın, onu ilgili işlemleri yapmakla görevlendirmişti ve bunu hakkıyla yerine getirmek istiyordu. Daha sonraları Güney Afrika'da irtibatla olduğu arkadaşı ondan kendisine kadın tarafından imzalanmış,

*Senatus Consultum Velleianum* tarafından kadınlara verilmiş olan ayrıcalıktan gelecekte yararlanmaktan vazgeçtiğini belirten bir beyanname göndermesini istemiş, ki bu on dokuz asır önce Roma Senatosu'nun kadınları sözünden dönmeye ve genel olarak başka insanlara yönelik belirli taahhütleri reddetmeye yetkilendirmek için koyduğu bir şarttı. Bu akıllı Roma senatörleri kadınların kararlarından cayma eğiliminde oldukları ve dolayısıyla onlardan ülkedeki erkeklerden genellikle istenen aynı tutarlılığı istemenin hakkaniyetsiz olacağı gerçeğinin farkındaydılar. Senato'nun şartının sonucu senatörlerin beklediğinden az farklı olmuştu. İnsanlar *Senatus Consultum*'un yasalaşmasından sonra kadınlarla anlaşma yapmaya çok az istekli olmuşlardı. Sonunda bu sıkıntının bir çaresi, örneğin arazi satımı gibi sözleşmeler yapmadan önce kadınların *Senatus Consultum*'un bahsettiği ayrıcalıktan vazgeçebileceklerini kabul etmek suretiyle bulundu. Meslektaşım müşterisinin *Senatus Consultum Velleianum*'dan yararlanma hakkından vazgeçtiğine dair kadın tarafından imzalanmış belgeyi Güney Afrika'ya gönderdi ve satış usulüne uygun olarak yapıldı.

Bu hikâye bana anlatıldığında, mutlu olmak için ihtiyacımız olan tek şeyin yeni kanunlar olduğunu düşünen insanların var olması bana eğlenceli geldi. Oysa, aksine, birçok örnekte yasamanın bile, yüzyıllar ve kuşaklar sonra, bir grup yasa-koyucu tarafından alınan bir çoğunluk kararının keyfî iradesinden çok daha fazla kendiliğinden hukuk-yapımı sürecini yansıttığı sonucunu destekleyecek çarpıcı tarihsel kanıtlara sahibiz.

Almanca *Rechtsfindung* kelimesi, yani, hukuku *bulma* işi, *Juristenrecht*'in ve Kıta Avrupası hukukçusunun bir bütün olarak etkinliğinin merkezî fikrini iyi yansıtıyor görünmektedir. [Bunda] hukuk *vaz' edilen* veya konan bir şey olarak değil de, *mevcut olan* ama bulunması, *keşfedilmesi* gereken bir şey olarak anlaşılmaktaydı. Bu [keşfetme] işi haklar ve ödevlerle ilgili insanî taahhütlerin veya insanî duyguların anlamını belirlemek suretiyle doğrudan doğruya değil, fakat öncelikle (en azından görünüşü itibarıyla) Jüstinyen derlemesi gibi iki bin yıllık yazılı bir metnin anlamını belirlemek suretiyle yapılmak durumundaydı.

Bu fikir, *yazılı hukukun kendisinin her zaman zorunlu olarak vaz' edilmiş hukuk (yasama) olmadığı gerçeğinin* kanıtını sunması bakımından, bizim bakış açımızdan ilginçtir. Kıta Avrupası'nda

Jüstinyen'in *Corpus Juris*'i artık en azından kelimenin teknik anlamında –yani, Avrupa ülkelerinin yasama otoritesinin vaz ettiği hukuk anlamında– yasama değildi. (Bu arada, bu, uzun-vadeli planlar yapma imkânı olarak anlaşılan hukukun kesinliği idealinden vazgeçmeksizin açık-seçik ifadeye kavuşturulmuş formül anlamında hukukun kesinliği ideale bağlı olanların hoşuna gidebilirdi.)

Kıta Avrupası'nın temel kanunları (kodları) bugün çok az kişinin farkında olduğu bir fenomenin, resmî olarak vaz edilmiş kanun ideali ile içeriği yasamadan fiilen bağımsız olan kanun ideali arasındaki kesin bağlantının, başka bir örneğini sunmaktadır. Bu kodlar da, öncelikle, Jüstinyen *Corpus Juris*'inin ve kodların yasaştırılmasından önceki yüzyıllar boyunca Avrupalı hukukçuların yaptıkları Jüstinyen derlemesi yorumlarının somut örnekleri olarak görülebilirler.

Kıta Avrupası kodlarını, bir dereceye kadar, özel kişilerin maddenî para yapımında kullandıkları metallerin saflık ve ağırlığının uygunluğunu onaylamak için yetkili makamların çıkardıkları –Roma döneminin İtalyan *municipia*'sı gibi– resmî beyanlarla karşılaştırabiliriz; buna karşılık günümüzdeki yasamasını, kural olarak, bütün çağdaş hükümetlerin konvertibl-olmayan yasal ödeme-aracı kâğıtların belirlenmesine müdahalesiyle karşılaştırabilir. (Bu arada, yasal ödeme-aracı paranın kendisi çağdaş anlamda yasamanın –yani, sonucu, grubun bazı üyelerinin diğerlerinin yararına feda edilmesi olan bir grup kararının– çarpıcı bir örneğidir; oysa, hangi paranın kabul edilip hangisinin kabul edilmeyeceği serbestçe seçilebilseydi, bu olamazdı.)

Kod Napolyon veya 1811 tarihli Avusturya yahut 1900 tarihli Alman kodları gibi Kıta Avrupası'nın temel kanunları, zaten *Juristenrecht*'e dönüşmüş olan Jüstinyen derlemesinin de başına geldiği gibi, çeşitli eleştirilerin sonucuydular. Kuralın lâfzının açık-seçikliği anlamında hukukun kesinliği arzusu kanunlaştırma (codification) yoluna gitme önerisinin baş nedenlerinden biriydi. *Pandectae*, birçoğu Romalı hukukçuların hiçbir zaman formüle etme zahmetine girmedikleri daha genel bir kuralın özgül örnekleri olarak görülen oldukça gevşek bir kurallar sistemi gibi görünüyordu. Aslına bakılırsa, onlar çoğu durumda emsali olmayan davalarla karşılaştıklarında kendi kurallarının mahkû-

mu olmamak için bu gibi formülasyonlardan bilerek kaçınmışlardı. Aslında, Jüstinyen derlemesinde çelişkili olan bir şey vardı. İmparator Romalı hukukçuların her zaman *açık* ve kendiliğinden bir sistem olarak gördükleri şeyi *kapalı* ve planlanmış bir sisteme dönüştürmeye kalkışmış, ama bunu tam da bu hukukçuların eserinden yararlanarak yapmaya çalışmıştı. Böylece, peyderpey oluşturulmuş olan *Juristenrecht* Jüstinyen sistemindeki başlangıçtaki çelişkiyi artırırken, Jüstinyen sisteminin kapalı bir sistem olamayacak kadar açık olduğu ortaya çıktı.

Kanunlaştırma, Jüstinyen'in hukukun siyasî makamların yönetimi altındaki uzmanlar tarafından planlanacak kapalı bir sistem olduğu fikri doğrultusunda önemli bir adımı temsil ediyordu; ancak o aynı zamanda planlamanın hukukun muhtevasından çok biçimiyle ilgili olması gerektiğini de ima ediyordu.

Nitekim, seçkin bir Alman hukukçu, Eugen Ehrlich "1900 tarihli Alman Kodunda ve ondan önceki Kıta kodlarında hukukun reformasyonunun gerçek olmaktan ziyade görüntü" olduğunu yazmıştı.<sup>69</sup> *Juristenrecht* oldukça kısaltılmış bir biçimde de olsa hemen hemen hiç dokunulmadan yeni kodlara geçmişti, ki onların yorumlanması halâ Kıta Avrupası'nın eski hukukî literatürü hakkında esaslı bilgi gerektiriyordu.

Ne yazık ki, belirli bir zaman sonra, yasama ürünü olmayan muhtevaya yasama biçimi verilmesi şeklindeki bu yeni idealin kendi içinde çelişik olduğu görüldü. Yasama ürünü olmayan hukuk, yavaşça ve tamamen görünmez bir şekilde sürekli değişmektedir. Yüzyıllar içinde bu yönde, Esperanto ve diğer sunî diller gibi, bazı girişimler yapılmış olsa da, günlük dil gibi yasama ürünü olmayan hukuk da kapalı bir sisteme dönüştürülemez. Fakat bu sıkıntı için benimsenen çarenin de tamamen etkisiz olduğu ortaya çıkmıştır. Kodları değişikliğe uğratan yeni yazılı kanunların yapılması ve kodların oluşturduğu orijinal kapalı sistemin ciddi hacimdeki başka yazılı kurallarla tedricen çevrelenmesi ve aşırı yüklenmesi zorunluydu, ki [bu yolla] kuralların birikmesi günümüz Avrupa hukuk sistemlerinin en çarpıcı özelliklerinden biridir. Buna rağmen, Avrupa ülkelerinde kodlar halâ hukukun özü olarak görülmektedir. Bu kodların orijinal muhtevasının mu-

69 Eugen Ehrlich, *Juristische Logik* (Tübingen: Mohr, 1918), s. 166.

hafaza edilmesi ölçüsünde, resmî olarak vaz edilmiş hukuk ideali ile, ilk defa Jüstinyen'in derlemesiyle hayata geçirilmiş olan yazılı-olmayan hukuka kadar geri giden bir muhteva arasındaki bağlantıyı onlarda görebiliriz.

Öte yandan, eğer İngilizce-konuşulan ülkelerde nispeten yakın zamanlarda olup bitenleri düşünürsek, aynı sürecin örneklerini [orada da] kolayca bulabiliriz. Parlatentonun çeşitli yasaları, aşağı yukarı, *common law*'un bütün tarihini kapsayan uzun bir süreç esnasında mahkemeler tarafından üretilen *rationes decidendi* [karar gerekçeleri] örnekleridir.

İngiliz *common law* tarihine aşına olanlar, örneğin 1874 tarihli Infant Relief Act'ın [Küçüklere Kolaylık Sağlama Yasası], küçüklerin sözleşmelerinin kendi takdirine bağlı olarak feshedilebileceklerine ilişkin common-law kuralını teyit etmekten başka bir şey yapmadığına katılacaklardır. Başka bir örneği alırsak, 1893 tarihli Sale of Goods Act [Emtia Satışı Yasası], emtianın açık artırmayla satışında, aksi yönde açıklanmış bir niyet yoksa en yüksek teklifin "icap", çekicinin indirilmesinin ise "kabal" sayılacağına ilişkin common-law kuralına yasal statü kazandırmıştır. 1677 tarihli Statute of Frauds [Sahtekârlık Yasası] veya 1925 tarihli Law of Property Act [Mülkiyet Hakları Yasası] gibi başka birçok yasa da (yazılı olmadıkça belirli sözleşmelerin hukukî sonuç doğurmayacakları gibi) başka common-law kurallarını yasalaştırmışlardır. Keza, şirketlere tanıtım prospektüslerindeki belirli maddeleri görünür kılma zorunluluğu getiren 1948 tarihli Companies Act [Şirketler Yasası] da sözleşmelerin yorumuyla ilgili olarak mahkemeler tarafından belirlenen kimi kuralların belirli bir olaya uygulanmasından ibarettir.

Nihayet, Dicey'nin daha önce işaret ettiği gibi, birçok modern anayasa ve haklar yasaları da modern Solonların yoktan (*de nihilio*) yaratımları olarak değil de, İngiltere'de mahkemelerin muayyen bireylerin haklarıyla ilgili [olarak verdikleri] kararlarla adım adım keşfedip uyguladıkları bir seri *rationes decidendi*'nin az çok özenli örnekleri olarak görülebilir.

Her ne kadar 19. yüzyılda vaz edilmiş hukuk olarak görünseler de, gerçekte hem yazılı kodların hem de anayasaların muhtevalarında esas olarak yüzyıllar ve nesiller boyunca özel bireylerin

kendiliğinden davranışına dayanan bir hukuk-yaratma sürecini yansıttıkları gerçeği liberal düşünürleri, (kesin ifadeye kavuşturulmuş genel kurallar olarak anlaşılan) yazılı hukuku zamanımızda bireysel özgürlüğü korumanın kaçınılmaz bir aracı olarak görmeye [her nasılsa] sevk edebilmiştir ve hâlâ da edebilmektedir.

Gerçekte, yazılı kodlarda ve yazılı anayasalarda somutlaşan kurallar, bir yasa-koyucu tarafından değil de esas itibariyle yargıçlar veya hukukçular tarafından yapılan bir hukuku ortaya çıkaran uzun bir tarihsel süreci yansıttıkları sürece, liberal ilkelerin en iyi ifadesi olarak görülebilirdi. Bu onu, eski Kayıtçı Kato'nun Roma sisteminin büyüklüğünün ana sebebi olarak yücelttiği, "herkesin yaptığı" bir hukuk olarak tanımlamak gibidir.

Vaz edilmiş kuralların genel olarak formüle edilmiş, açık-seçik ifadelili, teorik olarak tarafsız ve bazı bakımlardan "kesin" olsalar da bireysel özgürlükle tamamen *bağdaşmaz* bir muhtevaya sahip olabilecekleri gerçeği, yazılı kodlar ve anayasaların Kıta'daki savunucuları tarafından göz ardı edildi. Onlar *Rechtsstaat*'ın veya *état de droit*'ün İngilizlerin *hukukun üstünlüğü* ilkesine tam olarak karşılık geldiğine ve hatta daha açık-seçik, daha kapsayıcı ve daha kesin formülasyonu nedeniyle ona tercih edilebileceğine kanaat getirdiler. *Rechtsstaat* yozlaştığı zaman bu kanaatin bir aldanış olduğu kısa zamanda ortaya çıkmış oldu.

Zamanımızda her türden yıkıcı parti, bir yandan kodların ve anayasaların muhtevasını tamamen değiştirmeye çalışırken; öbür yandan "halk"ın çoğunluk kuralına uygun "temsili" vekillerinin onayladıkları yazılı kuralların "genellik", "eşitlik" ve "kesinlik"ini önemseyen klasik *Rechtsstaat* fikrine hâlâ saygılıymış gibi davranmak işlerine gelmiştir. Kıta Avrupası'nın *Juristenrecht*'inin kodlarda başarılı bir şekilde ve hatta daha açık-seçik biçimde yeniden ifade edilmiş olduğuna (ve ayrıca İngiliz halkının yargıç-yapısı anayasasının altında yatan ilkelerin yasama organı tarafından yapılan yazılı anayasalara başarılı bir biçimde aktarıldığına) ilişkin 19. yüzyıl düşüncesi, *Rechtsstaat*'ın yeni ve içdiş edilmiş bir davranışının –bütün kuralların yasama organı tarafından yapılması zorunluluğu anlamında bir hukuk devleti anlayışının– yolunu açmıştır. Yasama organının 19. yüzyılın ilk kodlarında ve anayasalarında kendilerini esas olarak vazedilmiş-olmayan bir hukuk yaratmakla sınırladıkları gerçeği tedricen unutuldu veya hem

kodlar hem de anayasaların, –üyeleri halkın "temsilcileri" olan– yasama organları tarafından vazedilmiş oldukları gerçeğiyle karşılaştırıldığında bu gerçek pek önemsenmedi.

Bu gerçeğe eşlik eden başka bir olguya Prof. Ehrlich de işaret etmiştir. Kodlara aktarılan *Juristenrecht*, çağdaş hukukçuların kodların yapılmasından önce tamamen aşınâ oldukları bir hukukî zemine atıfla kolayca anlayabilecekleri bir biçimde düzenlenmiştir.<sup>70</sup> Ne var ki, ikinci nesil hukukçular artık bunu yapabilecek durumda değildiler. Onlar gittikçe kodun tarihsel arka planına olduğundan çok daha fazla onun kendisine atıf yapmaya alıştılar. Ehrlich'e göre, yavanlık ve yetersizlik Kıta hukukçularının ikinci ve müteakip nesillerinin yaptıkları yorumların karakteristik özellikleri idi. Bu ise arkasında uzun bir geleneğin olmadığı yazılı hukuka dayanması durumunda, hukukçuların yüksek kalitede bir ürün ortaya koyamayacakları gerçeğinin kanıtıdır.

Bu yeni trendin en önemli sonucu, Kıta'daki ve bir dereceye kadar İngilizce-konuşulan ülkelerdeki insanların hukukun tamamını *yazılı hukuk* olarak –yani, çoğunluk kuralına uygun olarak yasama organlarının yaptıkları tek bir yasalar demeti olarak– anlamaya gitgide alışmaları oldu. Böylece, bir bütün olarak hukuk bireysel tercihlerin değil de grup kararlarının sonucu olarak düşünölmeye başladı. Prof. Hans Kelsen gibi kimi teorisyenler daha da ileri giderek, davranışın "hukukî" veya hukukî-olmayan şeklinde nitelendirmesine imkân veren bir cebrî kurallar sistemine atıf yapmadan, bireylerin hukukî veya siyasî davranışından sözedilebileceğini bile inkâr ettiler.

Zamanımızdaki bu devrimci hukuk anlayışının başka bir sonucu, hukuk-yapımı sürecinin artık öncelikle yargıçlar ve hukukçular gibi uzmanların teorik etkinliğiyle olmaktan ziyade, yasama organlarındaki kazanan çoğunlukların saf iradesiyle bağlantılı olarak görülmesi oldu. "Temsil" ilkesi de kazanan çoğunluklarla seçmenler topluluğunun bir üyesi olarak görölen her bir birey arasındaki sözde bağlantıyı sağlama alıyordu. Böylece, hukuk-yapımı sürecine bireylerin katılımı etkin olmaktan çıkarak gitgide periyodik genel seçimlerde gerçekleşen bir tür boş seremoniye dönüştü.

70 *Ibid.*, s. 167.

19. yüzyılda kodlar ve anayasaların yasalaştırılmasından önceki kendiliğinden hukuk-yapımı süreci, olağan dil, günlük iktisadî işlemler veya değişen moda gibi başka kendiliğinden süreçlerle ilişkisi içinde düşünülürse, kesinlikle tek örnek değildi. Bütün bu süreçlerin karakteristik özelliği, onların her birinin iktisadî ilişkilerin, dilin, modanın... mevcut durumunu korumak veya değiştirmek konusunda kendi istekliliğine ve yeteneğine göre bizatihi süreçte payı olan çok sayıdaki bireyin gönüllü iş birliğiyle gerçekleşmesidir. Bu süreçte herhangi bir kimseyi eski bir kelime yerine yenisini benimsemeye veya eski-moda bir giysi yerine yeni tarz-dakini giymeye, yahut bir oyun yerine bir filmi tercih etmeye zorlayan hiçbir grup kararı yoktur. Doğru, çağımızda insanların yeni iktisadî ilişkilere girmelerini, yeni modaları veya hatta Esperanto ve Volapuk gibi yeni kelimeler ve dilleri benimsemelerini sağlamayı amaçlayan propagandalar yapan dev baskı grupları vardır. Bu grupların belirli bireylerin tercihlerinin değişmesinde büyük bir rol oynayabileceklerini inkâr edemeyiz ama bu kesinlikle zorlamayla yapılmamıştır. Baskı veya propagandayı zorlamayla karıştırmak, "kısıtlama/zorlama"nın anlamıyla ilgili belirli bazı karışıklıkları tahlil ederken gözlediklerimize benzer bir hata olurdu. Bazı baskı biçimleri zorlamaya yaklaşabilir, hatta onunla aynı olabilirler. Bunlar, örneğin bir ülkenin sakinlerinin yabancı gazete ve dergileri ithal etmeleri veya yayınları dinlemeleri yahut yurt dışına çıkmaları yasaklandığı zaman olduğu gibi, her zaman kelimenin doğru anlamında zorlamayla bağlantılıdır. Bu gibi durumlarda bir ülkenin içindeki propaganda ve baskı doğru anlamda zorlamaya çok benzerler. İnsanlar tercih edecek oldukları propagandayı duyamazlar, enformasyon seçimi yapamazlar ve bazen hatta ülkedeki kendi yöneticilerinin yönetimi altındaki yayınları dinlemekten veya gazeteleri okumaktan kaçınamazlar.

Bir ülke içinde amacı yabancı ülkelerdeki potansiyel rakiplerin ürettikleri malların ithalini engellemek veya sınırlamak olan te-keller yasama (yani, grup kararlarının ve zorlamanın) yardımıyla kurulduklarında da iktisadî alanda benzer bir durum ortaya çıkar. Burada da bireyler bir şekilde zorlanırlar, ama bu zorlamanın nedeni daha önce tanımladığım olağan kendiliğinden iş birliği süreci içindeki tek bir bireyin bir eylemine veya davranışına bağlanamaz.



Gözlerimizi ve dolayısıyla beyinlerimizi etkileyen kızıl-ötesi ışınlar veya kişinin görmekten veya duymaktan kaçınamayacağı saplantılı reklam ve propaganda yoluyla bilinçaltını etkileme veya gizli tanıtım gibi özel durumların, her medenî ülkede herkesi başka insanların kısıtlama veya zorlamasına karşı korumak için zaten var olan ortak kurallara aykırı oldukları düşünülebilir. Bundan dolayı, böyle durumlar pekâlâ bireysel özgürlük adına zaten var olan kuralları uygulamak suretiyle kaçınılması gereken zorlama örnekleri olarak görülebilirler.

Artık, yasamanın, insan faaliyetinin ve insan davranışının başka önemli alanlarında olup bitenlere dikkat etmeseydik olacak olandan çok daha az açık ve çok daha az olağan bir araç olduğu ortaya çıkmaktadır. Daha da ileri giderek diyebilirim ki, özellikle bireylerin günlük hayatlarında yaptıkları sayısız tercihlere uygulandığında, yasama son derece istisnâ ve hatta insan toplumunda gerçekleşen diğer şeylere aykırı bir şey olarak görünmektedir. Yasama ile insan faaliyetinin başka süreçleri arasındaki en çarpıcı çelişki onu bilimin süreçleriyle karşılaştırdığımızda ortaya çıkar. Hatta bunun çağdaş uygarlığın en büyük çelişkilerinden biri olduğunu söyledim: Çağdaş uygarlık karar grupları ve çoğunluk kuralı gibi çelişik usulleri yayar, katlar ve geliştirirken, aynı anda hayret verici bilimsel yöntemler de geliştirdi.

Grup kararları ve çoğunluk kuralıyla sahiden bilimsel bir sonuca hiçbir zaman ulaşılmamıştır. Batı'da modern bilimin bütün tarihi göstermektedir ki, kendi bilimsel teorilerinin başkalarından daha iyi işlediğini ve şeyler hakkındaki kendi görüşlerinin problemleri ve zorlukları başkalarından –bunların sayısı, otoritesi ve gücü ne olursa olsun– daha iyi çözdüğünü kesin bir şekilde göstermeye muktedir olan bireylere karşı uzun vadede hiçbir çoğunluk, hiçbir müstebit, hiçbir zorlama başarılı olamamıştır. Aslına bakılırsa, bu görüş açısından ele alındığında modern bilimin tarihi cebri usule dayanan karar grupları ve grup kararlarının başarısızlığının ve daha genel olarak bilimsel ilerlemeyi teşvik etmenin ve bilimsel sonuçlara ulaşmanın sözüm ona araçları olarak bireylere uygulanacak zorlamanın başarısızlığının en önemli kanıtını oluşturmaktadır. O zamandan bugüne kadar çeşitli ülkelerde bilim insanlarını kendi tezlerini terk etmeye zorlayan birçok yargılama yapılmış olması bakımından, bilimsel çağın şafağında Galile'nin yargılan-

ması bu anlamda bütün bir bilim tarihinin sembolüdür. Ne var ki, bağınaz müstebitlerin veya cahil çoğunlukların bilim insanlarına uyguladıkları bir zorlamanın sonucu olarak hiçbir bilimsel tez kanıtlanmış veya çürütülmüş değildir.

Aksine, bilimsel araştırma, içinde her birinin kendi isteklilik ve yeteneğine göre payı olan sayısız bireylerin özgür iş birliğini gerektiren kendiliğinden bir sürecin en aşikâr örneğidir. Bu iş birliğinin toplam sonucu hiçbir zaman belirli bireyler veya gruplar tarafından önceden görülmüş veya planlanmış değildir. Böyle bir iş birliğinin ürününün, onu bütün bilim tarihi boyunca her yıl –hatta her ay ve her gün– dikkatli bir şekilde değerlendirmeden ortaya çıkacak olduğunu hiç kimse söyleyemez.

Bilimsel ilerleme, genel olarak halkın "temsili" şöyle dursun, bir tür seçmenler topluluğunu oluşturdukları düşünülebilecek bilim insanlarının "temsili" gibi prensiplere dayanan grup kararlarıyla ve çoğunluk kuralıyla sınırlı olsaydı, Batı ülkelerinde ne olurdu?... Platon *Politikos* diyalogunda böyle bir durumu, sözde devlet bilimini ve genel olarak bilimleri eski Yunan demokrasilerinde çoğunluğun yaptığı yazılı kurallarla karşılaştırmak suretiyle, ana hatlarıyla ortaya koymuştur. Diyalogdaki karakterlerden biri tıbbın, navigasyonun, matematiğin, tarımın ve onun zamanında bilinen bütün bilim ve tekniklerin kurallarının yasama organları tarafından yapılan yazılı kurallarla (*syngrammata*) belirlenmesini önerir. Diyalogdaki geri kalan karakterlerin vardığı sonuca göre, böyle bir durumda her türlü araştırmayı engelleyecek olan bir kanunla sürgün edilen bütün bilimler ve tekniklerin sonsuza dek ortadan kaybolacakları ve zaten zor olan hayatın büsbütün imkânsız hale geleceği açıktır. Yine de bu diyalogun nihaî sonucu çok farklıdır. Platon'a göre, böyle bir durumu bilimsel alanda kabul edemezsek de, hukukumuz ve kurumlarımız söz konusu olduğunda kabul etmeliyiz. Hiç kimse katı bir yasama sisteminde çok daha fazla sıkıntılara neden olmadan, sabit kanunları göz ardı ederek kendi vatandaşlarını yönetecek kadar zeki ve dürüst değildir.

Bu beklenmedik sonuç 19. yüzyılda yazılı kodlar ve anayasaların müelliflerinin durumuna çok benzemektedir. Hem Platon hem de bu teorisyenler yazılı kanunları bir yöneticinin keyfi eylemleriyle karşılaştırmış ve hiçbir yönetici ülkesinin ortak iyiliğini

temin edecek kadar akıllı davranamayacağı için ilkinin ikincisine tercih edilebilir olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Bu sonuca, onun yazılı kuralların tek alternatifinin despotların keyfî emirleri olduğu şeklindeki öncülünü kabul etmek şartıyla itiraz etmiyorum. Fakat tarih bize, bireysel özgürlüğe değer veren insanlar için bunun var olan tek, hatta en önemli alternatif olmadığını desteklemek için bolca kanıt sunmaktadır. Söz gelişi, belirli bireyler veya gruplar tarafından konmuş keyfî kurallar ile bir ülkenin bütün sakinlerinin hukuk-yapımı sürecine kendiliğinden katılımı arasındaki diğer bir tercihe işaret etmek tarihsel kanıtlarla çok daha tutarlı olurdu.

Eğer alternatifi bunun ışığında görürsek, elbette, bir başkasının dayattıklarını gönülsüzce yapması için bir zorlama olmaksızın kendi tercihlerini yapan her bir kişinin durumu anlamında bireysel özgürlük lehine bir tercih vardır. Hiçbir kimse kralların, devlet görevlilerinin, diktatörlerin... keyfî emirlerinden hoşlanmaz. Fakat keyfiliğin doğru alternatifi yasama değildir; çünkü birçok durumda keyfilik, az sayıda yasa-koyucu dışında kimsenin yapımı sürecine katılmadığı ama insanların katlanmak zorunda oldukları yazılı kuralların yardımıyla da uygulanabilir ve gerçekte uygulanmaktadır da.

Zamanımızda keyfiliğe karşı koymanın aracı olarak yazılı, genel ve kesin kuralların en önemli taraftarlarından biri olan Prof. Hayek'in kendisi hukukun üstünlüğünün bireysel özgürlüğü teminat altına alma "amacına ulaşmak için yeterli olmadığı" gerçeğinin pekalâ farkındadır ve onun "hâlâ Devlet faaliyeti için geniş bir alan bıraktığı için bireysel özgürlüğün yeterli bir şartı olmadığı"nı kabul eder.<sup>71</sup>

Bu, yasamadan mümkün olduğunca bağımsız bir sistem anlamında serbest piyasalar ve serbest ticaretin niçin mallar ve hizmetlerin bireyler tarafından serbestçe seçilmesinin en etkili aracı olduğunun yanında, *aynı zamanda amacı hukuk ve hukukî kurumlarla ilgili olanlar dahil olmak üzere özgür bireysel tercihlere imkân vermek olan herhangi bir başka sistem için bir model olarak görülmesi gerektiğinin de nedenidir.*

71 F. A. Hayek, *op. cit.*, s. 46.

Elbette, ilgili her bireyin kendiliğinden katılımına dayanan sistemler her derde devâ değildir. Başka alanlarda olduğu gibi piyasalarda da azınlıklar mevcuttur ve onların sürece katılımı, en azından üreticileri kendi taleplerini karşılamaya ikna etmeye yetecek sayıda üyeleri olmadığı sürece, her zaman tatminkâr değildir. Eğer küçük bir şehirde nadir bir kitabı veya nadir bir taş plağı satın almak istiyorsam, hiçbir yerel kitap veya taş plak satıcısı talebimi karşılayamadığı için, birkaç girişimden sonra vazgeçmek zorunda kalabilirim. Fakat, sosyalist reformcular ve hayalcilerin kurguladıkları ve "herkese her şey ihtiyacına göre" mottosuna karşılık gelen ütopyik sistemler söz konusu olmadığı sürece, bu hiç de cebrî sistemlerin kaçınabilecekleri bir kusur değildir. Ütopya ülkesi henüz keşfedilmiş değildir. Bunun için, bir sistemi eleştirmek için onu, aynı kusurları belki taşımayan ama var olmayan sistemlerle karşılaştırmak pek işe yaramazdı.

Bu bölümde söylediklerimi özetlemek gerekirse: "Ortak irade" her ne zaman Lawrence Lowell tarzı çoğunlukların, serbestçe reddedebilecek olsalardı asla kabul etmeyecek oldukları sonucu azınlıklara dayatmalarını örtmek için sırf bir göz boyamadan ibaret ise, bireysel özgürlük "ortak irade"yle tutarlı değildir. Buna karşılık, konusunun "Başkalarının sana yapmasını istemediğin şeyi onlara yapma" ilkesiyle bağdaşabilir olduğu her durumda bireysel özgürlük ortak iradeyle tutarlıdır. Bu durumda, mağduru kendileri olsaydı böyle bir davranışı gösterecek olanlar dahil olmak üzere grubun bütün üyelerinin onaylamadığı türden davranışları cezalandırdıkları ve onlar için tazminat önerdikleri sürece, grup kararları bireysel özgürlükle bağdaşabilir.

Ayrıca, bireysel özgürlük, yasamadan bağımsız bir hukuk-yapımı sürecinde ortak bir iradenin oluşumuna grubun bütün üyelerinin kendiliğinden katılımın sonuçlarını yansıtan karar grupları ve grup kararlarıyla tutarlı olabilir. Ancak ortak bir iradenin kendiliğinden oluşumu ideali ile ona –yasamada genellikle olduğu gibi– cebrî bir usulle ulaşılması arasındaki potansiyel çelişki yüzünden, bireysel özgürlükle yasama arasındaki bağdaşma kırılğan bir bağdaşmadır.

Nihayet, bireysel özgürlük, ortak bir iradenin karar gruplarına ve grup kararlarına başvurmaksızın ortaya çıkmasını sağlayan bütün süreçlerle tamamen bağdaşır. Gündelik dil ve gündelik iktisa-

dî işlemler, örf ve âdetler, modalar, kendiliğinden hukuk-yapımı süreçleri ve öncelikle bilimsel araştırma, bireysel özgürlükle ortak bir iradenin kendiliğinden-oluşumu arasındaki bu bağdaşmanın –aslında, bu yakın bağlantının– en yaygın ve en ikna edici örnekleridir.

Ortak iradeyi belirlemenin bu kendiliğinden-gerçekleşen tarzının aksine, yasama böyle bir belirlemeye ulaşmanın daha az etkin bir aracı olarak görünmektedir; bu, dikkatimizi Batı ülkelerinde bugün olduğu gibi geçmişte de ortak iradenin kendiliğinden bir şekilde belirlendiği etkileyici alana verdiğimiz zaman aşikâr hale gelmektedir.

Yasamanın keyfiliğın uygun bir alternatifini oluşturmadığını, aksine onun tanımladığım anlamda kendiliğinden süreçlerle ortak irade oluşturulmasına karşı genellikle müstebitlerin veya küstah çoğunlukların can sıkıcı kararlarının yanında yer aldığı gerçeğini tarih kanıtlamaktadır.

Bireysel özgürlük taraftarlarının görüş açısından, bu sadece memurlar ve yöneticiler hakkında değil fakat yasa-koyucular hakkında da şüpheli olma sorunudur. Bu anlamda, Montesquieu'nun yaptığı "kanunların yapmamıza izin verdiği her şeyi yapma hakkı" şeklindeki ünlü özgürlük tanımını kabul edemeyiz. Benjamin Constant'ın bu bağlamda işaret ettiği gibi: "İnsanlar kanunların yapmalarına izin verdikleri her şeyi yapamadıkları zaman elbette özgürlük yoktur, ama kanunlar özgürlüğü büsbütün kaldıracak kadar çok şeyi yasaklayabilirler."<sup>72</sup>

72 B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle* (Brussels, 1851), I, 178.



## BAZI ZORLUKLARIN ANALİZİ

GRUP KARARLARI İLE KARAR GRUPLARININ BUGÜN SİYASÎ HAYATTA ZORUNLU OLDUĞU DÜŞÜNÜLENDEN ÇOK DAHA AZ ROL OYNAYACAĞI BİR SİSTEME KARŞI İLERİ SÜRÜLEBİLECEK İTİRAZLARIN BİR KISMINI ELE ALALIM.

Şüphesiz günümüzdeki hükümetler ve yasama organları ile genel olarak insanların iyi eğitilmiş olan büyük bir yüzdesi, son yüzyılda kamu otoritelerinin özel faaliyetlere müdahalesinin 19. yüzyılın ilk yarısında düşünüldüğünden çok daha yararlı olduğunu düşünmeye gitgide alışmıştır. Bugün herhangi bir kişi muazzam devlet aygıtlarının ve pederşahî yasama organlarının özel inisiyatif lehine geri çekilmeleri gerektiğini önermeye cesaret edecek olsa, hemen "saati geri döndüremeyiz", *laissez faire* devri tamamen geçmişte kaldı gibi alışıldık eleştiriler duyulur.

İnsanların neyin yapılabileceğine inandıkları ile, azamî ölçüde özgür bireysel tercihin geri gelmesi için neyin yapılmasının mümkün olacağı arasında dikkatli bir ayırım yapmalıyız. Şüphesiz, eğer amaçlarımızı liberal ilkelere uygun olarak gerçekleştirmeye çalışacaksak, başka alanlarda olduğu gibi siyasette de yurttaşlarımızın rızası olmadan hiçbir şey yapılamaz ve bu rıza da insanların neye inandığına bağlıdır. Fakat insanların bir görüşü savunurken doğru mu yanlış mı olduğunu –eğer mümkünse– belirlemenin de önemli olduğu aşikârdır.

Kanaat veya görüş özellikle liberal bir toplumda kesinlikle çok önemli olmakla beraber, kamuoyu liberal bir toplumda bile her şey değildir. Kendi yurttaşlarımdan birinin yıllar önce yazdığı bir şeyi hatırlıyorum: "Bir aptal bir aptaldır, iki aptal iki aptaldır, beş yüz aptal beş yüz aptaldır, ama beş bin aptal büyük bir tarihsel güçtür." Bu alaycı ifadenin doğruluğunu inkâr etmiyorum, ama

tarihsel bir güç kontrol edilebilir ve değiştirilebilir; gerçekler insanların inandıkları şeylerin aksini gösterdikçe de bunun olması daha muhtemeldir. Hippolyte Tain'in bir keresinde söylediği şey –"on milyon bilgisizlik bilgi etmez"– her tür bilgisizlik için doğrudur; buna demokratik usuller, çoğunluk yönetimleri ve her şeye-gücü-yeten yasama organları ve hükümetler gibi bütün eklemleriyle, çağdaş siyasî toplumlara mensup insanların bilgisizliği de dahildir.

Genel olarak insanların pek çok iktisatçının gereksiz hatta tehlikeli olduğunu düşündükleri durumlarda bile devlet müdahalesinin doğru veya gerçekten zorunlu olduğuna inandıkları gerçeği yeni bir toplumun taraftarları için üstesinden gelinemeyecek bir engel değildir. Bu yeni toplum sonunda daha eski ve başarılı kimi toplumlara andırса bile, bunda hiçbir yanlış da yoktur.

Doğru, bireyin kısıtlamadan özgür olmalarının hükümetler ve yasama organları tarafından aşağı yukarı alenen mahkûm edilmesiyle birlikte, sosyalist öğretilerin günümüzde hâlâ iktisatçıların soğukkanlı muhakemesinden daha fazla kitlelerin hoşuna gittiği görülmektedir. Bu şartlar altında, özgürlük davası dünyanın çoğu ülkesinde ümitsiz görünmektedir.

Bununla beraber, bireysel özgürlükle ilgili çağdaş kamuoyu dramasında kitlelerin gerçekten baş oyuncularını olup olmadıkları şüphelidir. Eğer liberal idealin zamanımızdaki destekçileri arasında taraf seçmem gerekseydi, kötümserlerden ziyade Prof. Mises'e katılmayı tercih ederdim:

Yaygın kötümserliğin başlıca hatası çağımızın yıkıcı fikir ve siyasetlerinin proleterlerden kaynaklandıkları ve bunların "kitlelerin (bir) isyanı" olduğu inancıdır. Gerçekte ise, yaratıcı olmadıkları ve kendilerine ait felsefeler geliştirmedikleri için, kitleler liderleri takip ederler. Yüzyılımızın bütün kötülük ve felâketlerini üretmiş olan ideolojiler kitlelerin bir başarısı değildir. Onlar sahte bilginler ve sahte entelektüellerin marifetleridir. Onlar üniversitelerin kürsülerinden üretilmişlerdir; onlar basın ve radyo tarafından, romanlar, oyunlar ve filmlerle yayılmışlardır. Kitleleri sosyalizme ve müdahaleciliğe döndürmekten sorumlu olan entelektüellerdir. Bu dalgayı tersine çevirmek için ihtiyaç duyulan şey entelektüellerin zihniyetini değiştirmektir. Kitleler onları izleyecektir.<sup>73</sup>

73 Ludwig von Mises, *Planning for Freedom* (South Holland, Ill.: Libertarian Press, 1952), son bölüm.



Ben entelektüel denemelerin zihniyetini değiştirmenin –Prof. Mises’in yapıyor görüldüğü gibi– kolay bir iş olduğunu düşünecek kadar ileri gitmiyorum. Mises *The Anti-Capitalistic Mentality* [Antikapitalist Zihniyet] adlı yeni kitabında birçok entelektüelin bireysel özgürlük ve serbest girişimin düşmanları arasında yer almasına neden olan şeyin sadece veya esas olarak yanlış argümanlar veya meselenin bütünü hakkındaki bilgi eksikliği olmayıp, daha ziyade başarılı iş adamlarına duyulan haset veya onlar karşısında aşağılık duyma gibi duygusal tutumlar olduğuna işaret etmiştir. Eğer öyleyse, doğrudan doğruya siyaset sahnesine doluşan "kalın kafalı ve zihinsel olarak uyuşuk insanlar"dan oluşan kitleleri döndürmeye çalışsalar olacağı gibi, aydınları döndürmekte soğukkanlı akıl yürütme ve daha iyi bilgilenme işe yaramayacaktır.

Neyse ki, özellikle gündelik hayat içindeki olağan tecrübeyle ilgili bir mesele söz konusu olduğunda, bütün eğitimsiz insanlar kendi başlarına anlamayacak veya akıl yürütemeyecek kadar "kalın kafalı" değildir. Birçok aşikâr örnekte onların tecrübesi bireysel özgürlük düşmanlarının ortaya attıkları teorileri desteklemez. Başka sofistike argümanların sadece sağduyuya göre karar veren eğitimsiz insanlara entelektüellerden daha az ikna edici gelmesi gibi, başka birçok örnekte de sosyalist yorumun eğitimsiz insanlar için ikna ediciliği azdır. Günümüzde sosyalist propaganda(nın) eğilimi bu gerçeği doğrular görünmektedir. İşçilerin kapitalist işverenler tarafından sözde sömürülmelerine karşı saldırılarını teorik olarak destekleme görevini Marx tam da bu teoriye vermiş olmasına rağmen, Marksist sosyalizmin çağdaş temsilcileri halka artık o tuhaf ve karmaşık "artı-değer" teorisini anlatmıyorlar.

Bu arada, Marksist felsefe günümüzün entelektüellerine hâlâ dünyanın güncel bir yorumu olarak tavsiye edilmektedir. Bugün komünizmin V.I. Lenin gibi temsilcilerinin eserlerinin politik muhtevassından çok daha fazla onun sözde felsefî yanına vurgu yapılmaktadır. Öte yandan, demagogların öğretilerine ve her türden sosyalist propagandaya rağmen, sosyalistler dahil herkes için bireysel özgürlüğün değeriyle ilgili birçok iktisadî öğreti sıradan insanların sağduyusunun doğru olduklarını ister istemsiz kabul edecekleri varsayımların özel alana ilişkin açılımlarından ibarettir.

Bütün bu gerçekler genel olarak insanların ileride bir gün (kelimenin Avrupa’daki anlamında) liberal ilkeleri bugün olduğundan

çok daha fazla meselede ve daha tutarlı bir şekilde benimsemeye ikna edilebilecekleri ümidini güçlendirmektedir.

Farklı bir sorun, bir yandan iktisat biliminin öbür yandan –ondan daha eski olan– siyaset biliminin temsilcileri tarafından liberal ilkelerin her zaman ikna edici bir muhakemeye dayandırılıp dayandırılmadığını belirlemektir. Bu, iktisatta olduğu kadar siyasette de çözümü bireysel özgürlük sisteminden söz etme imkânına dayanan, kayda değer ve önemli bir sorundur.

Bilim ile siyasî veya iktisadî idealler arasındaki ilişkiler problemini bir yana bırakalım. İdeoloji, iktisadî ve siyasî sistemlerin –Weber’in sosyal bilimler teorisine göre– "tarafsız" veya "değerden-bağımsız" olan sonuçlarıyla birçok bakımdan kaçınılmaz olarak bağlantılı olan siyasî veya iktisadî sistemlerle ilgili tercihlerden oluşabilirse de bilim ideolojisiyle karıştırılmamalıdır. Kanaatimce, Weber’in "değerden-bağımsız" etkinlikler ile değer yargılarından oluşan ideolojiler arasında yaptığı ayırım hâlâ geçerli olmakla beraber, burada bu özgül konuyu uzun uzadıya tartışma gereği duymuyoruz.

Bana öyle geliyor ki, çok daha zor olan, söz gelişi matematikteki veya doğa bilimlerindeki gibi başka akıl-yürütmelerle karşılaştırıldığında, iktisadî ve siyasî akıl-yürütmenin ikna ediciliğine ilişkin metodolojik sorundur. Kişisel olarak şuna kaniyim ki, siyasî ve iktisadî meselelerin böyle sıkça anlaşmazlık ve uyuşmazlık konusu olmasının baş nedeni, kesinlikle, akıl-yürütme ve kanıtlanmanın başka bilimsel alanlarda sahip olduğu aynı ikna-edicilikten bu alandaki teorilerin yoksun olmasıdır. Eğer harekete geçiren bir güç için sadece iki artı ikinin dört değil de beş etmesi önemli olsaydı aritmetiğin şimdi olduğundan tamamen farklı olabileceği konusunda Hobbes’le aynı fikirde değilim. Ben herhangi bir gücün aritmetiği kendi çıkarlarına veya arzularına göre dönüştürebildiğinden kuşkuluyum. Aksine, kanaatimce, aritmetiği Hobbes’un varsayımı gibi tuhaf bir bilime dönüştürmeye kalkışmamak her güç için önemlidir. Öte yandan, bir güç şu veya bu sözde-bilimsel tezi desteklemekte kendisi için gerçekten bir yarar görebilirse de, [böyle bir durumda] bilimsel sürecin kendisinin nihaî sonucundan kesinlikle emin olamayız.

Bu bağlamda, bilimsel kanıtlama dediğimiz şeyin günümüzde yeniden ifade edilmesine değerdi. Belki de bu alanda yapılacak

sakin ve kapsamlı bir analiz bir bütün olarak sosyal bilimlerin durumunu büyük ölçüde iyileştirilirdi. Fakat bu arada şeyler neyse odurlar. Biz onları ampirik veya a priorist çıkarımlar olarak görsək bile, hem iktisadî hem de iktisadî teorilerin çeşitli sınırları vardır.

Metodolojik problemler önemlidir, çünkü bunlar iktisatçıların kesin sonuçlara ulaşma ve dolayısıyla başka insanları bu sonuçları gerek özel ve iş hayatlarındaki günlük faaliyetleriyle gerekse toplumun benimseyeceği siyasî ve iktisadî sistemlerle ilgili tercihlerinin hareket noktası olarak kabul ettirebilmeleriyle bağlantılıdır.

Ampirik bir bilim olarak iktisat ne yazık ki henüz kuşku götürmez sonuçlar üretme yeteneğine kavuşmamıştır ve iktisatçıların günümüzde sıkça fizikçilerin rolünü oynamaya çalışmaları, insanları kendi tercihlerini bu bilimin sonuçlarına göre yapmaya ikna etmeye yaramaktan çok muhtemelen bu amaca zarar vermiştir.<sup>74</sup>

İktisatla ilgili olarak Prof. Milton Friedman'ın yakınlarda *Essays in Positive Economics* (Pozitif İktisat Denemeleri) adlı harika eserinde ortaya koyduğu türden metodolojik araştırmalar [bu konuyla] özel olarak ilgilidir. Prof. Friedman "iktisatta tecrübeden gelen *hayatî* önemdeki dramatik ve doğrudan kanıtı reddetmenin hipotezlerin doğru bir şekilde sınanmasını engelle"diğini ve bunun "mevcut kanıtlarla haklı gösterilen sonuçlar üzerinde makul ölçüde dakik ve yaygın bir *mutabakat* [consensus] elde etme yolunda..." ciddî bir "zorluk" oluşturduğunu söylediğinde kendisiyle tamamen hemfikirim.

Prof. Friedman bu bağlamda, bunun "başarısız hipotezlerin bir daha ortaya çıkmamak üzere sonsuza dek terk edilecek" şekilde "ayıklanmalarını yavaşlatmakta ve zorlaştırmakta" olduğuna da işaret etmektedir. İkna edici bir örnek olarak da, enflasyon bağlamında, "nispeten kısa vade içinde paranın miktarındaki ciddî bir artışa fiyatlardaki ciddî bir artışın eşlik edeceği hipoteziyle ilgili kanıtı" zikrediyor. Friedman'a göre:

Kanıt dramatiktir ve onu yorumlamak için gereken muhakeme zinciri nispeten kısadır. Yine de, fiyatlardaki çok sayıdaki ciddî artış örneklerine, bunların para miktarındaki ciddî artışlara esas olarak bire bir tekbül etmesine ve ilgili olabilecek çok sayıdaki diğer şartlara rağmen, her

74 Galiba fizikçilerin iktisatçıların rolünü oynamalarından doğacak zararın da hesaba katılması gerekiyor!

bir yeni enflasyon tecrübesi para miktarındaki artışın ya başka faktörlerin yol açtığı fiyatlardaki bir artışın tesadüfi bir sonucu olduğu ya da fiyat artışının tamamen rastlantısal ve zorunlu olmayan bir yan-sonucu olduğu şeklindeki ciddi itirazlara –ve sadece sıradan insanlar tarafından değil– neden olmaktadır.<sup>75</sup>

Prof. Friedman'ın, ampirik kanıtların genel olarak diğer bilimlerin yanında iktisadın ve sosyal bilimlerin de teorik incelenmesindeki rolünün analizinde, ampirik varsayımların gerçekliği tasvir etme iddialarına değil de, yeterince titiz öngörüler/tahminler yapmadaki başarılarına dayanarak test edilmesi gerektiği iddiasıyla da prensip olarak hemfikirim. Bununla beraber, aralarındaki belli bazı ilgili ve önemli farkların göz ardı edilerek, Prof. Friedman'ın önerdiği gibi, fizik teorisindeki hipotezlerin iktisattaki hipotezlere benzetilmesine itirazım var.

Friedman, ilk türün [fiziksel hipotezlerin] bir örneği olarak, vücudun boşluktaki düşüş hızının sabit ve vücudun şeklinden ve düşmenin tarzından vd. bağımsız olduğu hipotezini almaktadır. Bu da şu bilinen formülle açıklanır:  $S \text{ eşittir } gt^2/2$ . Burada  $S$  düşen bir vücudun belli bir zamanda kat ettiği mesafeyi,  $g$  hızı belirten sabiteyi ve  $t$  saniyeler olarak zamanı göstermektedir. Bu hipotez, havanın yoğunluğu ve vücudun şekli gibi diğer ilgili faktörlerin ihmal edildiği gerçeğinden bağımsız olarak, düşen bir vücudun havadaki hareketini öngörmede gayet işe yarar. Hipotez, bu anlamda, bir vücut havada düşerken gerçekte ne olduğunu titiz biçimde tasvir ettiği için değil fakat onun hareketlerini başarılı bir şekilde öngörmeyi mümkün kıldığı için işe yaramaktadır.<sup>76</sup>

Öte yandan, Prof. Friedman (Prof. Savage'la birlikte) insan davranışıyla ilgili paralel bir örnek olarak, uzman bir bilardo oyuncusunun yaptığı ve hipotezler marifetiyle izleyiciler tarafından öngörülme durumunda olan atışları almaktadır.

Friedman ve Savage'a göre,

Bilardo oyuncusunun atışlarını *sanki* onların optimum güzergâhlarını verecek karmaşık matematik formülü biliyormuş gibi yaptığı, top-  
ların yerini belirleyen açıları gözüyle doğru olarak tahmin edebildiği,  
formülden hareketle hızlı hesaplamalar yapabildiği ve sonra da top-

75 M. Friedman, *Essays in Positive Economics* (University of Chicago Press, 1953), s. 11.

76 *Ibid.*, ss. 16-18.

ları formülün gösterdiği istikamette hareket ettirebildiği hipotezinin *kusursuz öngörülerle* [vurgu eklendi] sonuçlanacağı hiç de saçma görünmemektedir.<sup>77</sup>

Prof. Friedman bu hususta gayet haklı olarak şöyle demektedir:

[B]u hipoteze olan güvenimiz bilardo oyuncularının, uzman olanlarının bile, tanımlanan sürece göre hareket edebildikleri veya ettikleri inancına dayanmamaktadır. O daha ziyade, şu veya bu şekilde aynı sonuca ulaşamadıkları sürece, onların gerçekten uzman bilardo oyuncuları olmayacakları inancından kaynaklanmaktadır.<sup>78</sup>

Kanaatimce, bu karşılaştırmayla ilgili tek sıkıntı şudur: İlk olayda hipotezimiz, diyelim ki, düşmekte olan bir vücudun herhangi bir andaki hızını yaklaşık olarak ön görmemize imkân verebilirken; sonraki olayda herhangi bir tahmin yapabilecek durumda değiliz, bilardo oyuncusunun atışları hakkında onların muhtemelen "iyi atışlar" olacaklarından çok daha az "kusursuz öngörüler" yapabiliriz. Aslında, bilardo oyuncusunun bir bilardo oyunuyla ilgili bütün fizik yasalarını biliyormuş gibi hareket edeceği hipotezi, kendi başına, bu yasalar hakkında bize pek az şey, hatta topların parlak oyuncumuzun gelecekteki herhangi bir atışından sonraki konumu hakkında daha da az şey söyler. Başka bir anlamıyla, bir vücudun havadaki düşüşüyle ilgili hipotezin uygulanmasının izin verdiği türden bir öngörüde bulunamayız.

Karşılaştırmanın yapılma tarzı bana, meselâ topların oyuncumuzun atışından sonra bilardo masasındaki konumunu öngörmek için bir hesaplama yapabileceğimizi ima eder görünmektedir. Bu doğru değildir. Torino Üniversitesi'nde matematik profesörü olan bir arkadaşım Eugenio Frola'yla birlikte problem üzerinde düşündükten sonra oldukça eğlenceli/şaşırtıcı bazı sonuçlara ulaştık.

İlk olarak, herhangi bir bilardo oyuncusu topu bilardo düzleminin iki ucuna denk düşen Kartezyen koordinatlar sisteminin tanımladığı sonsuz sayıda başlangıç konumlarına yerleştirebilir veya onu yerleştirilmiş bulabilir. Konumların her biri bu iki koordinatın alabileceği sonsuz sayıların bir kombinasyonudur ve bundan dolayı toplamı matematik olarak [sonsuzun karesi]'yle

77 *Ibid.*, s. 21.

78 *Loc. cit.*

sembolize edilebilir. Bundan başka, ıstakanın oyuncunun topa vurduğu andaki eğimini ve yönünü de hesaba katmamız gerekiyor. Burada yine bu faktörlerin [sonsuzun karesi] olarak sembolize edilebilecek sonsuz sayıdaki kombinasyonuyla karşılaşırız. Keza, top her biri topun yüzeyinde bir enlem ve bir boylamla tanımlanan sonsuz sayıda noktaya vurabilir. Yine, önceki gibi [sonsuzun karesi] olarak sembolize edilebilecek başka bir sonsuz sayıda kombinasyona sahibiz. Topun nihai konumu hakkında tahminler yapmak için dikkate alınması gereken başka bir faktör de oyuncunun topa vurduğu andaki çarpmanın gücüdür. Burada bir kere daha, uygulanan itiş gücüne karşılık gelen ve [sonsuzun karesi] sembolüyle sembolüyle belirlenen sonsuz sayıda ihtimalin varlığıyla karşı karşıyayız.

Eğer vuruş anında topa ne olacağını öngörmek için dikkate almamız gereken bütün faktörleri bir araya getirirsek, [sonsuz üstü 7] olarak sembolize edilebilen bir sonuç elde ederiz ki bu da hesaba katılması mümkün faktörlerin *yedi-boyutlu bir uzayın noktaları* kadar sayısız oldukları anlamına gelir.

Hikâye burada da bitmiyor. Her bir vuruş için hareketi, yani topun bilyardo masasının sathındaki yuvarlanma şeklini de belirlememiz gerekir ki bu da doğrusal olmayan diferansiyel denklemler sistemini gerektirecektir, ki bunun da çözülmesi kolay değildir. Ayrıca, topun masanın kenarlarına vuruş şeklini, onun yüzünden ne kadar hız kaybedeceğini, vuruşun bir sonucu olarak topun yeni rotasyonunun ne olacağını da hesaba katmalıyız. Nihayet, her defasında topa vurmadan önce oyunun kuralları, masanın fizikî özelliği ve oyuncunun rakiplerinin ortaya çıkan durumu kendileri hesabına istismar edebilme yetenekleri bakımlarından, uzman bir oyuncunun kaç tane başarılı oyun oynaması gerektiğini hesaplamak için, genel çözümü açıklamamız gerekir.

Bütün bunlar, fizikte (düşen vücutlarla ilgili olan gibi) çalışma hipotezlerinin, zorlukları çoğu kişinin dikkatinden kaçan bilyardo oyunu örneğindeki gibi görünüşe göre çok karmaşık olmayan problemlerle ilgili olan hipotezlerden nasıl farklı olduğunu göstermektedir.

İyi bir bilyardo oyuncusunun oynadığı oyunla ilgili bilimsel problemlerin nasıl çözüleceğini biliyormuş gibi davranacağına ilişkin hipotezin, oyuncunun gelecekteki atışları hakkında herhangi bir

gerçek öngörüye/tahmine imkân vermek şöyle dursun, bunun aslında oyuncunun geçmişte olduğu gibi gelecekte de "iyi atışlar" yapacağına güveni ifade eden bir metafordan başka bir şey olmadığını güvenle söyleyebiliriz. Bir fizikçi düşünün ki, havada düşen vücutlarla ilgili hipotezlerini onların herhangi bir andaki hızını tahmin etmek için uygulamak yerine; kendisi herhangi bir hesaplama yapmak için vücudun hareketleriyle ilgili kanunları formüle edemezken, vücudun sanki bu kanunları biliyormuş ve onlara uyuyormuş gibi düşüncesini söylemektedir. Tam da onun gibiyiz.

Prof. Friedman diyor ki,

Bu örneklerden, tek tek firmaların çok çeşitli şartlar altında beklenen getirilerini rasyonel olarak maksimize etmeye çalışıyorlarmış ve bu girişimde başarılı olmak için ihtiyaç duyulan verilerin tam bilgisine sahipmişler gibi davrandıkları –yani, ilgili maliyet ve talep fonksiyonlarını biliyorlarmış, muhtemel işlemlerinin marjinal maliyetini ve marjinal gelirini hesaplamışlarmış ve her bir hareket hattını marjinal maliyet ile marjinal gelirin eşit olduğu noktaya yönlendirmişler gibi davrandıkları– şeklindeki iktisadi hipoteze geçmek için sadece kısa bir adım vardır.<sup>79</sup>

İki örneği de, ilkinde iyi bir bilardo oyuncusunun geçmişte olduğu gibi gelecekte de birçok oyunu kazanacağına, ikincisinde ise iyi iş adamlarının piyasada kalma yeteneğine olan güvenimizi ifade eden sırf birer *metafor* olarak görmemiz şartıyla, önceki örnekten bir sonrakine geçiş için sadece kısa bir adım olduğunda ben de mutabıkım.

Fakat burada eğer söz konusu firmanın gelecekteki herhangi bir andaki faaliyetinin sonuçlarını bilimsel yoldan hesaplayabileceğimiz ima ediliyorsa, o zaman bilardo oyuncusu örneğinden piyasadaki firma örneğine kısa bir adımdan daha fazlası vardır.

Böyle bir hesaplamanın zorlukları bir bilardo oyununun başarılı çözümleriyle ilgili problemlerden çok daha çetindir. İş hayatındaki insan faaliyeti sadece parasal olarak ifade edilen getirilerin azamîleştirilmesiyle ilgili değildir. İnsan davranışıyla ilgili pek çok başka etkenin hesaba katılması gerekir, bunları azamîleştirmenin sayısal bir yorumu lehine göz ardı edemeyiz. Bu, iktisatta azamî getirinin hesaplanması problemini bir bilardo oyunundaki

79 Loc. cit.

başarılı örneklerle ilgili sayısal problemlerden çok daha zor hale getirir. Başka bir ifadeyle, bir bilardo oyununda başarının azamîleştirilmesi sayısal bir problem olabilirse de, iktisatta başarının azamîleştirilmesi parasal getirilerin azamîleştirilmesiyle özdeşleştirilebilir değildir; yani o sayısal bir problem değildir. İktisatta azamîleştirme problemleri hiç de matematiksel problemler değildir ve iktisadî davranıştaki maksimum kavramı matematikte kullanıldığı şekliyle maksimum kavramıyla aynı değildir. Burada karşı karşıya olduğumuz şey, en güzel kızın şehirde olduğundan haberdar olarak, onu bulmak için azamî güzelliğin bütün kızlar için geçerli matematiksel hesaplamasına girişen bir adamınkinden benzer bir semantik karışıklıktır.

Bir bilardo oyuncusunun problemlerini iktisadî problemlerle karşılaştırmaya devam edersek, bizatihi bilardo masasının hareket edeceği, kenarların düzensiz bir şekilde genişleyip daralacağı, topların oyuncuların vuruşlarını beklemeden kendilerince gidip geleceği ve hepsinden önce, yasama organlarının ve hükümetlerin bir ülkedeki iktisadî "oyun"un kurallarını sık sık değiştirmeleri gibi, birinin eninde sonunda bütün bu süreçleri yöneten kanunları değiştireceği (iktisadî alana hâkim olana benzer) bir durumu hesaba katmamız gerekir.

Siyasî ve iktisadî bir toplumun üyeleri gibi belirli bireylerin hayatları için de hayatî önemi olan sorunları çözmek için ihtiyaç duyulan bütün sonuçları –yalnızca onun totolojilerinden [hareketle]– bulmasını bekleyebilseydik bile, aprioristik bir bilim olarak iktisat başarısızlığa daha az mahkûm olmazdı. Bu hususta, "yalnız başına formel mantığın esasları belli bir dilin tam ve tutarlı olup olmadığını gösterebilirken... yalnız başına olgusal kanıtlar analitik dosyalama sisteminin kategorilerinin ampirik karşılığının olup olmadığını –yani, onların somut problemlerin belli bir grubunu analiz etmede yararlı olup olmadığını– gösterebilir" dediğinde, Prof. Friedman'la tamamen aynı fikirdeyim. Yararlılıkları, "herhangi bir problemde talebi ve arzı etkileyen güçlerin sayılmasının az sayıda ortak maddeyi içeren iki listeye sonuçlanacağına ilişkin ampirik genellemelere bağlı olan" arz ve talep kategorilerinin kullanımını bir örnek olarak zikrettiği zaman da O'nunla hemfikirim. Fakat ampirik varsayımlar alanına girdiğimizde iktisada ampirik yaklaşımla ilgili olarak hemen görülen bütün sınır(lılık)lar ortaya



çıkacak ve sonuç iktisatta şimdiki kadarki ne ampirik ne de aprioristik hiçbir yaklaşımın tam olarak tatminkâr olmadığı olacaktır.

Bu, genel olarak insanlar gibi eğitilmiş insanların da bireysel özgürlük sistemini tercih etmelerinin, ikna ediciliği matematikteki veya fizikteki mukabil argümanlarınkine benzeyen iktisadî argümanlarla kesinlikle sağlanamayacağı anlamına gelir. Aynı düşünceler, onu iktisatla aynı düzeyde bir bilim olarak görsük de görmesek de, siyaset bilimi için de geçerlidir.

Bütün ülkelerdeki yüzeysel düşünürler ve demagogların, içinde zehirli olanları dahil her türlü mantarı yetiştirmek için kendi tarzlarında dikkatle yeşertmekte oldukları ve kendi yurttaşlarına sanki bilimsel araştırma ürünümüştür gibi servis ettikleri geniş bir kuşkulu alan hâlâ vardır.

Bilimsel sonuçları insanlara sadece öğretmenin değil, aynı zamanda onları öğretilerimizin doğru olduğuna ikna etmek için uygun argümanları bulmanın da zor olduğunu dürüstçe kabul etmeliyiz. Liberal bir sistem, niteliği gereği, başkalarının benzerini yapmasına müdahale etmemeleri şartıyla insanların en iyisi olduğunu düşündükleri şeyi yapmalarına izin verme esasına dayandığı için, onu tesis etmek ve yürütmek için sadece birkaç genel varsayımın kabul edilmesine ihtiyaç olduğu gerçeğinde [liberaller için] bir teselli vardır.

Öte yandan, ilgili bireylerin özgür iş birliği, zorunlu olarak, bireylerin iktisatçıların veya siyaset bilimcilerin yönetimi altında olsalardı yapacak olduklarından daha kötü tercihler yapacakları anlamına gelmez. Bir keresinde bana çağdaşımız olan meşhur bir iktisatçının, ısrarlı ricası üzerine halasına borsa hakkında verdiği gizli tavsiyenin onun hayatını neredeyse mahvettiği söylenmişti. Herkes kendi kişisel durumunu bilir ve durumuyla ilgili pek çok sorun hakkında kararlar vermek için başka herkesten muhtemelen daha iyi konumdadır. Herkes kararlarına başkaları tarafından müdahale edilmediği bir sistemden, kendisinin de başkalarının kararlarına müdahale edemediği gerçeğinin ona kaybettirdiğinden daha fazla kazanır.

Bundan başka, siyasî alanda olduğu gibi iktisatta da serbest tercih sistemi her bir bireye bir yandan çok karmaşık, zor ve önemsiz gördüğü sorunlarla ilgili bütün kaygılardan kaçınma, öbür yan-

dan çözmesi kendisi için hem zor hem de önemli olacak olan problemleri çözmek için başka insanların iş birliğini isteme konusunda değerli bir imkân sunar. söz gelişi avukatlarına, doktorlarına veya psikiyatrlarına gittikleri zaman, insanların bu hususta başka benzer durumda yaptıkları gibi davranmayacaklarını düşünmek için hiçbir neden yoktur. Bu elbette her tür problemi çözebilen uzmanların var olduğu anlamına gelmez. İktisadî akıl-yürütme hakkında söylediğimizi bu bağlamda kendimize hatırlatmak hiç de gerekli değildir. Fakat bir problemin objektif çözüm imkânı hiç yoksa, bundan çıkarılacak sonuç bireylerin resmî makamların güdümü altında hareket etmeleri değil, aksine resmî makamların söz konusu problemlerin objektif çözümlerine dayanması mümkün olmayan talimatlar vermekten kaçınmaları gerektirir.

İktisatta veya siyasette sıkça duyduğumuz "saati geri çeviremeyiz" sloganı, sosyalist fikirlerin yaygın olduğuna ilişkin böbürlenme yanında, sosyalist saatin sadece doğru zamanı değil, fakat aynı zamanda herhangi bir kanıtlamaya ihtiyacı olmaksızın doğru olduğu düşünülen bir zamanı da gösterdiğini ima eder görünmektedir. Bu imadan çok mutlu olamayız.

Günümüzde serbest iktisadî sistemin hasımları, hükümetlerin ve yasama organlarının liberal bir sistemi tavsiye etmiş olan klasik iktisatçılar tarafından önceden belirlenmiş olan gündemine tek bir yeni, sağlam madde eklememişlerdir. Günümüzde cebrî usullerin bütün savunucularının gözde alanı olan iktisat söz konusu olduğunda, çeşitli sanayilerin devletleştirilmesi, genellikle, özel işletmelerin resmî makamlarca çıkarılan yasalar ve emirlere göre düzenlenen kaçınılmaz –veya en azından doğru– bir ikamesi olarak görülmektedir. Bu devletleştirmeleri desteklemek üzere birçok neden ileri sürülmektedir. Onların bazıları yeni olmamakla beraber belki kabul edilebilir gerekçelerdir, oysa yeni olanları savunucularının sundukları argümanlara dayanarak hiç de kabul edilebilir değildir.

İngiltere’de İşçi Partisi tarafından 1950 yılında yayımlanan "İngiliz demokratik sosyalizmi"nin siyaset ve ilkeleri beyanname-sinden öğrendiğimize göre, sanayinin devletleştirilmesi ve kamu mülkiyetine geçirilmesi fikrini destekleyen üç ana ilke vardır:

1. Varlıklarından "kaçınılamadığı" durumunda, –bu sosyalistlere göre, özel olsalardı halkı sömürmeleri kaçınılmaz olan– tekel-lerin halkı "sömürme"mesini temin etmek.

2. Toplumun iktisadî hayatının ve refahının dayandığı temel sanayiler ve hizmetleri "kontrol" etmek, çünkü bunların kontrolü topluma karşı "sorumlu tutulamayan" özel mâliklerin ellerine "güvenle" bırakılamaz.
3. Halen "etkin" olmayan ve özel mâliklerin iyileştirme irade veya yeteneğine sahip olmadıkları sanayiler için gerekeni yapmak.

Dikkatli bir analize tâbi tutulurlarsa, gerçekte bu ilkelerin hiçbiri inandırıcı değildir. Zorunlu oldukları yerde, resmî makamlar tekelleri kolayca kontrol edebilirler, bunun için kendilerini onların yerine geçmelerine ihtiyaç yoktur. Kaldı ki, kamu tekellerinin, yani kamu makamları tarafından veya onlara vekâleten başka kişiler tarafından işletilen tekellerin, halkı sömürmeyeceklerinin veya özel tekellerden daha az sömüreceklerinin hiçbir geçerli kanıtı yoktur. Aslında, birçok ülkeyle ilgili tarihsel kanıtlar kamu makamları tarafından yönetilen tekellerin halkı özel şirketlerden çok daha kalıcı biçimde ve çok daha kaba bir şekilde sömürebildiklerini göstermektedir. Kamu makamlarını başka kamu makamlarıyla veya özel kişiler aracılığıyla kontrol etmenin özel tekelleri kamu makamlarıyla veya başka özel kişi veya gruplar aracılığıyla kontrol etmekten çok daha zor olduğu görülmüştür.

İkinci ilke, temel sanayilerin "kontrolü" nün özel maliklerin ellerine bırakılamayacağı önerisi, hem temel sanayilerin kontrolünü ellerinde bulunduran özel mâliklerin topluma karşı sorumlu tutulamayacakları, hem de kamusal mâliklerin her bakımdan topluma karşı sorumlu tutulabilecekleri fikrini ima etmektedir. Devletleştirme savunucuları için şanssızlık şu ki, bu ilkedен türeyen ne birinci ne de ikinci ima herhangi bir geçerli argümanla kanıtlanabilir. Özel mâlikler şu basit nedenle topluma karşı sorumlu tutulabilirler: Onlar hem ürünlerinin satmak için hem de satmayı amaçladıkları şeylerin üretimi için [ihtiyaç duydukları] ham maddeler, tesisler, hizmetler, sermaye, teçhizatını vd. satın almak için zorunlu olarak topluma bağımlıdırlar. Onlar eğer toplumun ihtiyaçlarını karşılamayı reddederlerse müşterilerini kaybederler ve piyasada tutunamazlar. Öyleyse onlar temel sanayilerin daha "hesap-verici", başka denetimlerine boyun eğmek zorundadırlar. Öte yandan, kamu makamları hiç de aynı şekilde topluma bağımlı değildirler; çünkü prensip olarak, onlar gerektiğinde başka satı-

cılar ve başka alıcıların yararına olacak şekilde kanunlar ve kararlar aracılığıyla mal ve hizmetlerin fiyatlarını cebri bir şekilde dayatabilirler. Bundan başka, onlar sanayilerinin uğradığı kayıpları yurttaşlara –yani, kendisine karşı sözde "sorumlu" oldukları topluma– ek vergiler koyarak her zaman telâfi edebilecekleri için, başarısızlığa mahkûm da değildirler. Şüphesiz, temel sanayilerde kamusal mülkiyeti savunanlar kamu otoritelerinin seçilmeleri gerektiğini, bundan dolayı toplumu "temsil ettiklerini" vs. iddia edeceklerdir. Fakat biz bu hikâyeyi zaten biliyoruz ve onun ne anlama geldiğini gördük: [seçimler] tamamen boş bir seremonidir ve bir avuç yöneticinin seçmenler tarafından genellikle sembolik bir kontrolü[nü ifade eder].

Üçüncü ilke de kuşkulu olmak bakımından hiç de öncekilerden geri kalmaz. Sanayilerin muhtemel etkinsizliklerinin ya onların özel mülkiyette olmalarından ileri geldiğini ya da etkinliğin özel mülkiyetin yerini kamu mülkiyetine bırakmasıyla kamu makamları tarafından telâfi edileceğini gösterecek hiçbir geçerli kanıt yoktur.

Bütün bu ilkelerin altında yatan varsayım, iktisadî faaliyetlerin yürütülmesinde kamu makamlarının özel kişilerden sadece daha dürüst değil, fakat aynı zamanda daha akıllı, daha becerikli ve daha etkin olduklarıdır. Bu varsayım kesinlikle kanıtlanmış değildir ve buna karşı çok tarihsel kanıt vardır. Sanayilerin devletleştirilmesini, özel işletmelerin sözüm ona karşılamayacakları (bireysel tüketicinin bedelini ödeyebildiği) "istekleri" değil de (bireyin bedelini ödeyemeyeceği veya ödemeyeceği) "ihtiyaçları" karşılamak amacıyla haklı göstermek amacıyla çeşitli kişiler tarafından yapılan "istekler" ile "ihtiyaçlar" arasındaki ayrımlar da benzer bir kanıtlanmamış fikre dayanmaktadır: özel yurttaşların karşılamayacakları veya hatta tercih şansına sahip olsalardı karşılamak istemeyecekleri bireysel "ihtiyaçları" tespit etmek ve karşılamak için kamu makamları daha iyi donanımlıdır.

Şüphesiz, (deniz fenerleri örneğinde olduğu gibi) müşterileri bireysel olarak değerlendirmekteki zorluklar veya (işlek yollar, köprüler vb. durumundaki gibi) ücretlerin toplanmasından kaynaklanan komplikasyonlar yüzünden bütün maliyetin müşterilere yükletilmek suretiyle karşılanamayacağı sanayiler ve hizmetler örneğinde olduğu gibi, devletleştirme lehindeki bazı eski argümanlar halâ geçerlidir. Bu örneklerde, muhtemelen, özel sanayi

mal veya hizmet sunmayı kârlı bulmayacak ve mecburen başka bir sistem devreye girecektir. Fakat bu örneklerin iktisadî faaliyetlerde serbest tercih ilkesinin terk edilmesini veya hatta kuşkulu addedilmesini gerektirmediğinin farkında olmak ilginçtir. Bu hizmetleri serbestçe seçen insanların eğer mümkün olsaydı onların bedelini ödemeye istekli olacakları, dolayısıyla bunun onlara sağlayacağı varsayılan yararına ve onlara maliyetine atıfla vergilendirilebilecekleri kabul edilir. Vergilendirme hiçbir zaman piyasa sistemindeki bir ücret ödemesiyle tam olarak aynı olamaz, ama bu örnekte ona oldukça yakın olacağı düşünülebilir. [Oysa] kamu makamlarının bireylerin yapmaları gerekeni onlardan daha iyi bildiklerine ilişkin sosyalist varsayıma dayanarak gerçekleştirilen başka ücretlendirmeler için aynısı söylenemez.

Belki de modern teknoloji ve modern hayat tarzları, olağan fiyat sistemleriyle ücreti halk tarafından kolayca veya hiç ödenemeyecek olan daha fazla hizmet örnekleri ortaya çıkarmıştır. Fakat şu da doğrudur ki, çoğu örnekte bu sistem halâ işleyebilir durumdadır ve özel işletmeler yeni şartlar altında da etkinliği bir şekilde koruyabilirler. Sanayileşmiş ülkelerdeki olağan yol ve köprülerdeki trafiğin muazzam artışı özel olarak işletilen ücretli yolları korumayı zorlaştırmış, hatta imkânsız hale getirmiştir ama günümüzün motorlu taşıt yolları ücretleri toplamak için benzer şartları geri getirmektedir. Bu bağlamda zikredilmesi gereken başka bir örnek televizyon yayıncılığıdır. Bu işletmelerin kamu mülkiyetinde olmasını savunanlar sık sık, söz gelişi, ücretleri toplamanın imkânsızlığı yüzünden özel mülkiyetin [bu alanda] uygun olmayacağını ileri sürerler; oysa Birleşik Devletlerde bu sektörde özel işletmeler bu problemi hizmetlerini ürünlerinin reklamını yapmak isteyen ve bu amaçla yayının bütün masraflarını karşılamaya yetecek miktarda parayı ödemeye hazır olan firmalara satmak suretiyle zaten çözmüştür. Burada bile, bazı işletmeler resmî makamlar onlara izin verseydi televizyon için ücret yüklemenin bir yolunu bulabilirlerdi!

Öte yandan, yeni teknolojik şartlar bireysel özgürlüğü –meselâ, arazide mülkiyet hakkı bakımından– sınırlayabilirse de, tercihlerin kamu otoritelerine değil de bireye bırakılmasına ilişkin genel ilke bu bakımdan modern şartlar altında da oldukça tatminkâr bir şekilde korunmuş olabilir. Meselâ petrol ve maden kaynaklarının toprakta özel mülkiyete saygı göstermek ilkesine –özel mülkiyete-

tin madencilik gibi faaliyetlerle sözde bağdaşmazlığı yüzünden dünyanın başka ülkelerinde kararlı bir şekilde göz ardı edilmiş olan bir ilkeye– uygun olarak kullanılmasına ilişkin Amerikan sisteminin etkinliği bunu göstermektedir. Başka tür bir mülâhazadan başka zorluklar da kaynaklanabilir. Biz cebri, bazı insanların, başkalarının belirli amaçlara ulaşmasını engelleme ve genellikle onlara aksi halde yapmayacak oldukları tercihler yaptırma amaçlı doğrudan bir eylemi olarak tanımlamıştık.

Doğrudan eylem fizikî eylem olarak anlaşılabilir, cebrin fizikî eylemle özdeşleşebilir olduğu bütün durumlarda da cebrin ne olduğunu basit bir tanımlama yöntemimiz vardır. Fakat çoğu durumda cebir gerçekte vuku bulmayan bir tür fizikî eylem tehdidi yoluyla kullanılır. Cebir fizikî bir olaydan daha fazla bir korkutma duygusudur ve cebrin tanımı ilk bakışta hayal edeceğimizden daha zordur. Tehditler ve tehditlere ilişkin duygular bağlantıları her şart altında kolayca izlenemeyen ve ilgili bireyden başka insanlar tarafından kolayca tanımlanamayan bir zincir oluştururlar. Bütün bu gibi durumlarda bir eylemin veya davranış biçiminin başkalarının eyleminin veya davranışının zorlaması olduğu, onun hakkında ampirik olarak tahkik edilebilir bir ifadenin temelini oluşturmaya yetecek kadar açık veya objektif [bir husus] değildir. Bu, özgürlük –cebre atıf yapmadan doğru olarak tanımlanması mümkün olmaya–n negatif bir özelliğe sahip olduğu sürece, bireysel özgürlük sisteminin bütün taraftarları için bir mahcubiyettir. Belirli bir durumda hangi davranış veya eylemin "özgür" olduğunu ifade etmemiz gerekirse, aynı zamanda hangi mukabil davranış veya eylemin cebrî olacağını –yani, bu durumda hangi davranışın insanları özgürlüklerinden yoksun bırakacağını– da belirtmemiz gerekir. Kaçınılması daima en azından asgarî düzeyde bir cebir içermesinin nedeni budur. Gereken mukabil cebrin niteliği hakkında kesinliğin olmadığı her zaman, bir eylem için "özgürlük"ün hangi şartlar altında garanti edebileceğinin belirlenmesi ve bu özgürlüğün içeriğinin tanımlanması gerçekten çok zordur.

Özgürlüğün ampirik olarak veya apriori yöntemlerle ortaya konabilir bir şey olmaması ölçüsünde, kısıtlamanın/zorlamanın yokluğu anlamında "özgürlük"e dayanan siyasî ve iktisadî bir sistem iktisatta ampirik yaklaşımla bağlantılı olarak yaptığımıza benzer bir eleştiriye tâbi olacaktır.

Bu, özgürlüğe dayanan bir siyasî sistemin de daima en azından asgarî düzeyde bir cebir içermesinin de nedenidir; çünkü hem kısıtlamanın önlenmesi hem de hangi grubun özgür olarak kabul edileceği ve –bunun objektif olarak belirlenebilir olmadığı durumlarda– neyin cebir sayılıp yasaklanacağı bir grup kararıyla (örneğin, çoğunluk kuralıyla) belirlenecektir.

Başka bir ifadeyle, bir siyasî veya iktisadî özgürlük sistemi öncelikle iktisada ve siyasete ampirik yaklaşıma dayanır, ama tamamen de ona dayandırılmaz. Bunun için, bu "özgür" sistemde daima cebir mağdurları vardır. İnsanları size göre "özgür" şekilde davranmaya ve onları size göre "cebrî" olan şekilde davranmaktan alıkoymaya ikna etmeye çalışabilirsiniz. Fakat size göre özgür olanın gerçekten özgür olduğunu veya size göre cebrî olanın kelimenin objektif anlamında gerçekten cebrî olduğunu her zaman kanıtlayamazsınız.

Ne demek istediğime bir örnek olarak dinî hoşgörüsüzlüğü zikredebilirim. Kendilerine asla cebir uygulamadığınızı düşündüğünüz bir şekilde davransanız bile, onlara kendi dinî duygularıyla bağdaşmadığını düşündükleri şekilde davranmanıza içerleyen veya kızan bazı insanlar vardır. Bununla beraber, onlar sizin davranışınızdan incinmiş/rencide olmuş hissederler, çünkü onların gözünde siz onların Tanrısına karşı bir şey yaptığınız veya Onun adına yapmanız gereken bir şeyi yapmadığınız için belki de Tanrı'nın gazabını ilgili herkesin üzerine çekiyorsunuzdur. Aslında, onların dinine göre, onların Tanrısı sizin de Tanrınızdır ve muhtemeldir ki onlar sizin davranışınızın sadece onlara karşı değil, aynı şekilde onlarla ortak olan Tanrınıza karşı da hakaretimiz olduğunu düşüneceklerdir.

Elbette bütün dinlerin hoşgörüsüz olduğunu söylemiyorum. Bildiğim kadarıyla, Hinduizm, Budizm, eski Yunan ve Roma dinleri hoşgörüsüz değildi; çünkü bu dinlerin taraftarları onların kendi tanrıları olması gibi sizin de kendi tanrılarınız olabileceğini kabul etme eğiliminde olurlardı. Diğer dinler için her zaman böyle değildir. İngiltere'de insanların Pazar günleri eğlenmelerini yasaklayan, Kraliçe I. Elizabeth zamanında kabul edilmiş olan bir kanun vardı. Buna aykırı davrananlar cezalandırılabilir ve [bu] "skandal"ın mağdurları tazminat talep edebilirdi. Bu kanun artık uygulanmamaktadır ama yıllar önce bir İngiliz kızın buna

dayanarak Pazar günleri düzenli olarak sinema filmi gösteren bir İngiliz film şirketine karşı tazminat davası açtığını gazetelerde okumuştum. Gazeteye göre, kız gayet fakirdi ama skandalın fâili olarak Londra'nın merkezindeki çok büyük bir film şirketini seçmeye dikkat etmişti. Oldukça büyük olan tazminat talebi, "mağdur"un uğradığı "zarar"la karşılaştırıldığında muhtemelen pek değilse de, firmanın büyüklüğüyle tamamen mütenasıpti. İlgili İngiliz mahkemesinin bu olayda ne karar verdiğini hatırlamıyorum ama sanırım davanın dayandığı kanun, dinî hoşgörüsüzlükle ve sonuçta, herhangi bir kişiye cebir uygulandığını başka hiç kimsenin düşünmediği bir davranış yüzünden dindarların maruz kaldıklarını hissettikleri "zorlama"yla ne kast ettiğimin iyi bir örneği olarak zikredilebilir.

Bu Elizabeth kanununu birkaç hafta önce küçük bir İtalyan köyünün ana caddesi üstündeki bir kahve dükkanının dışında otururken hatırladım. Tam o sırada yol boyunca bir tören alayı geçiyordu ve ben tören alayı geçerken herkesin ayağa kalktığına dikkat etmedim. Geçitteki bir rahibe bana baktı, diğer insanların yaptığına aldırmaksızın hâlâ oturmakta olduğumu görünce bana yaklaşıp geçit töreni esnasında ayağa kalkılması *gerektiğine* işaret etti. Bu rahibenin alışıldık küstah biri olduğunu sanmıyorum. O muhtemelen gayet halim-selim ve yardımsever bir insandı. Ama o, tören alayı, onun tören alayı, onun Tanrısının tören alayı geçerken herhangi bir kişinin kahve dükkanının dışında oturmaya devam etmesini kabul edemezdi. Bu olayda benim oturmuş olmam onun için incitici bir davranıştı ve ben eminim ki o bir şekilde duygusal olarak rahatsız oldu, tıpkı birinin benimle saygısızca konuşmasından rahatsız hissedebileceğim gibi.

Neyse ki, benim ülkemin hukuku bir tören alayı geçerken insanların yolun kenarında oturmasını şimdiye kadar yasaklamadı. Ama rahibenin böyle bir davranışı yasaklayan bir yasayı hemen onaylayacağından ve benim hakaretimiz veya aşağılayıcı şeyleri yasaklayan bir kanunu onaylamamla aynı şekilde onaylayacağından eminim.

Sanıyorum bunda [alınacak] bir ders vardır. Ben benimkini bitirdim.



## SONUÇ

GALİBA BU SONUCU YAZARKEN İZLENECEK EN İYİ YOL, OKUYUCULARI-  
mın eğer yapabilselerdi muhtemelen bana soracak oldukları so-  
ruların bazılarını cevaplamaya çalışmaktır. Aslında, bu kitabın  
içindekileri dersler şeklinde verdiğim zaman bu gibi sorular bana  
sorulmuştu.

1. (8. Bölümde) kamuoyunun "her şey olmadığı"nı söylerken ne demek istiyorum?
2. "Leoni modeli"ni günümüz toplumuna uygulama imkânı var mıdır?
3. Diyelim ki böyle bir imkân vardır, burada atıfta bulunulan "altın kural" yasamanın alanını common-law'unkinden ayırt etmemizi nasıl mümkün kılabilir? Bu modele göre, sırasıyla yaşamaya ve common law'a tahsis edilmesi gereken alanların genel sınırları nedir?
4. Hâkimleri veya hukukçuları yahut bu türden diğer onursal görevlileri (honoratiores) kim atayacaktır?
5. Günümüz toplumunun genel eğiliminin bireysel özgürlükten yana olmaktan daha fazla ona karşı olduğunu kabul edersek, söz konusu görevliler bu eğilimden nasıl kaçabileceklerdir?

Şüphesiz, başka birçok soruyu dikkate alabilirdik, ama yukarıda değinilenler bütün meselenin muhtemel bir tartışmasından doğan belirgin noktalar olarak görünmektedir.

1. *Kamuoyunun "her şey olmadığı"nı (8. Bölümde) söylerken ne demek istiyorum?*

Bu soruyla ilgili olarak, sadece kamuoyunun yanılabilirliğini değil, onun makul argümana başvurarak düzeltilebileceğini de iddia ediyorum. Doğru, bu çok uzun süren bir süreçtir. İnsanların sosyalist fikirlerle tanışmaları bir asırdan fazla zaman aldı, onların bu fikirleri reddetmeleri de kesinlikle epey bir zaman alacaktır; ama bu, teşebbüsten vazgeçmek için bir neden değildir.

Bireysel özgürlük karşıtı yönelim Batılı standartlar açısından nispeten az gelişmiş olan ülkelerde halâ baskın durumda iken, Batılı ülkelerde insanların bazı dersler aldıklarını çeşitli semptomlardan anlamak zaten mümkündür. Çünkü, bu ülkelerde yaşamının sözde avantajlarının sosyalist liderler tarafından "daha iyi bir dünya"nın gelmesinin zorunlu bir şartı olduğu açıkça telkin edilmiş olan mevzu hukukun genişlemesi yoluyla bireysel özgürlüğün sınırlanmasını pek dengelemediği ortaya çıkmıştır. Bugün, sanayinin devletleştirilmesi söz konusu olduğunda, sosyalizmin İngiltere, Almanya ve ihtimal ki Fransa'da gerilemekte olduğunu zaten gözleyebiliyoruz. Açık ki, bu gerilemenin bir sonucu olarak iktisadî alanda bireysel inisiyatif devletin yeni müdahale tehdidinden tedricen kurtulmaktadır. İngiltere'de eski İşçi Partili R. Kelf-Cohen'inki gibi yeni kitaplar bu hususta oldukça aydınlatıcıdır.

"Sosyal problem"in sosyalist çözümünün özelliği halkın refahının artırılması ve yoksulluk, bilgisizlik ve sefaletin mümkün olduğunca ortadan kaldırılması değildir; çünkü bu amaç bireysel özgürlükle pekalâ bağdaşabildiği gibi, aynı zamanda onu tamamlayabilir. Sosyalist çözümün gerçek özü, taraftarlarının bu amaca ulaşmak için önerdikleri kendine özgü yoldur; bu, devlet adına hareket eden görevlilere başvurmak suretiyle iktisatta ve onunla ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olan başka birçok alanda özel inisiyatif –eğer toptan kaldırmak değilse– sınırlamak yoludur.

Sosyalizm eğer, birçok kişinin halâ inandığı gibi, esas olarak açıkladığı amaçlarından ibaretse, yakın gelecekte insanları ondan vazgeçmeye ikna etmek muhtemelen zor olurdu. Öte yandan, sosyalizmin hatasının açıkladığı amaçlar değil de başarıları için zorunlu olduğunu iddia ettikleri araçlar olduğuna insanları ikna etmek pekalâ mümkündür. Araçlar söz konusu olduğunda sosyalist görüşün naifliği gerçekten şaşırtıcıdır. Yukarıda değinilen yazarın işaret ettiği gibi,

"Kamusal kurul" veya "kamu kurumu/teşebbüsü" kelimeleri büyüldü. Onların kadroları ulusal çıkara adanmış, üstün yeteneklere sahip diğerkâm kişilerden oluşuyordu. Bu gibi insanların çok sayıda var olduğunu düşünüyorduk; doğal olarak, onların içinde yaşadığımız dejenere kapitalist dönemde öne çıkma şansları yoktu. Ayrıca sanayi işçilerinin Devletleştirme Yasası'yla dönüşeceklerini ve kendilerini ulusal çıkara adayacaklarını da var sayıyorduk. Böylece, diğerkâm yönetimle diğerkâm işçilerin birleşimi sosyalizmin –kapitalizmden büsbütün farklı olan– görkemli yeni dünyasını gerçekleştirecekti.<sup>80</sup>

**Benzer bir inanılmaz naiflik, yeni sosyalist devletin –Kelf-Cohen'in deyişiyle– "bağımsız ve çıkar-gütmeyen uzmanları"na büyük güven besleyen Sidney ve Beatrice Webb gibi Büyük Britanya İşçi hareketinin ünlü liderleri için de tipikti. Aynı yazarın söylediği gibi, onların**

usulünce toplanmış ve yayımlanmış olan olgular tarafından yönlendirilen insanın makullüğüne büyük inançları vardı... Onların inancına göre, kapitalistler tarafından temsil edilen kişi unsuru ortadan kalkar kalkmaz bütün çalışanların karakteri öylesine değişecekti ki bu sanayiler gerçekten yeni bir hayat tarzını temsil eder hale gelecekti... Webb'ler yönetimin işlevini ve bu işlevin hayatı bir parçasını oluşturan kararlar vermenin sorumluluğunu pek anlamadıklarından, komiteler ile çıkar-gütmeyen kişilerin birlikteliğinin iş yapmak için sorumlu yönetimin zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağını kavrayamadılar. Zihinlerinin arkasında yönetim sorumluluğunu kapitalizmin açgözlülüğüyle özdeşleştirme eğilimi vardı.<sup>81</sup>

Son olarak, Kelf-Cohen aynı naifliğin 1945-1950 döneminde İşçi [Partisi] Hükümetinin üyeleri tarafından da gösterildiğini kesin bir şekilde kanıtlamaktadır. Aslında, İşçi Partililer bu tutumlarında yalnız değildiler; bu, ticarî olarak işletilen kamu iktisadî teşebbüslerinin bütün taraftarlarının ortak tutumudur. Kamu iktisadî teşebbüslerinin sayısız başarısızlıkları insanlar tarafından yavaşça ama elbette anlaşılmaktadır. Kamuoyu buna göre değişmek zorunda kalacaktır.

2. *"Leoni modeli"ni günümüz toplumuna uygulamanın imkânı var mıdır?*

80 R. Kelf-Cohen, *Nationalization in Britain: The End of a Dogma* (London: Macmillan, 1958), Preface, s. v.

81 *Ibid.*, s. 12.

Yukarıda söylediğim şey bana Claremont'daki değerli dostlarım ve dinleyicilerimin bazılarının "Leoni modeli" dedikleri şeyin günümüz toplumunda mümkün olup olmadığıyla ilgili olan ikinci soruyu cevaplama fırsatı veriyor. Hukuk sistemlerinin çekim merkezinin yasamadan diğer hukuk-yapımı süreçlerine geçmesi kısa sürede başarılabilir. Bununla beraber, o bireysel özgürlük bakımından yasamanın kapsamı ve ağırlığıyla ilgili olarak kamuoyunda [meydana gelecek] bir değişimin sonucu olabilir. Tarih bize benzer bir sürecin başka örneklerini göstermektedir. Yasamaya dayanan klasik Yunan hukuku yerini esas olarak hukukçu danışmanlara, örf ve adetlere ve içtihadî hukuka dayanan Roma hukukuna bırakmıştır. Yunan kökenli bir Roma imparatoru olan Jüstinyen daha sonra klasik Roma hukukçularının görüşlerinin muazzam bir derlemesini yazılı bir yasaymış gibi yürürlüğe sokmak suretiyle vaz edilmiş hukuka ilişkin Yunan düşüncesini canlandırmaya çalıştığı zaman, onun girişimi modern zamanlara kadar yüzyıllarca sürmüş olan bir "hukukçular hukuku"nun temeli haline gelmek suretiyle, sonunda benzer bir akıbete maruz kaldı.

Doğrudur, tarih hiçbir zaman kendisini aynı şekilde tekrarlamaz, ama onun başka şekillerde kendisini tekrarlamayacağını da söyleyemem. Halihazırda öyle ülkeler vardır ki, oralarda hükümet tarafından resmen atanmış yargıçlarca yerine getirilen ve vazedilmiş hukuka dayanan yargısal işlev, pahalı olması bir yana, insanların uyuşmazlıklarının çözülmesi için özel hakemlere başvurmayı tercih etmelerine yol açacak kadar yavaş ve hantaldır. Bundan başka, vazedilmiş yasanın çok karmaşık görüldüğü durumlarda, mevzu hukuk sık sık başka standartlara dayanan tahkim lehine terk edilmektedir. Öte yandan, iş insanları, mümkün olduğu her durumda, mevzu hukuka dayanan resmî hükümlerden ziyade pazarlığa başvurmayı seviyorlar. Çoğu ülkeyle ilgili istatistikî verilere sahip değilsek de, bu eğilimin artmakta olduğunu ve yeni bir gelişmenin işareti sayılabileceğini düşünmek makul görünüyor.

Aynı yöndeki eğilimin başka bir göstergesi bazı ülkelerde, –kirayı yenilemek veya yenilememek veya mülk sahibinin kirayı arttırabilmesi gibi yollarla– taraflardan birini önceki anlaşmaları ihlâl etmeye yetkilendiren Mülk Sahibi ve Kiracılar Yasaları gibi ayrımcı yasalardan yararlanma hakkından gönüllü olarak vazgeçen insanların davranışında gözlenebilir. Bu örneklerde, taraf-

lardan birinin bu yasaya başvurmakta aşikâr çıkarına rağmen, yasa-koyucuların yasa çıkarmak suretiyle özgürce yapılmış olan önceki taahhütleri bozmak için yaptıkları bilinçli girişimin bir fi-yasko olduğu ortaya çıkmıştır.

Bazı yasama tedbirlerinin bu bakımdan karakteristik bir özelliği, en azından belirli ülkelerde, konmuş hukukun getirdiği ayrımcı uygulamaların bağlayıcı oldukları –yani, ilgili taraflar arasındaki önceki anlaşmalara rağmen uygulanmaları gerektiği– gerçeğidir; oysa başka örneklerde vaz-edilmiş kanuna aykırı olarak daha sonra varılan anlaşmaları bir taraf bu kanuna uygun olarak, diğ-er tarafı savunmasız bırakacak şekilde, ihlâl edebilirdi. Bu gibi durumlarda, sadece onun anlaşmalar yapma ve onlara uymada-ki dürüstlüğe ilişkin fikirleri nedeniyle değil fakat aynı zamanda kendi çıkarlarının yasa-koyucularınkinden farklı olabileceğini de-ğerlendirmesi nedeniyle de, ayrıcalıklı tarafın başka anlaşmalar yapmak ve onlara uymak suretiyle ayrıcalıklarından vazgeçebil-me –kendileri için– istenmedik ihtimalinden yasa-koyucular açık-ça endişelenirler. Bu gibi örneklerde vazedilmiş olmayan huku-kun –tanınmış olmayan ama yine de etkili olan bir tür "common law"un– vazedilmiş olan hukuka üstün gelmesinin görünüşe göre paradoksal örneklerini görürüz.

Bu hususta göz önünde bulundurulması gereken daha genel bir fenomen, yasama meclislerindeki tesadüfî (contingent) çoğunluk-lar tarafından kendilerine haksız muamele edildiğini hissettikleri bütün durumlarda kişilerin vaz edilmiş hukuktan kaçınmalarıdır. Bu en başta ağır artan-oranlı-vergilemeyle bağlantılı olarak gerçek-leşir. Doğrudur, bu hususta ülkeler arasında ayrım yapmak gerekir, ama ağır artan-oranlı vergilemeden kaçınma fenomeninin Batılı ül-kelerde resmen izin verilenden veya muhtemelen tanınandan çok daha genel ve yaygın olduğunu düşünmek için birçok neden var-dır. Bu hususta, Birleşik Devletler'de, amacı –başka şeyler yanında– hem "sermayenin hem de yıllık gelirin bir şirketten başka bir yere" transferi olan vakıflar veya vergiden muaf başka organizasyonlar kurma uygulamasının gitgide artmasına da atıfta bulunulabilirdi.<sup>82</sup>

Bu bağlamda en az bunun kadar ilginç olan, genel olarak ahlâ-kın alanına girdiği ve kişisel yargıya ait olduğu düşünülen alış-

82 Bu bağlamda krş. M. Friedman, *op. cit.*, ss. 290 vd. ve oradaki alıntılar.

kanlıkları ve davranış biçimlerini yasaklayan konmuş hukukla karşılaştırıldığında kişilerin gerçek tutumudur. Çağdaş Amerikan sosyologlarının (söz gelişi, insanların hem içki yasağından yana olup hem de içki içtikleri ["vote dry and drink wet"] bazı eyaletlerde halen olduğu gibi) hukuk aracılığıyla ahlâkı uygulama girişimlerine yönelik eleştirileri veya çok yakın bir İngiliz raporunun tavsiyeleri bu alanlardaki yasamanın muhtemel gerilemesinin işaretleri olarak zikredilebilir. Raporu şöyle deniyor:

Kamu düzen ve disiplinini sürdürmek, yurttaşları aşığılayıcı veya zarar verici şeylerden korumak ve başkalarının istismarına ve yozlaştırmasına karşı yeterli güvenceler sağlamak için zorunlu olanın ötesinde, yurttaşların özel hayatlarına müdahale etmenin veya belli bir davranış kalıbını zorla uygulamaya çalışmanın hukukun işlevi olduğu bizim görüşümüz değildir.<sup>83</sup>

Son olarak, resmen "yürürlükte" olan ama pek çok örnekte etkili olmayan yasaların sınırları hakkında doğru bir fikir vermek için, pek çok yazılı kanunun ne getirdiklerine ilişkin, hatta onların varlığı hakkındaki bilgisizlik ve bunun bir sonucu olarak sokaktaki insanın mevzu hukuka uymaması (hukuku bilmemenin mazeret olmadığı klasik ilkesine rağmen) da resme dahil edilmelidir. Yasama yoluyla yapılan hukukun bu sınırlarının farkına daha fazla vardıkça, insanlar, günümüzde insan davranışının her alanını kapsama iddiasında olan yasamanın sosyal hayatı düzenlemeye taraftarlarının inandıklarından çok daha az muktedir olduğu fikrine gitgide daha fazla alışacaklardır.

3. Yukarıda değinilen imkânın mevcut olduğunu varsayarak, burada atıfta bulunulan "altın kural" yasamanın alanını *common law*'unkinden ayırt etmemizi nasıl mümkün kılabilir? Bu modele göre *common law*'un ve yasamanın her birine ayrılan alanların genel sınırları nelerdir?

Bu soruyu, önceki sayfalarda değinilen "altın kural"ın, *common law* yerine yasamaya ne zamana başvurulacağını söylememize imkân vermek için kendi başına yeterli bir kural olamayacağı şeklinde cevaplamak isterim. Herhangi bir somut durumda yasamanın

83 Wolfenden Report, the Committee on Homosexual Offences and Prostitution (1959). Bununla beraber, karşı, "gerici" bir örnek olarak, İngiliz Akademisi'nde Sir Patrick Devlin tarafından Mart 1959'da verilen ve Oxford University Press tarafından *The Enforcement of Morals* [Ahlâkın Cebren Uygulanması] başlığı altında yayımlanan hukuk bilimine ilişkin Maccabean konferansını zikredebiliriz.

zorunlu olup olmadığına karar vermek için başka şeylere ihtiyaç olduğu aşikârdır. "Altın kural"ın sadece negatif bir anlamı vardır, çünkü onun işlevi toplumu düzenlemek değil fakat örgütlü toplumlarda bireysel özgürlüğü bastırmaktan mümkün olduğunca kaçınmaktır. O yine de bu hususta bazı sınırları kısaca belirtmemize imkân verir. Giriş bölümünde, bu derslerde vurgulayacağım noktaların bazılarını önceden özetleme sadedinde şunları söylerken bu sınırlara işaret etmişim: (a) Azınlıklara sahada kaybedenler olarak muamele etmenin bir aracı olarak kullanıldığı ve (b) bireylerin kendi amaçlarını bir grubun kararına dayanmadan ve zorlama olmasa asla istemeyecekleri şeyleri yapmaya başka insanları fiilen zorlamadan elde etmeleri mümkünse, yasamaya başvurulmamalıdır.

Daha önce Giriş bölümünde öngörülen ve "altın kural"dan çıkan başka bir ölçüt, yasamanın yukarıda belirtilen nedenlerle reddedilmediği bütün durumlarda, başka hukuk-yapımı süreçleriyle karşılaştırıldığında yasama sürecinin varsayılan kârlılığının çok dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerekliliğidir. Yasamaya başvurmaya değdiği pozitif olarak kanıtlanamayan her şey common law'un alanına bırakılmalıdır.<sup>84</sup>

Yasama ile common law'un her birine ayrılan alanların sınırlarını bu temelde tanımlama girişiminin pek çok örnekte muhtemelen zor olacağına katılıyorum, ama zorluklar bu girişimden vazgeçmek için iyi bir neden değildir.

Öte yandan, "altın kural"ın yasama ile common law'un her birinin alanlarının sınırlarının tanımlanmasına uygulanacağı bütün durumları önceden göstermek mümkün olsaydı, ve ayrıca bu durumlar elinizdeki kitaba dahil edilecek olsaydı, benim tezimin bütün amacı ortadan kalkardı; çünkü, bu durumların kendilerinin bir yazılı kanunun maddelerini oluşturduğu düşünülebilirdi. Hem yasamaya saldırır hem de aynı anda kendi "kanun"unun

84 Yasamanın alanını daraltmanın pratik bir yolu, yasamayla ilgili olarak, söz gelişi, yasama organlarının belli türden konulara ilişkin yasalar yapmasını önlemek ve/veya belirli yasaların yürürlüğe konabilmesi için oy birliği veya nitelikli çoğunluğu öngörmek üzere ilgili ülkelerin yazılı anayasalarına bir hüküm koymak olabilirdi. Özellikle nitelikli çoğunluk şartı, yasama organı içindeki grupların muhalif azınlıkları yenmek için, kanunun kabul edilmesi için bu azınlıkların onayını kaçınılmaz hale getirmek suretiyle, diğer gruplara rüşvet vermesini engelleyebilirdi. Bu usul Prof. James Buchanan tarafından 1959 Eylül'ünde Mont Pelerin Society'nin Oxford'da yaptığı toplantıda önerilmiştir.

(code) taslağını sunarsam bu tamamen saçma olur. Akılda tutulması gereken, common law veya hukukçuların-hukuku bakış açısına göre kuralların uygulanmasının hep devam edecek olan bir süreç olduğudur. Hiç kimse kendi başına ve kendi ömründe bu süreci tamamlayamaz. Ve eklemeliyim ki, benim görüşüme göre, herkes başka insanları tam da bunu yapmaktan alıkoymalıdır.

*4. Hukuku tanımlama görevini yerine getirecek olan hâkimler, hukukçular ve diğer onursal görevlileri kim atayacaktır?*

Bu soru, önceki gibi, yanıltıcı bir izlenime sahip olabilir. Yasama ve common law'un her birinin alanları arasındaki sınırların belirlenmesi gibi, bu da hâkimleri ve diğerlerini atama sürecinin muayyen bir zamanda muayyen kişiler tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini ima eder görünüyor. Gerçekte, hâkimleri kimin atayacağını önceden belirlemek oldukça önemsizdir; çünkü, insanlar kendi ihtilâflarını özel hakemlere götürdükleri zaman bir dereceye kadar olduğu gibi, bir anlamda bunu herkes yapabiliirdi. Hâkimlerin resmî otoriteler tarafından atanması sokaktaki insan tarafından kullanılacak olanla kabaca aynı kritere göre yapılır. Çünkü hâkimlerin atanması, örneğin fizikçiler veya doktorlar veya başka türden tahsilli ve tecrübeli kişilerin "atanması" için olacağı gibi öyle özel bir problem değildir. Her toplumda mesleğinde iyi olan insanların ortaya çıkması sadece görünüşte resmî atamalardan ileri gelir. Aslında bu, müşteriler, meslektaşlar ve genel kamunun yaygın rızasına dayanır, onsuz hiçbir atamanın gerçekte etkili olmadığı bir rızaya. Şüphesiz, insanlar tercih edilenin buna değdiği hakkında yanılmış olabilirler, ama onların tercihindeki bu zorluklar her tür tercihte kaçınılmazdır. Her şeyden önce, önemli olan hâkimleri kimin atayacağı değil fakat hâkimlerin nasıl çalışacaklarıdır.

Daha önce Giriş bölümünde, içtihadî hukukun, sonucu yargısal kılık altında yasamaya girişmek şeklindeki bazı sapmalara uğrayabileceğine işaret etmiştim. Bu öncelikle, yüksek mahkemeler daha önce alt mahkemeler tarafından incelenmiş olan davaların çözümünde son söze sahip olmaya yetkilendirildikleri zaman ve ayrıca yüksek mahkemelerin kararları gelecekteki bütün diğer hâkimlerin benzer kararları için bağlayıcı emsaller olarak alındıkları zaman ortaya çıkar. Bunun olduğu her durumda, yüksek mah-



kemelerin üyelerinin konumu, onunla kesinlikle aynı olmamakla beraber, yasa-koyucularınkine benzer.

Aslında, yüksek mahkemelerin yetkisi *common law* sisteminde yasama etrafında odaklanan diğer hukuk sistemlerinde olduğundan genellikle daha önemlidir. Yasamaya dayanan sistemler "yargısal kararın tutarlılığı" nı kesin biçimde formüle edilmiş kuralların bağlayıcı gücü yoluyla sağlamaya çalışırlar. Common law sistemi ise hâkimler veya hukukçular arasında ortak bir görüşün ortaya çıkmasının muhtemel olmadığı durumlarda bu tutarlılığı genellikle emsal ilkesi aracılığıyla sağlama ve koruma görevini yerine getirir. Gerçekte bütün common-law sistemleri muhtemelen bir şekilde emsal ilkesine dayanıyordu ve dayanmaktadır, ancak bu ilkenin bugünkü Anglo-Sakson ülkelerinin common law sistemlerindeki bağlayıcı emsal ilkesiyle karıştırılmaması gerekir.

Bugün hem yasa-koyucular hem de yüksek mahkeme hâkimleri hukuk sistemlerini bir tür raylar üstünde tutma görevi yapmaktadırlar ve kesinlikle bundan dolayıdır ki hem yasa-koyucular hem de yüksek hâkimler çok sayıdaki muhaliflerine kendi kişisel iradelerini dayatma konumunda olabilirler. Şimdi, kısıtlamanın yokluğu anlamında bireysel özgürlüğü mümkün olduğunca geri getirebilmek için yasa-koyucuların yetkilerini azaltmak zorunda olduğumuzu kabul edersek ve "yargısal kararın tutarlılığı" nın tam da bireylerin kendi gelecek planlarını yapmalarına imkân vermek amacıyla korumamız gerektiğinde anlaşırsak, yüksek mahkeme hâkimleri gibi belirli bireylerin yetkilerini öne çıkaracak bir hukuk sisteminin tesisinin yanıltıcı bir seçenek olacağından şüphe etmekten kendimizi alıkoyamayız.

Neyse ki, yüksek mahkemeler bile uygulamada yasa-koyucularla hiç de aynı konumda değildirler. Öncelikle, sadece alt mahkemeler değil yüksek mahkemeler de ancak ilgili taraflarca istenmesi halinde karar verebilirler. Ayrıca, yüksek mahkemeler bu hususta alt mahkemelerden farklı bir konumda olmakla beraber, onlar yine de hukuku yapmak yerine "yorumlamak" la bağlıdırlar. Doğrudur, hâkimlerin onlara tamamen yeni bir anlam vermek için mevcut yazılı kuralların anlamını esnettikleri her durumda veya kendi emsallerinden beklenmedik bir şekilde caydıkları zaman, yorum [faaliyeti] yasamayla veya daha doğru bir deyişle, kılık değiştirmiş yasamayla sonuçlanabilir. Fakat bu elbette yüksek mahkemelerin

–Sir Carleton Kemp Allen’in deyişiyile, "hâkim için tamamen yasak olması anlamda yeni bir yasa yapan"<sup>85</sup> yasa-koyucularla aynı konumda oldukları sonucuna ulaşmaya cevaz vermez.

Öte yandan, "bağlayıcı" emsal sistemi altında, yüksek mahkemeler de –Büyük Briyanta’nın Lordlar Kamarası gibi– kendi emsalleriyle bağlı olabilirler ve alt mahkemeler resmen yüksek mahkemelerin kararlarıyla bağlıyken, bu "en mütevazı yargısal görevli"ler üst mahkemeler veya hatta yüksek mahkemeler tarafından "verilmiş olan herhangi bir kararla, belli şartlar altında, bağlı olup olmadığına kendisi adına karar vermek zorundadırlar."<sup>86</sup> Açığı ki, bunların her birinin iradelerinin muhtemelen çok sayıdaki başka muhalif kişilere dayatılmasının söz konusu olması bakımından, bu durum yüksek mahkeme hâkimleri ile yasa-koyucular arasında önemli bir fark yaratır. Şüphesiz, bir yüksek mahkeme ile bir diğeri arasında bu bakımdan büyük bir fark olabilir. söz gelişi, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi’nin yetkisinin onun Büyük Britanya’daki muadili olan Lordlar Kamarası’nunkinden çok daha geniş olduğunu herkes bilir. Bu iki Anglo-Sakson sistemi arasındaki en aşikâr fark, Amerikan sisteminde yazılı bir anayasanın var olmasıdır, oysa İngiliz sisteminde bunun muadili yoktur. Yakınlarda bazı Amerikan teorisyenleri tarafından daha önce işaret edilmiş olduğu gibi<sup>87</sup>, yazılı bir anayasanın var olduğu yerde emsal problemi içtihadî hukukta olduğundan tamamen farklıdır.

[Anayasanın lâfzının] belirsizliği problemine ve [onu] hazırlayanların genişleyen bir enstrüman [yaratmayı] kast etmiş olabilecekleri gerçeğine, Anayasaya tapınmanın etkisi eklenir. Bu etki Mahkemeye büyük bir özgürlük sağlar. Mahkeme, yazılı belgenin kendisine [Anayasaya] dayanarak, [daha önce] söylemiş olduğunu her zaman terk edebilir. Bu, böyle bir belge olmasaydı söz konusu olacak olandan daha büyük bir özgürlüktür. ... Gerçekte, Anayasaya başvurunun kabul edilmesiy-le mahkemenin takdir yetkisi artmaktadır. ... Bunun bazı alanlardaki muhtemel sonucu ürkütücü görünebilir.<sup>88</sup>

85 Carleton Kemp Allen, *Law in the Making* (5th ed.; Oxford: at the Clarendon Press, 1951), s. 287.

86 *Ibid.*, s. 269.

87 Krş., örneğin, F. H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (4th ed.; University of Chicago Press, 1955), ss. 41 ve devamı.

88 *Ibid.*, ss. 41-43.

Bu gibi durumlarda "nihâî koruma", yazarın (Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi yargıcı Frankfurter'den alıntılarla) eklediği gibi, "insanların kendilerinde bulunmak durumundadır."

Aslında, tıpkı en başta Birleşik Devletler'de siyasî teşkilâtın içinde farklı işlevler veya "güçler" arasında gelişmiş olan muadili gibi, yargı içinde de bir denetler ve dengeler sistemi kolayca geliş(tiril)ebilirdi. Eğer Büyük Britanya'nunki gibi emsallerle bağlı olan bir yüksek mahkemenin konumu değişimleri ve yeni ihtiyaçları karşılamaya uygun görünmüyor ve aksine, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi gibi bir yüksek mahkemenin emsallerini değiştirmesine veya yazılı hukuka –yani, yazılı anayasaya– ilişkin önceki yorumunu değiştirmesine izin verilmesi gerektiği kabul ediliyorsa, kararlarının bağlayıcı özelliği söz konusu olduğunda yüksek mahkemelerin yetkisini sınırlamak için yine de özel araçlar getirilebilirdi. Örneğin, yerleşik emsalleri değiştiren veya önceki anayasa yorumlarını esaslı biçimde değiştiren kararlar için oy birliği şart koşulabilirdi. Başka fren mekanizmaları da geliştirilebilirdi, ama onları önermek benim buradaki işim değildir.

Yasa-koyucularinkine kıyasla yüksek mahkemelerin konumuyla ilgili olarak işaret edilmiş olan şeyin alt mahkemeler ve genelde olağan mahkemeler bakımından doğru olduğu daha da açıktır. Onlar yasa-koyucular olarak görülemezler; bunun nedeni sadece onların hukuka yönelik psikolojik tutumu, yani onların ortak amacının "yaratmak"tan ziyade "keşfetmek" olması<sup>89</sup> değildir, fakat aynı zamanda ve öncelikle onların hukukun "yapımı" sürecinde esas olarak ilgili taraflara bağımlı olmalarıdır. Bu hukuk-yapımı sürecine kişisel faktörlerin karışması üstündeki hiçbir ısrar bize bu temel gerçeği unutturamaz. Bazı insanlar hâkimlerin özel duygularının ve kişisel durumlarının onların yargısal işlevine karışmasının mümkün olduğu gerçeğini bir hayli körüklemişlerdir. Özel duygular ve kişisel durumların yasa-koyucuların faaliyetine -ve böylece toplumun bütün üyelerinin faaliyetine pekâlâ karışabileceği çok daha önemli olan gerçeğine bu insanların niçin hiç

89 Carleton Kemp Allen'in söyleyeceği gibi, hâkimler hukuku, "bir ağacı keserek tomruklara ayıran bir adamın tomrukları bir anlamda *yapmış* olması gibi, sadece ikincil bir anlamda "yaparlar. ... Bütün kaynakları ve yaratıcılığıyla, insanoğlunun yaratma gücü kendisine bağışlanan fizikî malzemeyle sınırlıdır. Bunun gibi, mahkemelerin yaratma gücü de elleri altındaki mevcut hukukî malzemeyle sınırlıdır. Onlar malzemeyi bulur ve ona şekil verirler. Yasama organı ise tamamen yeni malzeme imal edebilir." (*Op. cit.*, s. 288)

dikkat etmedikleri meraka değer. Eğer bu gibi karışmalardan kaçınılamazsa, ve [bu konuda] bir tercih imkânımız varsa, öyle görünüyor ki etkileri daha dar ve daha az belirleyici olanları tercih etmek çok daha iyidir.

*5. Günümüz toplumunun genel eğiliminin bireysel özgürlükten yana olmaktan çok ona karşı olduğunu kabul edersek, söz konusu yargı görevlileri bu eğilimden nasıl kaçabilirler?*

Bu soruya anlamlı bir cevap vermek için, önce alt mahkeme hâkimleri ile yüksek mahkemenin üyeleri arasında bir ayrım yapılmalıdır. Ayrıca, önceki içtihadından dönerek hukuku değiştiren yüksek mahkeme hâkimleri ile bu konumda olmayan yüksek mahkeme hâkimleri arasında da bir ayrım yapmamız gerekir. Açıktır ki, bir hâkimin yukarıda değinilen eğilim karşısındaki kişisel tutumu ne olursa olsun, bu eğer yüksek mahkemelerin görüşüne ters ise alt mahkeme hâkimlerinin bu eğilimi izlemekteki serbestlik dereceleri sınırlıdır. Ayrıca, eğer önceki içtihatlarını istedikleri gibi değiştiremiyorlarsa veya kararlarının bütün bir hukuk sistemi üzerindeki etkilerini sınırlayacak –oy birliği şartı gibi– bir araç varsa, üst mahkemelerin hâkimlerinin de bu eğilimi izlemedeki serbestlik dereceleri sınırlıdır.

Ayrıca, hâkimlerin bireysel özgürlük karşıtı çağdaş eğilimden kaçınamayacaklarını kabul etsek bile, tarafların iddialarını birbiriyle dengelemenin onların ilgili taraflar karşısındaki konumlarının tam da doğasından olduğunu kabul etmek zorundayız. En azından Batı dünyasındaki mahkemelerin olağan usulleri karşısında, iddialar, kanıtlar vs.yi dikkate almayı ve onları değerlendirmeyi peşinen reddetmek tasavvur edilemez. Taraflar iddia ve kanıt göstermekte serbest olmak bakımından hâkim karşısında eşittirler. Onlar içinde muhalif azınlıkların galip çoğunluklara boyun eğdikleri bir grup oluşturmazlar. [Onların], farklı zamanlarda farklı hâkimler tarafından karara bağlanan aşağı yukarı benzer davaların taraflarından oluşan, çoğunlukların üstün geldiği ve azınlıkların boyun eğdiği bir grup oldukları da söylenemez. Tıpkı piyasadaki alıcı ve satıcıların daha güçlü veya daha zayıf olmaları gibi, elbette tarafların iddiaları da daha güçlü veya daha zayıf olabilir; ama her tarafın iddia ve kanıt gösterebilmesi gerçeği, piyasadaki herkesin satmak veya almak için bireysel olarak diğer herkesle rekabet edebilmesi gerçeğine benzer. Sürecin bütünü, en başta il-

gili taraflarca serbestçe yetkilendirilmiş olan hakemler tarafından fiyatların sabitlenebildiği bir piyasanunkine çok benzer bir anlamda, temel bir denge imkânını ima eder. Şüphesiz, piyasanın bu son belirtilen türü ile olağan olanı arasında farklılıklar vardır. Taraflar hakemi fiyatları sabitlemek suretiyle pazarlığı sonlandırmak için yetkilendirdiklerinden, onlar [malları] bu fiyatlardan almak veya satmak için kendilerini önceden bağlamışlardır; oysa olağan piyasada ilgili taraflar arasında fiyat üzerinde anlaşılincaya kadar hiçbir bağlanım veya taahhüt yoktur.

Bu bakımdan, bir hâkimin önündeki tarafların konumu bir dereceye kadar bir gruba mensup olan bireylerinkine benzer. Ne bir davada kaybeden taraf ne de bir grup içindeki muhalif azınlık nihaî kararı kabul etmeyi reddedecek konumdadır. Öte yandan, sadece nihaî karar söz konusu olduğunda değil bu kararın alınma süreci bakımından da bir hâkim önündeki tarafların taahhüdünün gayet belirli sınırları vardır. Bütün formaliteler ve görünüşteki usul kuralları ne olursa olsun, bir hükmün altında yatan ilke, grup kararlarında var olan türden –söz gelişi çoğunluk kuralı gibi– herhangi bir otomatik ayırım olmaksızın, hangi tarafın haklı ve hangisinin haksız olduğunu belirlemektir.

Tarih bir kere daha bu konuyu bize öğretmektedir: Yargısal kararların cebren uygulanması hâkimler, hukukçular ve benzer kişiler aracılığıyla hukuk-yapımı sürecinin nispeten geç bir safhasındaki bir gelişmedir.

Aslına bakılırsa, esas olarak teorik temelde ulaşılan bir kararın (yani, birtakım bilinen standartlara göre hangi tarafın haklı olduğuna ilişkin tespitin) cebren icrası, bu kararın kaybeden tarafa karşı bir tür cibrî müdahaleyle icra edilmesi ile çoktandır bağdaşmaz addedilmektedir. Bu, söz gelişi eski Yunan hukuk usulünde yargısal kararların yerine getirilmesinin niçin hâkimin kararına uymak için and içmiş olan taraflara bırakıldığını ve bütün klasik dünyada bir uyuşmazlıkta karar verilmesi taraflarca talep edildiğinde krallar ve diğer askerî şeflerin niçin güç sembollerini bir yana bıraktıklarını açıklamaktadır.

Meşhur Ortaçağ İngiliz hukukçusu Bracton'ın çokça vurguladığı hükümet (yönetme) iktidarı (*gubernaculum*) ile yargısal işlev (*jurisdictio*) arasındaki temel ayırımın da altında, yargısal karar-

lar ile askerî veya siyasî sorunlarla ilgili başka kararlar arasındaki türden farklılığa ilişkin aynı düşünce yatmaktadır. Bu ayrım İngiltere anayasa tarihinin daha sonraki gelişmeleri içinde artık kaybolma tehlikesi altında olmakla beraber, onun bu ülkede ve bir dereceye kadar modern zamanlarda İngiltere'yi taklit etmiş olan başka ülkelerde hükümet iktidarı karşısında bireysel özgürlüğün korunması bakımından önemi bu tarihi bilenler için hiç de abartı değildir.<sup>90</sup> Ne yazık ki, bugün parlamentolar ve hükümetlerin ezi- ci gücü bir yandan yasama veya yürütme gücü ile öbür yandan –Montesquieu'nun zamanından beri İngiliz Anayasası'nın övünç kaynaklarından biri olarak görülen– yargısal güç arasındaki ay- rımı aşındırmaktadır. Bu ayrım günümüz insanlarının gözden unutmış oldukları bir düşünceye dayanmaktadır: *Hukuk-yapımı bir irade eyleminden çok daha teorik bir süreçtir ve teorik bir süreç olarak o iktidar grubunun muhalif azınlıklar pahasına aldığı kararların sonucu olamaz.*

Eğer bu fikrin temel önemi günümüzde tekrar kavranırsa, yar- gısal işlev hakikî önemini yeniden geri kazanacak ve yasama meclisleri veya yarı-teşriî komisyonlar sokaktaki adam üstündeki hâkimiyetlerini yitireceklerdir. Öte yandan, hiçbir hâkim bütün tarafların iddialarının birbiriyle yarışabilmesi sürecini kişisel dav- ranışıyla çarpıtabilecek kadar güçlü olamaz.

90 Bu noktanın benim bildiğim en titiz ve parlak ifadesi Charles Howard McIlwain'in *Constitutionalism: Ancient and Modern* by (Cornell University Press) adlı eserinde yer almaktadır. İlk yayın tarihi 1940 olan bu eser o zamandan bu yana birçok yeni baskı yapmıştır.



İKİNCİ KİTAP  
HUKUK VE SİYASET



"BİREYSEL İDDİA OLARAK HUKUK" GENEL BAŞLIĞI ALTINDAKİ BU DERSLER 2-6 Aralık 1963'te Freedom School Phrontistery in Colorado Springs, Colorado'da verilmiştir. Phrontistery (ki, "düşünme yeri" anlamına gelen eski Yunanca bir kelimedenden mülhemdir) Kasım 1963'ten Nisan 1964'e kadar süren altı aylık tecrübî bir programdı. Bu program seçilmiş onsekiz öğrenciye insan özgürlüğüne ilişkin sorunlar hakkında yoğunlaştırılmış bireysel araştırma fırsatı sunuyordu ve amacı Ramparts College'e önerilen bir liberal sanatlar programının müfredatı için malzeme oluşturmaktı.

Bu dönem esnasında onbir seçkin bilim insanı çeşitli zamanlarda dersler verdiler. Ders verenler Dr Leoni dışında şunlardı: G. Warren Nutter, Roger J. Williams, Arthur A. Ekirch, Milton Friedman, Sylvester Petro, Ludwig von Mises, Oscar W. Cooley, James J. Martin, F. A. Harper ve Gordon Tullock.

Birinci bölümün çok az farklı ilk versiyonu 1964 yılında *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*'de (Hermann Luchterhand Verlag, Berlin, Germany) yayımlandı.

Üçüncü Bölüm büyük ölçüde daha önceki şu iki makaleye dayanmaktadır: "The Economic Approach to Politics," *Il Politico*, Vol. 26, No. 3, 1961, ss. 491-502; ve "The Meaning of "Political" in Political Decisions," *Political Studies*, Vol. 5, No. 3, October 1957, ss. 225-239.

Dördüncü Bölüm "Political Decisions and Majority Rule," *Il Politico*, Vol. 25, No. 4, 1960, ss. 724-733'e dayanmaktadır.

Bu derslerin orijinallerinde dipnot yoktu, notlar bu baskı için eklenmiştir.



## BİREYSEL İDDİA OLARAK HUKUK

DİL ANALİZLERİ ÜSTÜNDE YOĞUNLAŞAN ÇAĞDAŞ FELSEFE OKULLARI bizim için muhtemelen iddia ettiklerinden daha az öğretici olmuşlardır. Yine de, onlar bize iyi bildiğimiz ama kolayca unuttuğumuz bir şeyi hatırlatmışlardır. Kelimeler "kelimeler"dir ve onlara "şeyler"miş gibi muamele edilemez. Başka bir ifadeyle, kelimeler, az veya çok doğrudan doğruya duyumsal tecrübeye atıfta tanımlanabilen nesnelere gibi, *duyumsal tecrübenin nesnelere* değildirler. Özel olarak "hukuk" kelimesi diğerlerinden daha fazla bir "nesne" olarak ele alınamaz; çünkü onun doğrudan doğruya veya münhasıran (uniquely) duyumsal tecrübeye atıfta bulunan bir anlamı yoktur.

"Hukuk"un analizi kendisini önce dilsel bir analiz olarak, yani bu kelimenin dildeki gerçek (actual) anlamının bulunmasındaki yukarıda değinilen zorluğun üstesinden gelme girişimi olarak ortaya çıkar. Bu kolay değildir; çünkü insanlar *hukuk* kelimesini birçok farklı bakış açılarından görebilir ve sadece bu kelimeyi kullanan insanların türlerine göre değil fakat aynı tür insanların kullandıkları dilde de değişebilen anlamlara sahip olduğunu düşünebilirler. "Hukuk" profesörleri arasında bile kelimenin anlamının her zaman aynı olmadığını fark edebilirsiniz. Bu hususta, bir yanda uluslararası hukukçular ve anayasa hukukçuları ile öbür yanda medenî hukukçular arasında çoktandır devam eden anlaşmazlıklar zikredilebilir.

Bu zorluk yorucu ve insanın şevkini kırıcıdır; bunun sonucu, "hukuk" hakkındaki dilsel analizi başlatan insanların eninde sonunda araştırmayı bırakıp şu üç önermeden birini benimsemeleri olabilir: a) Hukuk, meslektaşlarım A, B ve C ile benim "hukuk" olduğunu bildiğimiz şeydir; başka görüşler de bizi ilgilendirmez;

b) Hukuk, bu kelimeye ilişkin başka "şartlar"a pek aldırmadan, benim ["hukuk" olarak] adlandırmayı önerdiğim veya şart koştuğum şeydir; c) Hukuk herkesin ne anlama gelirse gelsin ["hukuk" olarak] adlandırmak istediği her şeydir, sonu olmayan hiçbir araştırmayı sürdürmeye de değmez.

Üçüncü önerme şüpheciğe götürürken, ilk ikisi gerçekte hukukun "genel" teorilerinin büyük kısmını oluşturmaktadır. Dürüst olmak gerekirse, gerçi önceki iki önermenin tek kaynağı yorgunluk değildir. Onlardan yana pratik bir neden de vardır: Hukukçuların veya hukuk öğreticilerinin öncelikli ilgisi "hukuk" kelimesinin anlamının teorik bir analizi değildir. Onlar, hukukî işlem yapan herkes gibi, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bir hâkimin ikna edilmesi veya bir davanın kazanılması gibi pratik sonuçların peşindedirler. Onların istediği, kendi amaçlarına götürebilecek alışıldık bir tanımdır.

Ancak, hiçbir pratik amacımızın olmadığını ve aynı zamanda şüphecilikten de kaçınmak istediğimizi varsayarsak, sanırım önceki iki önermenin keyfiliklerinden kaçmanın tek bir yolu vardır: "*hukuk*" kelimesinin *asgarî ortak anlamını* bulup bulmadığımızı anlamak için, "hukuk" kelimesinin içinde geçtiği *bütün* anlatımları mümkün olduğunca dikkate almak. Bu tür bir araştırma, aynı kelimenin bütün anlamları arasındaki bağlantıları dert edinmek zorunda olmadan, kendisini aynı kelimenin bir veya birden çok anlamını kaydetmekle sınırlayan sözlük bilimcininkiyle (lexicographer) karıştırılmamalıdır. Bu tür bir araştırma ancak *asgarî bir ortak anlamın var olduğu* postülasını kabul edersek mümkündür. Başka bir ifadeyle, mahkemeler, yasalar ve emsallerin teknik özellikleri hakkında uzman olanların dili gibi sokaktaki insanın dilinin de bu araştırmayı haklı göstermeye yetecek kadar homojen olduğunu varsaymak zorundayız.<sup>91</sup> Diyebilirim ki, "*hukuk*" kelimesinin *asgarî bir ortak anlamına* ilişkin bu araştırma, eninde sonunda, hukuk felsefecisinin zorlu kaderidir.

Tanımlarla ilgili bir ön teorinin ve "hukuk"u tanımlama problemine tatminkâr bir dilsel yaklaşımın olmaması, hukukun çoğu

91 Bunu niçin bir *postüla* olarak adlandırdığımı uzun uzadıya açıklamaya ihtiyaç duymuyorum. Aslında, araştırma bitinceye kadar söz konusu varsayım için hiçbir kanıtlama yapılamaz ve göz önünde bulundurmanız gereken çok sayıda dil ve anlamın varlığı yüzünden bu araştırmanın pratik olarak tüketilemez olduğu da aşîkârdır.

genel teorisinde benimsenen dilin profesyonel hukukçulardan (avukatlardan) ödünç alınmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bundan dolayı bu dil insanların sadece az çok doğrudan doğruya *pratik* sonuçların peşinde oldukları bir alandan, pratik sonuçlara ulaşmayı umursamayıp teorik sonuçlara ulaşmaya çalıştıkları tamamen farklı bir alana aktarılmıştır.

"Hukuk" kelimesinin hukukun genel teorilerinde profesyonel hukukçulardan ödünç alınan olağan anlamlarından biri "hukuk normu" veya genel olarak normlar "sistemi" veya "düzeni"dir. Fiilî olarak bu normlar "sistemi" veya düzeni sadece profesyonel hukukçuların söylemlerinin değil fakat genel olarak hukuku uygulayanların –yani, bir borçlunun alacaklısına ödeme yapması veya bir evliliğin feshi gibi bazı pratik sorunları çözmeye çalışan insanların– söylemlerinin de kavramsal sınırınıdır. Bu amaçlar bakımından, söz konusu kişilerin, hukukun, "uygulamaları" yukarıda değinilen amaçlarına ulaşmalarını mümkün kılan normların düzenlenmesinden ibaret olduğunu varsaymaları yeterlidir. Bunun gibi, iktisadî işlem yapanlar için de iktisat piyasadan, veya daha iyi bir ifadeyle, iktisadî mal veya hizmetleri belirli fiyatlardan satın alabildikleri veya satabildikleri "piyasa"dan ibarettir. Bir evliliğin feshedilmesini veya alacağının ödenmesini isteyen insanların en önce bilmeye ihtiyaç duydukları tek şey ilgili *normlardır*; tıpkı piyasada mal almayı veya satmayı isteyen insanların önce onların fiyatlarının ne olduğunu bilmeye ihtiyaç duymaları gibi. Her ülkenin evliliklerin feshine veya borçların ödenmesine ilişkin (muhtemelen ülkeden ülkeye veya aynı ülkede zamanla değişen) belirli normlarının olmasının nedenleri, aynı zamanda karşılaştırmalı hukukla veya hukuk tarihiyle de kişisel olarak ilgilenmedikleri sürece, hukukî işlem yapanlar için genellikle ilgi konusu değildir. Aynen bunun gibi, belirli bir anda belirli bir piyasada fiyatların niçin oldukları gibi olduklarının nedenleri, iktisat tarihçisi veya bizzat iktisatçı olmadıkları sürece satıcılar veya alıcıların ilgi konusu değildir.

Bir yanda hukukî işlemciler veya öbür yanda iktisadî işlemciler hukuk alanında genel olarak *normların* ve piyasada genel olarak *fiyatların* niçin var olduklarıyla daha da az ilgilidirler. İktisadî danışmanlar kadar profesyonel hukukçular da müşterilerine yardım etmek için bu nedenleri bilmeye ihtiyaç duyarlar. Sonuç, onların

hepsinin *normlara* ve *fiyatlara* amaçlarına ulaşmak için hareket noktası olarak aldıkları *nihaî veriler* olarak muamele etmeleridir.

Bununla beraber, iktisadî işlemcilerin eylemleri ile onların satın aldıkları veya sattıkları malların fiyatları arasındaki bağlantıları ortaya çıkarmak iktisatçının görevidir. Hukuk felsefecisinin görevi ise hukukî işlemciler ile onların amaçları için başvurabilecekleri normlar arasındaki bağlantıları yeniden kurmaktır. Bu, hukuk felsefesi için normların hukukî sürecin nihaî verileri olmadıkları anlamına gelir, tıpkı fiyatların iktisatçılar için iktisadî sürecin nihaî verileri olmadıkları gibi.

İktisatçılar sosyal bir fenomen olarak fiyatların kaynağını nihaî olarak kıt mallar arasındaki bireysel tercihlere kadar geri götürmüşlerdir. Benim önerim, hukuk felsefecilerinin de sosyal fenomen olarak hukukî normların kaynağını bazı bireysel eylemler ve tutumlara kadar geri götürmeleri gerektiğidir. Bu eylemler bir hukuk sistemi altında kendilerini bir biçimde normlarda yansıtır, bir parasal sistem altında kıt mallar arasındaki bireysel tercihlerin piyasadaki fiyatlarda yansması gibi.

Ayrıca, bu bireysel eylem ve tutumları *talepler* (demands) veya *iddialar* (claims) olarak adlandırmayı da öneriyorum. Sözlükler bir *iddiayı* "hak edilen bir şeye yönelik talep" olarak tanımlıyorlar. Bu bağlamda ben de tıpkı *sadece bireylerin tercihler yapabilmesi gibi, sadece bireylerin iddialarda bulunabileceğini* kabul ediyorum. Bireyler tercih yaptıkları kadar iddialarda da *bulunurlar*. Fakat onlar başka bireylerin tercihler yapmasına atıfta bulunmaya zorunlu olarak ihtiyaç duymazlarsa da, başka bireylerin iddialarda bulunmasına atıfta bulunmaya ihtiyaç duyarlar.

Hukuk normlarını bireysel iddialara indirgemenin paradoksal görüneceğini çok iyi biliyorum. Bu hatta çoğu çağdaş hukuk teorisinin altında yatan alışıldık varsayımlardan hareket eden insanları şoke edebilir: Bir norm bir ödevin ifadesi/dışavurumu değil midir? Bir "hukuk" normu öncelikle *hukukî bir ödevin* ifadesi değil midir? "Hukukî" haklar (var oldukları zaman), hukuk normlarında belirlenen şekliyle mukabil ödevlerin yansması değil midirler? Bir norm, mantıkî olarak düşünüldüğünde, *kural koyan/buyurucu* (prescriptive) bir önerme değil midir? Normda ifade edildiği şekliyle *hukukî ödevin* doğası, bizatihi hukuk normlarında

öngörölmüş olan *müeyyidelerle* ve *cebirle* desteklenmesi değil midir?... Bunlar benim önerime karşı ileri sürölebilecek olan "apaçık" itirazlardan bazılarıdır. Benim mütevazı cevabım ise, tıpkı normların hukukî sürecin nihaî verileri olmamaları gibi, hukuk normunun "buyurucu" veya ödev-yükleyen doğası da hukuk felsefecisi için onun nihaî doğası olmadığıdır.

İlk bakışta, "hukukî ödev" ile "*ahlâkî ödev*" arasındaki benzerlik hakikaten ayartıcı olabilir. Ahlâkî ödevler Kantçı gelenekte ahlâkın nihaî verileri olarak görülür. Hukukî ödevleri de niçin hukukun nihaî verileri olarak düşünmeyelim? Ne yazık ki, eğer bunu yaparsak hemen sıkıntıya gireriz, çünkü hukukî ödevleri kavramsal olarak yerine oturtmak için önce *ahlâkî* ödevleri *hukukî* ödevlerden ayırmamız gerekir. Şimdiye kadar bunu yapmakta başarılı olmuş herhangi bir girişim bilmiyorum. Hukukî ödevler, ifade edilme tarzı itibarıyla, bir tür "cebir"le veya en azından cebir ihtimali öngörüsüyle bağlantılı olarak sunuldukları için onların ahlâkî ödevlerden ayrılması gerektiğini iddia etmek oldukça yaygındır. Ben bu teoriden hiç hoşnut değilim. Olağan olarak hukukî oldukları düşünülen pek çok normun (özellikle de her hukuk düzeni için temel olduğu düşünülenlerin) cebir içermediği ve ifade edilmelerinde cebire temas edilmediği gerçeğini nasıl görmezlikten gelebiliriz?

Birçok düşünür tarafından gözden kaçırılmış görünse de bunun elbette iyi bir nedeni vardır. Eğer hukuk normlarına uymak gerçekten genellikle cebre veya hatta cebir korkusuna bağlı olsaydı, bütün süreç işleyemeyecek kadar sıkıntılı ve zor olurdu. Pek çok insanın hukuk normlarının sözde tipik bir unsuru olarak cebrin özgü doğasından, gerçek bir hukuk düzeninin bütününde cebrin tamamen *marjinal* olan önemini gözden kaçırarak kadar çok etkilenmesi merakı muciptir.

Hukuk müeyyideler ve cebir oluşturmaz; bunlar sadece sınırlı sayıda olayda hukuka yardımcı olurlar. Kaldı ki, daha önce işaret ettiğim gibi, müeyyide ve cebir sadece –diğerlerine göre *ikincil* oldukları düşünülebilecek olan– bazı norm türleri için geçerlidir. Ana normlar müeyyidelere veya cebre değinmezler bile, çünkü hiçbir müeyyide veya cebir onlara etkin bir biçimde yardım edemez: her bir toplumdaki anayasal normlar veya uluslararası ilişkilerle ilgili uluslararası normlar gibi.

Ahlâk normları ile hukuk normlarını başka temelde birbirinden ayırma teşebbüsleri de müeyyideleri ve cebri hukuk normlarının sözde tipik unsurları olarak ayırt etme teşebbüslerden daha ikna edici değildir. Şimdiye kadar başarılı olmuş böyle bir teşebbüsü en azından ben bilmiyorum.

Bir yanda hukuk kuralları ile diğer yanda teknik kurallar arasındaki sıkça başvurulan benzerlik ayartmasına gelince, bu da başarılı olmamıştır. Hukuk kuralları ile teknik kurallar benzer görünürler, çünkü onların ikisi de "buyurucu" bir biçimde formüle edilmişlerdir ve olağan olarak bir hipotezden hareket ederler. Her iki tür kuralın da genel formülü aşağı yukarı şuna indirgenebilir: *Eğer A'yı istiyorsan B'yi yapman gerekir*. Fakat bir kere daha, burada zor olan genel olarak teknik kurallardan ayırt edilebilir olan sözde hukuk kurallarının alanını belirlemektir. Hukuk normlarının sözde ödevci doğasını aynı anda onların sözde teknik doğasıyla birlikte dikkate alma girişimi problemi daha da karmaşıklaştırmaktan başka bir şeye yaramaz. Hukuk normunun iktisadî ve ahlâkî kuralları birbirine bağlayan bir tür eklem (mafsal) olması gerektiğini ileri süren Alesandro Levi'nin son dönem teorisi ile Gurvitch'in hukuk normlarının daima mantık, ahlâk, iktisat vs. nin ayrılmaz bir karışımı olmak itibarıyla "dramatik bir gerilim" içerecek olduklarını söyleyen sinkretistik hukuk teorileri mecazdan daha fazla bir şey değildirler.

Bir hukuk normunun ne olduğunu veya başka bir ifadeyle, bir normu "ahlâkî", "teknik" veya "sosyal" değil de "hukukî" yapmanın ne olduğunu açıklamada şimdiye kadar hiçbir normatif hukuk teorisi başarılı olamamıştır. Ne de "otorite" kavramı hukuk normlarını diğerlerinden ayırt etmemizde bize daha yararlı olmuştur. İnsanlar, sadece hukukî alanda kimin bir "otorite" olarak görüleceğini tanımlayan veya buyuran bazı "hukukî" normlar var olduğu için, "hukukî" otoriteler olarak görülürler. Hukukun en ünlü "normatif" teorilerinin zirve kavramı otorite değil, fakat "norm"dur: Bu teoriye göre, hukukî anlamda hiçbir gerçek otorite bir hukuk sisteminin temel normunu yaratmaz.

Hukukî normlar kavramını ve nihayetinde hukuk normunda ifade edildiği şekliyle hukukî ödev kavramını bir genel hukuk teorisinin merkezine yerleştirmenin zorluğu, aynı anda hem isim olarak "ödev" hem de fiil olarak "mecbur olmak" veya "ödevli ol-



mak" anlamına gelen ünlü Almanca *Sollen* kelimesinin ayrımsız kullanımı tarafından adeta gizlenmektedir. Bir *hukukî ödevin* ne olduğunu anlamamız için bu fiilin mastar halini kullanmak hiç yeterli değildir. "Yapmalıyım" dediğim zaman, bu şu üç şeyden herhangi biri anlamına gelebilir: a) [bir şeyi yapma] ahlâkî ödevim vardır, b) [belli bir] sonucu elde etmek istiyorsam [bir şeyi] yapmak zorundayım, c) bir kimse benden [bir şeyi] yapmamı "hukukî olarak" istiyor.

"Yapmalıyım" ifadesinde pekalâ yukarıdaki anlamların birden fazlası veya hatta üçü birden var olabilir. Fakat yine de bunlar birbirine karıştırılmaması gereken üç farklı anlamdırlar. Sadece üçüncüsü ifadenin *hukukî* anlamı olarak görünmektedir. Fakat bu *hukukî* anlamda yapmam gerekeni yapmamı benden isteyen kişinin iradesine atıfta bulunduğum gerçeğinin altında yatan, tam da o anlamla yukarıda değinilen (a) ve (b) şıklarındaki anlamlar arasındaki farktır. Yukarıdaki (a) şıkkındaki anlam tam da benim Kantçı anlamda nihaî bir veri olarak görülebilecek olan ahlâk duyguma atıfta bulunmaktadır; (b) şıkkındaki anlam ise benim kendi eylemimle belirleyebileceğim bir nedenin sonucu olan bir şeyi istediğim hipotezine atıfta bulunmaktadır. Hem (a) hem de (b) şıkkındaki anlamlarla uyumsuz olan (c) şıkkındaki anlam, nihaî olarak, başka insanların benim kendimle ilgili bir iddiasına/talebine atıfta bulunmaktadır. Eğer hiç kimse benden *hukukî* olarak bir şey yapmamı istemeseydi, gerçekte hiçbir *hukukî* ödevim olmazdı ve "yapmalıyım" ifadesinin hiçbir *hukukî* anlamı olmazdı. Kısaca, "yapmalıyım" ifadesi, *hukukî* anlamda alındığında, onun başka bir kimsenin (*hukukî*) iddiasına indirgmeden açıklanamaz.

Bir *iddianın* ve bir *hukukî* iddianın ne olduğunu işte şimdi tanımlamalıyız. Bu demektir ki, dikkatimizi "yapmalıyım" diyen kişilerden, "bir iddiam (claim) var", "talep (demand) ediyorum", "niyet ediyorum" veya "istiyorum" (request) diyen kişilere çevirmemiz gerekmektedir. Bu kişiler olmadan hiçbir "hukuk" yoktur, hatta aynı şekilde hissetmeyen başka kişiler olsa bile; *bunlar ahlâkî ödev hissetseler veya teknik kuralları kabul etseler bile*. Bu, davranışları bir iddianın konusu olan insanlar bu iddiayı karşılamayı [kendileri için] ahlâkî ödev saymasalar veya söz konusu iddiaları karşılamamanın kendileri için "teknik olarak" uygun olduğunu düşünmeseler iddiaların karşılandığı anlamına elbette gelmez. Fakat (a) şık-

kindaki anlamın merkezî kavramı ödev, (b) şıkkındaki anlamın merkezî kavramı *uygunluk/yerindelik* iken, (c) şıkkındaki anlamın merkezî kavramı ise, en nihayetinde, başka insanların bir iddiası olmaktadır.

"İddia etmek" (claiming) ne demektir? Psikolojik olarak, iddia etmek karmaşık bir eylemdir. Öncelikle, bu hususta göz önünde bulundurabileceğimiz söylemlere göre, bütün taleplerin (demands) *hukukî* iddialar olmadıkları açıktır. Karanlık ve تنها bir yerde beni bekleyen soyguncu benim paramı "talep eder." Öte yandan, kendisinden ödünç aldığım kişi eğer ona bir meblağı geri vermek zorundaysam benim paramı talep eder. Fakat ilk örnekteki talep dünyanın bütün ülkelerinde genellikle "hukuka aykırı" görülürken, ikincisi genellikle her yerde "hukukî" görülür.

Bana öyle geliyor ki, iki talep arasındaki en aşikâr fark, (soyguncular dahil) herkesin genellikle başka biri tarafından soyulmamayı istemesidir. Alacaklılarından ödünç aldıkları parayı geri vermek istemeyen alçaklar dahil herkes ödünç verdiği parayı genellikle geri almak ister. Soyguncular veya [borcunu ödemekten kaçınan] alçaklar onların kendilerinin bütün diğer muhtemel soygunculara veya kötü niyetli borçlulara yöneltecek oldukları *ortak* taleple çelişen özel (special) bir talepte bulunmaktadır.

Hukukun "normatif" teorisinin taraftarları "ortak" taleplerle "özel" talepler arasındaki bir çelişkidenden söz etmemize imkân veren şeyin, gerçekten bir "norm"un, bir hukuk normunun varlığı olduğu yolunda bir itirazda bulunabilirler. Ancak buna karşı, yukarıda değinilen çelişkiyi bulmak için bir kriter olarak *hukukî türde bir normu* düşünmenin hiç de zorunlu olmadığı şekilde cevap verebilirim. Belli bir toplumda "genellikle olan şey" (id quod plerumque accidit) şeklindeki klasik fikir "hukukdışı" taleplerden hareketle "hukukî" talepleri anlayabilmemiz için gayet yeterlidir. İstatistiksel olarak, herhangi bir anda yoldan geçen bir kimsenin تنها bir yerde yoldan geçen başka bir kişiyle karşılaştığında bir soyguncuya dönüşme ihtimali nispeten düşüktür, aksinin olma ihtimalinden de düşüktür. Aynısı para ödünç alan kişiye ve onun aldığı parayı geri vermeyi istememe ihtimaline de uygulanabilir. Rusların dediği gibi, "herkesin soygun yaptığı yerde kimse soyguncu değildir." Yani, herkesin soygun yaptığı yerde, soyguncuyu tanımlayacak öncüllerin kendileri yoktur, çünkü gerçekte örgütlü

bir toplum yoktur. Bizim "özel" olarak nitelediğimiz talep istatistiksel olarak *toplumda muhtemel değildir*. Bu, deyim yerindeyse, kuralın bir istisnasıdır; *kural* derken de zorunlu olarak bir hukuk normunu değil, gerçek olayların bir tasvirini kast ediyorum.

Borçlusunun [borcunu] ödemesini isteyen bir alacaklının talebi *zımnen borçlusunun ödeyeceği öngörüsünü içermektedir*. [Yoldan ] gelip-geçen bir kimsenin herhangi biri tarafından rahatsız edilme veya soyulmama talebinde zımnen verilen ise, hiç kimsenin onu rahatsız etmeyeceğine dair bir öngörüdür. Onların her birinin öngörülerinin temeli ihtimaliyet yargılarıdır.

Öte yandan, kendi amaçlarına ulaşmayı istedikleri zaman bir soyguncunun veya kötü niyetli bir borçlunun tutumunda zımnen içerilen, onun talebinin normal şartlar altında kurbanı tarafından karşılanmayacağından ibarettir. Böyle bir kişinin onun özel taleplerinin genellikle çok düşük olan karşılanma ihtimallerini artırmak için, kendisini ve/veya kurbanını çok özel bir duruma sokmaya çalışmasının nedeni budur.

Ben, belli bir toplumda herhangi bir anda muhatapları tarafından *karşılanma ihtimali yüksek olan* talepler veya iddialara "hukukî" demeyi öneriyorum. Her bir tekil durumda bunların karşılanabilme nedenleri değişiktir ve ahlâkî veya teknik kurallara veya her ikisine birden bağlıdır.

"Hukuk dışı talepler veya iddialar" ise, aksine, *normal şartlarda muhatapları tarafından karşılanma ihtimali az olan veya hiç olmayan* talepler veya iddialardır (Bir soyguncu kalabalık bir caddede güpegündüz para talep ettiği zaman olduğu gibi).

Bir yanda açıkça "hukukî" olan talepler ve öbür yanda açıkça "hukuk dışı" olan talepler *belli bir zamanda belli bir toplumda insanların yapabilecekleri bütün taleplerin oluşturduğu bir yelpazenin karşıt uçlarında yer alırlar*. Bununla beraber, karşılanma ihtimalleri açıkça "hukukî" olan taleplerinkinden daha az, ama açıkça "hukuk dışı" olan taleplerinkinden halâ daha yüksek olan, "yarı-hukukî" veya "yarı-hukuk dışı" taleplerin oluşturduğu kocaman bir ara sektörü de unutmamak gerekiyor.

Bu yelpazedeki taleplerin hepsi değilse de çoğunun konumu *herhangi bir zamanda ve herhangi bir toplumda* değişebilir ve *fiilen de değişmektedir*. Bu süreç, Jüstinyen'in ünlü sözleriyle, "her za-

man devam etmektedir" ve zaman boyutunu dahil etmeden onu kavrayamayız. Eski talepler kaybolurken yenileri ortaya çıkabilir ve mevcut taleplerin yelpaze üzerindeki yerleri değişebilir. Bundan dolayı sürecin tümü, *bütün taleplerin herhangi bir anda belli bir toplumda tatmin edilme ihtimallerinin sürekli bir değişimi* olarak tanımlanabilir.

Talepler veya iddialar, görüyor ki, öngörülere dayanmaktadır. Bununla beraber, onlar sırf öngörülere indirgenemezler. Hukukî işlem yapan kişinin konumu ay veya güneş tutulmasını tahmin eden bir astronomunkiyle tam olarak aynı değildir. Onun konumu daha ziyade tutulmayı sadece öngörmeyip aynı zamanda kendisine ait bir nedenle onun gerçekleşmesini de isteyen ve bunu kendi eylemiyle etkileyebilen astronomun durumuna benzer. İlgili kişinin mevcut çıkarına dayanan bir *irade* unsuru olmadan hiçbir talep olamaz. Öte yandan, bu kişinin yukarıda-değinen öngörüye dayanmayan hiçbir iradesi de var olamaz. Şüphesiz, bir talepte bulunduğumuzda ulaşmak istediğimiz nihai amaca göre çeşitli öngörü türleri arasında ayırım yapmamız gerekir. Alacaklı borçlusunun kendisine ödeme yapacağını tahmin edebilir ama aynı zamanda onun borcunu ödemesini de ister ve bunu sağlamak için elindeki bazı araçları kullanmaya kararlıdır. Bu onun, zorunlu olarak, bir şekilde "zorlama"ya başvurmak istediği veya ihtiyaç duyduğu anlamına gelmez. Belki borçlu gönüllü olarak borcunu ödeyecek, belki alacaklısı tam onu kendisine hatırlattığı zaman veya küçük bir tartışmadan, azarlamadan vs. sonra ödeyecektir. Alacaklı "zorlama"ya (veya zor kullanma tehdidine) başvururken bile, bu kavram ilk bakışta görünebileceği kadar sürecin tamamıyla ilgili değildir; çünkü borçluya karşı "zorlama"ya başvurmak bunu yerine getirmesi gereken kişilerin *iş birliğine* ihtiyaç gösterir. Alacaklının zorlamayı uygulaması gereken kişileri kendi borçlusuna cebir uygulamaya kışkırtmak için onlara karşı başka tür zorlamalara başvurmasına ihtiyaç kalmadan, onlar zorlamayı gönüllü olarak veya alacaklının kişisel müdahalesinden sonra uygulayabilirler. Önceki durumdaki gibi, buradaki ilgili kavram zorlama veya cebir değil fakat *alacaklının başka insanların istatistiksel olarak muhtemel olduğunu öngördüğü davranışını sağlama iradesidir*.<sup>92</sup>

92 Bu durumda, taleplerimizin niçin karşılandıklarına bakmaksızın onları karşılayabilme imkânımızı *iktidar* ve başka insanları onları karşılamaya veya ilgili kişileri onları şu veya bu şekilde

İddia veya talepler birbirine karşı olabilir veya hatta "hukuk dışı olan"a karşı "hukukî olan" ve ayrıca "hukukî olan"a karşı "hukukî olan" ve "hukuk dışı olan"a karşı "hukuk dışı olan" şeklinde birbirleriyle çatışabilirler ki bunların her birinin başarısı onların ilgili kişiler tarafından karşılanma ihtimallerine bağlıdır.

Yukarıda ana hatlarıyla ortaya konan analizin sonuçlarını profesyonel hukukçuların ve hukukî işlem yapanların ana kavramlarının bir kısmıyla karşılaştırmak ilginç olur. Onların genellikle "hukukî iddia/talep" yerine hukuk normu kavramından hareket ettiklerini daha önce ifade etmiştim. Hukukî iddia kavramını hukuk dilinin temel bir kavramı olarak teorileştirmeye çalışan hukukçular bile her ne zaman teorilerini kendisinden hareketle geliştirdikleri nihaî veri olarak hukuk normu kavramına sarılmışlarsa çelişkiye düşmüşlerdir.

Şimdi de profesyonel hukukçular ile genel olarak hukukî işlem yapanların dilinde ve düşünüş tarzlarındaki, hukuk felsefesi için tipik olduğunu ileri sürdüğüm dille karşılaştırıldığında farkına varabileceğimiz başka farklılıkların altını çizmem gerekiyor. Profesyonel hukukçular sadece hukukî iddiaları hukuk normlarından "çıkarsa"mazlar, onlar aynı zamanda kendi çıkarımlarını yegâne mümkün çıkarımlar olarak da görürler. Onlar için iddialar eğer hukukî bir normdan "türetilebilir" iseler hukukîdirler, aksi halde hukuk dışıdır. Normlara gelince onlar da profesyonel hukukçular ve genel olarak hukukî işlem yapanlarca kabul edilip edilmemelerine göre hukukî veya hukuk dışıdır. *Tertium non datum*. [Üçüncü bir seçenek yoktur]. Normların ve iddiaların hukukî öznelerce tasviri, deyim yerindeyse, siyah ve beyazdır. Ayrıca, bu resimde hiçbir zaman boyutu yoktur; hukukî işlem yapanlar bugünkü hukuk normunu umursarlar, dününkünü veya yarınunkini *değil*. Son olarak, onlar sadece kendi pratik amaçları açısından kabul ettikleri hukuk normunu umursar ve bütün diğerlerini görmezlikten gelirler. Onların hukuk toplumuna bakışları tekelcidir. Onlar aslında sadece *kendilerinin* hukuk toplumunu önemserler. Başka toplumlara da atıfta bulunurlar, ama sadece bu toplumlar onlar için kabul edilebilir veya reddedilebilir olduğu sürece. Hukukî işlemcilerin gerçekten ihtiyaç duydukları şey, bazı

karşılamaya sevk eden nedenlere bakmaksızın hukukî taleplerimizi karşılayabilme imkânımızı ise *hukukî iktidar* [yetki] olarak adlandırmayı öneriyorum.

iddialarda bulunmaktır; onların dilleri gibi düşünüş tarzları da bu amaca uyarlanmıştır. Hukukî işlemci, buna karşılık, kendisine ait bir iddiada bulunmak veya onu desteklemek yerine, sadece mevcut iddiaları, onların hem birbirleriyle hem de belli bir zamandaki herhangi bir toplumun hukuk normlarıyla temel bağlantılarını yeniden kurgulamak için, kullanmak ister.

Hukuk felsefecisi ise sadece iddialar kavramından hareket etmez, fakat aynı zamanda iddiaların çatışabileceğinin de farkındadır. Hatta dahası, o iddiaların aynı anda farklı kişiler tarafından "hukukî" olarak görüldüklerinde de çatışabileceklerinin farkındadır. Bundan dolayı, hukuk felsefecisinin hukuku tasvir etmesi hiçbir zaman siyah ve beyaz şeklinde değildir, çünkü o profesyonel hukukçuların kendi tasvirlerinde umursamadıkları bütün iddiaları dikkate alır. Hukuk felsefecisi bilir ki, herhangi bir anda hukukî işlemcinin bütün tasvirini değiştirebilecek olaylar tam olarak onların önemsemedikleri iddialarda meydana gelir. Hukuk felsefecisi şunu da bilir ki, her bir hukukî işlemci tarafından pratik nedenlerle kabul edilen tek bir hukuk toplumu değil, fakat başka insanların da kendilerine ait pratik nedenlerle kabul ettikleri ve öncekiyle çatışabilecek başka "hukukî" toplumlar da vardır. Hukuk felsefecisinin tanımladığı haliyle ortaya çıkan manzara nüanslı ve çok yanlıdır; bu manzara –içinde yer aldıkları uzun kâğıt rulolarını çözmek suretiyle görülebilen Japon resimleri gibi– ancak zaman içinde gözler önüne serilir. Filozofun gözünde hukuk normunun sadece hukukî işlemcinin resmindekinden farklı bir yeri yoktur, onun ayrıca farklı bir *anlamı* da vardır. Bir hukuk normu istatistiksel anlamda bir kuraldır; oysa hukukî işlemcinin gözünde bir hukuk normu, onunla çelişik olması muhtemel diğer bütün iddialar ne olursa olsun, yalnızca kendisinin hukukî olduğunu düşündüğü iddiaların/taleplerin tanımıdır.

İki bakış açısı arasındaki farkı ayırt etmek her zaman kolay değildir. Hem hukukî işlemci hem de hukuk felsefecisi, nihayetinde, karşılanması muhtemel olan hukukî iddiaları göz önünde bulundururlar. Hukukî işlemci bu muhtemel olayı etkilemekle uğraşırken, hukuk felsefecisi öyle yapmaz; o görmeyi bekler. Hem hukuk felsefecisi hem de hukukî işlemci hukuk normunu iddialar ifade eden bir önerme olarak görürler. Hukukî işlemci bu önermeye kendi taleplerini desteklemek için başvururken, hukuk felsefecisi

söz konusu önermeleri zorunlu olarak kendisinin olmayan iddiaların bir yansıması olarak inceler. Sonuç olarak, hukukî işlemci önermenin geçerliliğinden şüphe etmez, çünkü o (ona karşılık gelen) iddialarının geçerliliğinden şüphe duymaz. Hukuk felsefesi ise onun istatistiksel anlamda "hukukî" iddiaları doğru olarak tanımlayıp tanımlamadığını bulmak için cümleyi irdelemeye her zaman hazırdır.

Bu iki farklı bakış açısından iki farklı hukuk normu anlayışı ve onların bütün bir hukukî süreçteki önemi çıkar. Hukukî işlemci hukukî normların –diyelim– yasama yoluyla sabitlenmesinin bütün hukukî sürecin kaynağı olmasını amaçlar. Hukuk felsefesi ise onu söz konusu sürecin etkenlerinden sadece biri, hem de belirleyici olmayan biri olarak görmek zorundadır. İşin aslı, herhangi bir belirli zamanda ve herhangi bir belirli toplumda bu elbette onların karşılaşma ihtimallerini etkileyebilir ama yasama hukukî iddiaları zorunlu olarak istatistiksel olarak tanımlamaz. Aslında, yasa-yapımı sürecine sadece az sayıda kişi (halkın temsilcileri) doğrudan doğruya katılır ve onların yaptıkları tam da kendilerinin yaptıkları veya destekledikleri iddiaları, bu iddiaları bu toplumda gerçekte genel olarak karşılanan –veya karşılaşma yolunda olan– iddialarla çatışmadan tanımlamaktır. Bütün zamanlarda (bizim çağımız da dahil), istatistiksel olarak "hukukî" iddiaların yasa-koyucular tarafından tanımlanmasının doğruluğunu değilse de en azından yasa-koyucuların yasalarda zaten mevcut olan hukukî iddiaların ihtimaliyetini etkileme gücünü fazla önemseme yönünde güçlü bir eğilimin var olmuş olması tipiktir.

Kanaatimce bu eğilim bütün hukukî sürecin başına "normlar"ı yerleştiren ve iddiaları normatif "buyruklar"ın (prescriptions) mantikî bir *sonucundan* ibaret gören teorik varsayımın pratik karşılığıdır. Bana göre, hukuk felsefecisinin görevi, hukukî iddialar ile hukuk normları arasındaki gerçek bağlantıları istatistiksel olarak yeniden kurmanın yanında, hukuk normlarını sabitlemenin hukuk sürecinde sınırlı bir yeri olduğunu bütün hukukî işlemcilerle hatırlatmaktır.

Yasamayı, hukukî [olan] iddiaları –"norma dönüştürme"nin yanında– istatistiksel olarak tanımlamaya yönelik az çok başarılı bir teşebbüs olarak görebiliriz. Yasa-koyucuların tanımladığı şey şu ikisinden biri olabilir: a) kendi toplumlarında gerçekten istatis-

tiksel olarak hukukî normlar olduğunu düşündükleri şeyi, b) gerçekten istatistiksel olarak hukukî normların bu toplumda kendi yaptıkları yasaların –ve bu sonucu üretmek için ellerinin altında olduğunu düşündükleri araçların (yani, psikolojik veya fiziksel cebirin) kullanılmasının– bir sonucu *olacağını* düşündükleri şeyi. Fakat bu noktada, cebirle ve onun genel olarak hukukî süreçteki önemiyle ilgili olarak, daha önce uyardığımız şeye bir kere daha geri dönmemiz gerekiyor. Yasama, yasa-koyucuların gelecekte istedikleri bir durumu tanımlarken hukukî süreçte zorlamanın marjinal öneminden doğan zorluklarla karşı karşıyadır. Şüphesiz, yasama onu değiştirmeye kalkmadan veya hatta onu devam ettirmek amacıyla, sırf halihazırda olan hukukî durumu da tanımlayabilir. Geçen yüzyılda (19. yüzyılda) kabul edilenler gibi temel kanunlar (kodlar) [buna] iyi bir örnektir. Bütün dünyada bu yüzyılda kabul edildikleri şekliyle yasalar, çoğunlukla, zaten mevcut olan durumu değiştirmeyi amaçlayan yasama örnekleridir. Her durumda, yasama hem bizatihi yasa-koyucular tarafından desteklenen iddiaların sunulması, hem de onların kendi toplumlarında istatistiksel olarak hukukî addettikleri iddiaların bir ifadesidir. Bu iki yönün her birinin herhangi bir yasamada var olma derecesi önemli ölçüde değişkenlik gösterebilir.

Benzer yorumlar, yasamanın yanında, hâkimlerin yaptıkları gibi hukuk normlarını sabitlemenin başka şekilleri için de geçerlidir. Bir hâkimin kararları veya (Roma zamanındaki gibi) bir hukuk danışmanının cevapları daima hem istatistiksel olarak hukukî olduğu düşünülen iddiaların, hem de onların müellifleri tarafından bir dereceye kadar kişisel olarak da desteklenen iddiaların sunumlarıdır. Bununla beraber, hukukçular ve hâkimler belli bir zamanda kendi toplumlarında istatistiksel olarak hukukî olan iddiaları resmederken, aynı anda kendi iddialarını destekleme teşebbüslerinde yasa-koyuculardan daha da kayıtlanmışlardır. Yasa-koyucunun işi, en azından tanım gereği, şarta bağlı olmaması istenirken, bir hâkimin veya hukuk danışmanının işi tanımlama gereği emsallerle, yasalarla ve ilgili tarafların iddialarıyla kayıtlıdır. Hâkimler ve hukuk danışmanların işinde cebir ve mevcut iddiaların ilgili kişiler tarafından karşılanma ihtimallerini etkileyecek diğer araçlar yasa-koyucunun durumuna nispetle marjinal önemdedir.



Hukukî süreç en sonunda daima bireysel iddiaya indirgenebilir. İddialarında başarılı oldukları sürece bireyler hukuk yaparlar. Onlar sadece önsezilerde bulunmaz ve öngörüler yapmazlar, bu öngörülerin kendi müdahaleleriyle süreç içinde başarılı olması için de çalışırlar. Hâkimler, hukuk danışmanları ve öncelikle de yasa-koyucular bütün süreci kendi müdahaleleriyle etkileme konumunda olan bireylerdir. Belirttiğim gibi, bu müdahale ihtimalleri sınırlıdır ve abartılmamalıdır. Eklemeliyim ki, öte yandan, bu özgül bireylerin ve öncelikle de yasa-koyucuların müdahalesinin bütün süreçte harekete geçirebileceği çarpıklıkları da abartmamalıyız.

Kaynakları ne olursa olsun hukukî normlar, hâkimlerin kararları, hukuk danışmanlarının cevapları veya yasalar daima bu süreci bir noktaya kadar etkiler. Onlar hukukî iddiaların önceden mevcut durumunu sadece tanımladıkları zaman bile, insanlara zaten var olan hukukî süreçte olup-bitmekte olan şeyin açık-seçik bir resmini sunmak suretiyle, bu durumu en azından sürdürmeye eğilim gösterirler. Öte yandan, hukuk normları yapıcılarının mevcut hukukî süreci etkilemek suretiyle ulaşmak istedikleri gelecekteki bir durumu tanımladıkları zaman insanların kendi iddialarında başarılı olmalarını pekalâ engelleyebilirler, yapıcılar aksi yöndeki diğer iddiaların karşılanmasını dayatmakta başarılı olmasalar bile. Elbette, insanların istedikleri bir şeyi yapmalarını engellemek onları istedikleri bir şeyi yapmaya zorlamaktan daha kolay olduğu için, hukuk normlarının negatif sonuçları pozitif sonuçlarından daha etkilidir. Hukukî süreçte özel bir konumda olan bireyler, istedikleri veya düşündükleri kadar çok olmasa da, bundan yararlanabilirler. Yanılmıyorsam, bu [normların negatif sonuçlarının pozitif sonuçlarından daha etkili olduğu], bir şekilde, eski doğal hukuk doktrinlerinden –yani insan(ın) hakları doktrininden– bize kalmış olan bir öğretilerdir. Bu öğreti, pratik vurgudan yoksun olsa da veya tam da bu yüzden, söz konusu doktrinlere hizmet etmelidir. Bu, hukuk felsefecisinin [ulaştığı] teorik bir sonuç olduğu kadar hukukî işlemcinin iddiası değildir.



## OLUŞUM HALİNDEKİ "HUKUK VE İKTİSAT"

İktisat biliminin mahiyeti hakkındaki genel araştırmalar oldukça nadirdir. AŞağı yukarı aynısı, hukuk biliminin genel incelemeleri için de sylenabilir. Bu, muhtemelen, hukuk-yapımı sürecinin doğasını iktisadî sürecin, özel olarak piyasa sürecinin, doğasıyla karşılaştıran zikre değer incelemelerin yokluğunun da iyi bir nedenidir. Fakat bu, kesinlikle söz konusu eksikliğin tek nedeni değildir. Bu uzmanlaşma çağında az sayıda iktisatçı aynı zamanda hukukçudur ve çok az hukukçu da aynı zamanda iktisatçıdır. Mises ve Hayek gibi hukuk eğitimi de almış seçkin iktisatçı azdır. Büyük endst-rilerin veya endst-riler federasyonunun bazı iktisat veya hukuk danışmanları iktisatta eğitim görmüŐ hukukçulardır. (Bu hususta hem hukukçu hem de iktisatçı olan ve halen İngiliz Endst-riler Federasyonunun Baş İktisat DanıŐmanı olarak hizmet eden dostum Arthur Shenfield'ı zikredebilirim.) Her iki sürecin karŐılaŐtır-malı incelemesine girişmek için hem istekli hem de buna muktedir olan insanlar son derece nadirdir. Benim bu kişilerden biri olduğu-mu iddia etmiyorum. Yine de meslekten bir hukukçu ve iktisadın teori ve pratiğiyle çok ilgili biri olarak, her zaman, bu süreçlerin mahiyetleri, birbiriyle karşılaştırıldığında bunların ana yönlerinin ne olduğu, ve nihayet bu iki sürecin arasındaki teorik ve pratik iliŐ-kilerin ne olduğuna dair açık bir fikre sahip olmanın hukukçular ve iktisatçılar için çok önemli olduğunu dŐnmŐmdr.

Bu tür bir araştırmanın önemi sırf teorik değildir. Politikacıların iktisadî alanda ulaşmaya çalıştıkları hedeflere göre bazı siyasetleri benimsemeye [kendilerini] yetkili hissedip hissetmedikleri, büyük ölçüde, onların her bir sürecin çeşitli yönleri ve bunların karşılıklı ilişkileri hakkındaki düŐüncelerine bağlıdır. Sokaktaki adamın bu siyasetleri talep mi ettiği, onayladığı mı yoksa sadece hoŐ mu

gördüğü de büyük ölçüde bu düşüncelere bağlıdır. Politikacıların ve sokaktaki adamın hukuk-yapımı süreci ile iktisadî süreç arasındaki ilişkiler hakkındaki fikirlerini zorunlu olarak kendi siyasî ideolojilerinin şartladığını düşünmüyorum. Aksine, birçok olayda, onların hukuk-yapımı süreci ile iktisadî sürecin mahiyeti ve ilişkileri hakkındaki fikirlerinin ideolojilerini şartlamış olabileceğinden şüphe ediyorum.

[Şimdi], en azından Batı tarihinde bildiğimiz şekliyle hukuk-yapımı süreçlerinin belli başlı türlerini tanımlamaya dönük bir girişimde bulunacağım. Daha sonra, bu süreçlerin hepsinin, hukuk üretiminin daha az görünen ama daha genel bir yoluna geri götürülebileceğini göreceğiz.

Tezimi, *hukuk yapımının başlıca üç yolunun veya yönteminin var olduğunu* söyleyerek özetlemek isterim. Eski Yunanlardan günümüze kadar bütün Batı tarihi boyunca, bunların her biri, diğerlerinden bağımsız olarak ve onları dışlar şekilde değilse de ayrı özelliklere sahip olarak ortaya çıkmışlardır. Bu yol veya yöntemler şunlardır: 1) Roma'da hukuk-danışmanlarının (*juris-consults*), Ortaçağ Almanya'sında *Juristen*lerin ve Anglo-Sakson ülkelerinde *hukukçuların* oluşturduğu özel bir uzmanlar sınıfının görüşleri aracılığıyla hukuk üretimi. Bu insanlar, kökeninden hareketle "hukukçuların-hukuku" veya Almanca *turistenrecht* denen bir tür hukuk üretmişlerdir. 2) Hâkimler denen başka bir uzmanlar sınıfı tarafından hukuk üretimi. İngilizce "yargıç-yapımı-hukuk" terimi tam olarak bu hukuk türüyle ilgili olarak aklımda tuttuğum şeyi ifade etmektedir. 3) *Yasama süreci* yoluyla hukuk üretimi. Bu günümüzde çoğu ülkede, sokaktaki insanın bizim hukuk dediğimiz şeyin üretiminin bundan başka bir yolunun olduğunu tasavvur dahi edemediği bir süreçtir.

Yasama "hukuk üretimi"nin önceki iki yolundan son derece farklıdır. Hukukçular ve hâkimler kendi üretimlerini ortaya çıkarmak için ulaşabildikleri malzemeler üzerinde çalışarak hukuk üretirler. Büyük çağdaş bilgin Sir Carleton Kemp Allen'in yerinde mecaziyla ifade edersek, onlar bir ağacın parçalanarak ondan kütükler "yapılması"yla aynı anlamda hukuk "yaparlar".<sup>93</sup>

93 Carleton Kemp Allen, *Law in the Making* (5th ed.; Oxford: at the Clarendon Press, 1951), s. 288.

Yasa-koyucuların tutkusu ise, tersine, hukuku bu yola başvurmadan yapmaktır. Onlar hukuku hem "üretirler", hem de onu malzemelerden, hatta başka insanların aksi yöndeki irade ve görüşlerinden bağımsız olarak, bir tür emirle/iradeyle üretmeyi isterler. Onların kastı hukukun sırf üretilmesi değil fakat onun *yaratılması*dır.<sup>94</sup> Bilim insanları yüzyıllardır yasamanın bu özelliklerinin kendine özgü niteliğini fark etmiş ve bunu *jus ve lex, hukuk ve irade, hukuk ve kral, hukuk ve egemen...* gibi kelime çiftleri arasındaki karşıtlıkla dile getirmişlerdir. Bu karşıtlık çağlar boyunca metafizik veya dinî anlamlar ve mecazlarda sıkça yankılanmıştır.

Yine de, bu karşıtlık sırf insanî ve dünyevî terimlerle de gayet anlaşılabilir. Eğer hukukun bir yasa-koyucunun *yaratımı* olduğunu varsayarsak, hukukun krallar veya egemenler vb.nin kayıtsız-şartsız iradesinin sonucu olduğunu da, en azından zımnen, varsaymak zorundayız. Bundan dolayı, yasamanın kaynağında, az veya çok zımnî olarak, kim olursa olsun bir egemenin mutlak iradesi vardır. Tam da yasama fikri, hâkimler ve hukukçular gibi olağan insanların izledikleri olağan usullerle asla ulaşamayacak olan sonuçları, bazı insanların kayıtsız-şartsız iradesinin bir sonucu olan yasamanın elde etmeye muktedir olduğunu düşünenlerin ümitlerini kamçılar. Bugün sokaktaki insanın, şu veya bu nedenle "Bir kanuna ihtiyaç var" şeklinde konuşması yasamaya bu inancın naif bir ifadesidir. Hukukçuların hukukuna ve yargıç-yapımı-hukuka götüren süreçler hukuk-üretimine kayıtlı/sınırlı yolları olarak ortaya çıkarken, yasama süreci *kayıtsız-şartsız* ve saf bir irade meselesi olarak ortaya çıkar veya buna meyleder.

Hukuk üretmenin kayıtsız-şartsız bir yolunun var olabileceği fikrinin kendisi bütün zamanların pek çok seçkin bilginleri tarafından reddedilmiştir. Söz gelişi, Roma döneminin en seçkin devlet adamlarından biri ve yabancılara (yani, Yunanlara) karşı geleneksel hayat tarzının savunucusu olan Kayıtçı Kato (Cato the Censor) Yunan sistemine nispetle Roma hukuk sisteminin üstünlüğünün, onun her biri kendi çalışmasını tecrübeye ve emsallere dayandırmış olan ve daima mevcut durumun kısıtlamalarına tâbi olan çok

94 Bu "hukukun yaratılması"nın en azından uygulamada ne anlama geldiğini ve bu fikirle ilgili sınırlar ve yanlış anlayışların ne olduklarını daha sonra açık bir şekilde göreceğiz. Yasama yoluyla hukuk-yapımı sürecinin tam da diğer iki hukuk-yapımı sürecinde var olmayan veya çok daha az var olan kendine özgü özellikler gösterdiği söylenebilir.

sayıda insan tarafından yüzyıllar içinde peyderpey üretilmiş olmasından ileri geldiğiyle övünürdü. Daha sonraları, Ortaçağda, farklı felsefî ve dinî arkaplanı nedeniyle tamamen farklı bir dil kullanan ünlü İngiliz hukukçu Bracton da Kralın kendisinin de hukuka tâbi olduğunu, çünkü onu Kral yapanın hukuk olduğunu söylüyordu: "Hukukun kendisine verdiğini yani hâkimiyet ve iktidarı şimdi de Kral hukuka versin; çünkü hukukun değil de iradenin hüküm sahibi olduğu yerde Kral yoktur." Bracton'ın dilini daha modern kelimelere çevirirsek, bu şu demek olur: Bütün o gücüyle Kral bile hukuk yaratamaz; o hukuku sadece uygular. Başka insanlar üstünde büyük bir iktidara sahip olsa bile, keyfine göre hukuk yapmak diye kayıtsız-şartsız bir yol yoktur.

18. yüzyılda başka bir hukukçu –Blackstone– da aynı şeyi başka sözlerle dile getirmiştir. Blackstone egemenliğin hukukun *kaynağı* (fountain) değil, onun sadece *gölü* (reservoir) olduğunu söylemişti; binlerce kanalından bireyler için adalet ve hukuk akan bir göl. Bir yasa-koyucunun herhangi bir malzemeye dayanmadan hukuk-yaratma sözde imkânının aynı eleştirisi Batı'daki en ünlü hukukçular tarafından da paylaşılmıştır. Söz gelişi 19. yüzyılın en büyük Alman hukukçusu ve hukukta Tarihçi Okulun kurucusu olarak anılan Savigny (hukukî olanı dahil) davranışımızın kurallarını bir bütüne bağlayan şeyin "tesadüfî ve keyfî kaynak anlayışını tümüyle dışlayan halkın ortak kanaati, içten gelen bir ortak bilinç olduğu"nu yazmıştı. 20. yüzyılda Pound, Timasheff, Cairns ve Juius Stone gibi hukukçular aracılığıyla Birleşik Devletler'de etkisi gitgide artan başka bir büyük hukukçu, Eugen Ehrlich de şöyle demiştir: "Geçmişte her zamandaki gibi günümüzde de hukukî gelişmenin çekim merkezi yaşamada değil... fakat bizatihi toplumdadır." Kayıtsız-şartsız bir şekilde istendiği gibi hukuk üretme yolu olarak yasama süreci düşüncesinin bu eleştiricilerine hem klasik hem de neoklasik okula mensup pek çok iktisatçıyı da eklemeliyiz. (Yasamaya ve hukuk-yapımı sürecinin başka türlerinin yerine yasamayı geçirmeye dönük bütün girişimlerin altında yatan düşünceye daha sonra tekrar döneceğiz.)

Şimdi yukarıda değinilen hukuk üretiminin diğer iki yolunu gözden geçirelim. İlki hukukçular tarafından benimsenen yoldur. Muhtemelen sadece eski Yunanistan hariç bütün Batılı ülkelerin uygarlıklarının gelişiminde belli bir noktadan sonra özel bir uz-

manlar grubu olarak hukukçuları olmuştur. Ancak, içinde hukukçuların en üstün *statüye* sahip oldukları ülke eski Roma'dır. Eski Romalı hukukçular yüzyıllar boyunca hukuku profesyonel, açıkça tanınmış ve neredeyse resmî bir yolla "üretmişler"dir. Onların kendilerinin bu gerçeği kabul etmekte genel olarak istekli olmadıkları doğrudur. Romalı hukukçular hukuk kurallarını oluştururken sıkça On İki Levha gibi eski efsanevî statülere atıfta bulunuyorlardı. Yine de onlar bu kuralları genellikle hükümetleri müdahale etmeden yapmışlar ve yurttaşları da onları gayet istekli olarak kabul etmiştir. Şüphesiz, Romalılar tarihlerinde pek çok yasa yapmışlardır, ama bireyler arasındaki özel ilişkilere son derece ender olarak müdahale eden bu yasalar çoğunlukla hükümetin işleyişiyle ilgiliydiler. Bugün, bin yılı aşan tarihleri boyunca Roma yasama güçlerinin yurttaşlar arasındaki özel ilişkilerle ilgili olarak yaptıkları sadece 50 kadar yasanın kaydına sahibiz.

Ortaçağda ve 19. yüzyılın başlangıcına kadar olan modern zamanlarda –Alman ülkeleri söz konusu olduğunda 19. yüzyılın sonuna kadar– İtalyan, Fransız ve Alman hukukçular da hemen hemen benzer bir statüden yararlanıyorlardı. Bu hukukçuların hukuk üretimine ilişkin özgül yöntemleri eski Romalıların tarzından oldukça farklıydı. Fakat yine de onlar Avrupa kıtasında 18. yüzyılın sonu ve 19. yüzyılın başları arasında temel kodların yapılmasına kadar zaman zaman muhtelif tıkanma veya daralmalara maruz kalsa da, kendi hukuklarını açık olarak ve hatta resmen tanınan bir şekilde "üretmişler"di. Roma hukukçuları tarafından benimsenen sürecin mahiyetini daha önce *Freedom and the Law* (Özgürlük ve Hukuk) kitabımda [bu yayında Birinci Kitap'ta] kısaca tanımlamaya çalıştım. Bunu yaparken İtalyan Rotendi ve Vincenzo, İngiliz Buckland ve Alman Schulz gibi bazı çağdaş bilim insanlarının hayranlık verici eserlerinden yararlandım. Bu konuda şöyle yazmıştım:

Romalı hukukçu bir tür bilim insanıydı; tıpkı sanayicilerin bugün bir fizikçiye veya bir mühendise bitkileri veya ürünleriyle ilgili teknik bir problem sunması gibi, hukukçunun araştırmasının nesnelere de yurttaşların incelemesi için kendisine sundukları davalara [getireceği] çözümler idi. Bundan dolayı, Roma özel hukuku yapılması değil de tanımlanması veya keşfedilmesi gereken bir şeydi; o bütün Roma yurttaşlarının ortak mirasını oluşturan, mevcut olan şeylerin bir dünyası idi. Bu hukuku kimse yapmamıştı ve hiç kimse kendi kişisel iradesiyle onu değiştiremezdi.

Bu, değişimin olmadığı değil fakat hiç kimsenin gece yatağa ertesi sabah uyandığında yeni bir kanunla kaldırıldığını öğreneceği mevcut bir kurala dayanarak planlarını yapıp gitmediği anlamına geliyordu.

Romalılar hukukun hiçbir zaman ani ve öngörülemez bir değişikliğe uğramaması anlamındaki bir hukukun kesinliği kavramını benimsemiş ve uygulamışlardı. Ayrıca, hukuk asla senatörler veya devletin diğer önde gelen magistraları dahil herhangi bir yasama meclisinin veya herhangi bir kişinin keyfi iradesine veya keyfi yetkisine sunulmazdı. Bu uzun-vadeli veya –öyle demeyi tercih ederseniz– Romalıların hukukun kesinliği anlayışı idi.<sup>95</sup>

Bu hukuk anlayışının Roma yurttaşlarının iş hayatında ve özel hayatta genellikle yararlandıkları özgürlüğün esası olduğuna daha önce işaret etmiştim. Bu bağlamda, Romalı hukukçuların benimsedikleri hukuk-yapımı sürecinin yurttaşlar arasındaki hukukî ilişkileri serbest bir piyasanın iktisadî ilişkileri koyduğuna çok benzer bir düzleme koymakla sonuçlandığını kaydetmek de çok önemlidir. Bir bütün olarak hukuk en az piyasa kadar kısıtlamadan/zorlamadan azâde idi. Prof. Schultz'un ifadesiyle, Roma'da özel hukuk "özgürlük ve bireycilik temelinde" gelişmişti.<sup>96</sup>

Bu vesileyle, Roma sistemi hakkında çok duygusal olduğum suçlamasına yer veren *Freedom and the Law* kitabım hakkındaki bir tanıtım ve değerlendirme yazısına<sup>97</sup> cevap vermek isterim. Sanırım [iddia edildiği gibi] duygusal değildim. Ben hiçbir zaman Roma hukukunun bir "özgürlük cenneti" sağladığını söylemedim, Roma hukukunun bu "cennet"i İmparatorların yönetimi döneminde sağladığını ise hiç söylemedim. Yine de, bu sistemi günümüzde hâkim olan birçok başka sistemle karşılaştırdığımızda, İmparatorların yönetimi altında bile Romalıların hukuk sistemi lehine söylenecek çok şey olduğu kanaatindeyim. Bazı çok güçlü Romalı yöneticilerin zaman zaman kimi vatandaşların hayat ve mülkiyetleri üzerinde keyfî tasarruflarda buldukları doğrudur. Fakat bu her zaman yurttaşların hayatlarına ve mülklerine devletin karışamayacağına ilişkin genel kuralın bir istisnası –ve uygun-

95 Bkz.yukarıda, s. 62.

96 Fritz Schultz, *History of Roman Legal Science* (Oxford: at the Clarendon Press, 1946), s. 84.

97 Murray N. Rothbard, "On Freedom and the Law", *New Individualist Review*, Vol. 1, No. 4, Winter 1962, ss. 37-40. Bu derginin eksiksiz bir edisyonu Liberty Fund tarafından 1981 yılında yapılmıştır. Orada bkz. ss. 163-166.



suz bir istisnası- olmuş ve öyle de görülmüştür. Bu genel kuralı, günümüzde neredeyse bütün devletlerde prensip olarak bütün yurttaşlarla ilgili olarak hâkim olan el-koymacı uygulamalarla ve piyasadaki bireylerin serbest tercihine getirilen diğer sınırlamalarla karşılaştırınız. Günümüz hukuk sistemleri ile eski Roma'nunki arasındaki karşılaştırma bu ikincisi lehine gurur vericidir.

Eski Cumhuriyet zamanında Sulla gibi Romalı bir despot, onları idam ederek veya mal-mülklerine el koyarak düşmanlarından intikamını alabilmişti. Daha sonraki dönemlerde bir Roma imparatoru tehlikeli bir rakibini veya tahtta hak iddia eden birini öldürmek için bir katil gönderebilmiş ve onun mülkiyetine el koymak için bir kararname çıkarabilmişti. Fakat günümüzde özgür ülkelerde bile yöneticiler, sadece bazı hukukî formalitelere uymak şartıyla, bütün yurttaşları hayatlarından değilse de mülklerinden yoksun kılma gücüne prensip olarak sahiptirler.

Roma vergi sistemini birçok çağdaş benzeriyle karşılaştırdığımızda benzer sonuçlara ulaşırız. Kitabım hakkındaki yukarıda değindiğim inceleme Romalılar tarafından işletilen "yıkıcı vergileme"ye işaret etmektedir. Başka birçok bilinmeyen yanı gibi, Romalıların malî sistemi gerçekte nasıl işlettiklerini de maalesef iyi bilmiyoruz. Fakat Roma yurttaşlarının en azından klasik dönemde prensip olarak gerçek bir vergilemeye tâbi olmadıkları kesindir. Onların hükümetinin bütün yaptığı, savaşmak için zorunlu olduğunda cebrî ödünç almaya başvurmaktı. Sık sık olduğu gibi, savaş kazanıldığında hükümetin ödünç aldığı para yurttaşlara geri verilirdi. Fethedilen ülkeler ise genellikle fethedilen ülke halkı tarafından arazinin kullanımı için Romalı fatihlere ödenecek bir tür fidye olarak düşünülen bir vergiye (vectigal/haraç) bağlanırdı. Ancak bu vergi bile, kural olarak, ödeme yükümlülüğü olan kişilerin gelirlerinin %10'unu aşmamıştır. Çağdaş hükümetlerimizin vergileme gücünün özgür ülkelerde bile pratikte sınırsız olduğunu ve yüksek vergi dilimine giren mükelleflerin gelirinin neredeyse tamamını kapsadığını düşünürsek, bunun yanında Roma vergi sisteminin cömertliği bizi şaşırtabilir. En azından maliye politikası söz konusu olduğunda, günümüzün özgür sayılan ülkelerinin hükümetleri yurttaşlarına, hiçbir Roma hükümetinin sadece kendi yurttaşlarına değil fethedilen ülkelerin yurttaşlarına bile davranmayacağı şekilde davranmaktadırlar.

Ana tezimize dönmeden önce bu karşılaştırmayı tamamlamak için son olarak, eleştiriçime göre Romalıların sözümlerine ona benimsettikleri kontroller ve refah tedbirlerinin oluşturduğu sözde baskıcı yapıya da temas etmeliyim. Burada bile, klasik Roma dönemi ile Roma İmparatorluğunun gerilemesi dediğimiz post-klasik dönem arasında kesin bir ayırım yapmamız gerekiyor. Kontroller ve refah tedbirleri klasik dönemde pratikte bilinmiyordu. Bu tedbirler sonraki dönemde bazı İmparatorlar tarafından getirildiler ve milâdi 4. yüzyılda Diokletyen zamanında, yani Batı Roma İmparatorluğu tarihinin sonuna doğru zirveye ulaştılar. Fakat eğer Diokletyen'in başlattığı refah devletini ve planlamayı çağdaş hükümetlerin başlattıkları refah devleti, devletleştirme ve planlamayla karşılaştırırsak, karşılaştırma Romalıların lehine sonuçlanır. Roma'da özel mülkiyet altındaki araziye kural olarak asla elkonmaz ve yönetim hiçbir zaman özel girişimlerin işletilmesini üstlenmezdi. Enflasyon ve paranın değerinin düşmesi hakkında da benzer değerlendirmeler yapabiliriz. Roma yönetiminin bu hususta bütün yapabildiği, çağdaş hükümetlerin parasal düzenlemeler ve benzer uygulamalarla enflasyonu artırmaya ilişkin sınırsız gücüyle karşılaştırıldığında nispeten azdı.

Artık hukukun hukukçular tarafından "üretimi"ne ilişkin ana tezimize dönebiliriz. Romalı hukukçuların hukuk kurallarını nereden ve nasıl türettiklerine şimdi biraz daha yakından bakalım. Yeni araştırmalar karşısında, onların kendi çalışma tarzları hakkında muhtemelen hiçbir zaman sarıh olmadıkları sonucuna varabiliriz. Bununla beraber, onların çalışmalarında nihaî veriler olarak her zaman yurttaşlarının hissiyatını ve davranışını dikkate aldıkları sonucuna varabiliriz. Bunu yurttaşların birbiriyle anlaşmalar yaparkenki ve bu anlaşmalara dayanarak veya hatta herhangi bir açık anlaşma olmaksızın başka kişilerden beklentilerine ilişkin alışkanlık ve geleneklerinde görebiliyoruz. Romalı hukukçular bu verileri "eşyanın tabiatı"ndan addediyor ve en az onun kadar önemli olan "en sık vuku bulanlar" kavramı içinde mütalâa ediyorlardı. Onların bu *veriler* karşısındaki kendi tutumları, onları içlerinde saklı olan kuralların doğmasına elverecek şekilde yorumlamaya çalışmaktı. Şüphesiz, bu birçok olayda, özellikle eski alışkanlık ve geleneklerin etkisinin gitgide azaldığı ve daha önce emsali olmayan yeni alışkanlıkların gelişmekte olduğu zaman, kolay bir görev değildi.

Hukukçuların görevi, zaten meydana çıkmış olan bir kuralın uzantısı veya bir benzeri olarak görülebilen bir kuralı, veya en azından öncekilere tekabül eden ve onlarla tutarlı olan yeni bir kuralı ortaya koymak, geliştirmektir. Bu hukukçulara göre, verilerin bu tür yorumu hem mümkündür hem de katı bir usulden etkilenebilirdi. Aslında, onlara göre, karşılıklı ilişkilerinde insanların davranışının nedenlerini ve onların zımnî mantığını keşfetmek için her zaman bir tür hesap yapmak mümkündür. Bu, Romalı hukukçuların bu ilişkilerin ve onların zımnî kurallarının *gerekçesi* (ratio) dedikleri şeydi. Onlar bu gerekçeyi *doğal* olarak adlandırıyorlardı, çünkü o ilgili herhangi bir kimsenin keyfi iradesine, onu keşfetmeye çalışan hukukçuların keyfi iradesine ise hiç, bağlı değildi. Romalı bir hukukçu ancak, bir hukuk kuralı geliştirmekte değilse de en azından buna ilişkin olarak ulaştığı sonuçların gerekçesini ortaya koymakta neredeyse tamamen başarısız olduğu zamandır ki, benzer hususlarda benzer sonuçlara ulaşan kendisinden önceki başka bir hukukçuya başvururdu.

Bu gayet ender olmakla beraber, Romalı hukukçu, oldukça paradoksal bir şekilde, zaman zaman kendi otoritesine de başvururdu. Roma'nın bu otorite anlayışıyla ilgili olarak dikkate değer olan, ona başvurmanın hukukçular bakımından mistik imalarının olmamasıdır. Romalı hukukçular hukukî bir sorunun doğru çözümü için kesinlikle herhangi bir ilâhî ilhama atıfta bulunmamışlardır. Onların çok muhtemelen ima ettikleri, o an için öyle olduğunu ispatlayamasalar da kendi çözümlerinin doğru olduğuna dair bir hipotezdi. Matematğin tarihinde bile matematik düşüncesinin bazı büyük temsilcilerinin benzer bir tutumunu fark edebilirsiniz. Sözde kanıtın gerçekten var olup olmadığını veya gelecekte bir kanıtın bulunup bulunmayacağını bilmediğimiz –Fermat'ınki gibi– teoremler vardır. Bunun gibi, modern matematiğin İtalyan Lagrange tarafından bulunan *fonksiyon* veya Alman Leibnitz veyahut İngiliz Newton tarafından bulunan *infinitesimal calculus* (sonsuz küçükler hesabı) gibi temel önemdeki kavramları, kanıtlamaları henüz yapılmadığı için başlangıçta akıl yürütmelerin tam olarak temellendirilemeyen geçici sonuçları olarak kullanılıyorlardı.

Başka bir ifadeyle, Romalı hukukçuların kendi çalışmaları hakkında düşündükleri, onların her zaman, veya hemen hemen her

zaman, hem kendi yurttaşlarının davranışının mantığını hem de bu davranışlarda [kendini gösteren] ilişkilerin mantığını tamamen yeniden kurgulayabildikleriydi. Bunun gibi, insanın iktisadî eylemini inceleyen modern iktisatçılar da hem bu eylemlerin hem de onların diğer işlemcilerin başka eylemleriyle ilişkilerinin rasyonelini yeniden kurgulamanın mümkün olduğunu ima ederler.

Şimdi kısaca o kadar eski olmayan zamanlarda hukukçuların çalışmasının ve tutumunun ne olduğunu gözden geçirelim. Ortaçağda Kıta Avrupası hukukçuları da Romalı seleflerinin yaptıkları gibi hukukî kurallar ortaya çıkarmaya çalışmışlardı. Hem onlar hem de onların çağdaşları bu çalışmayı onun verilerinde saklı olan temel bir mantığa dayanarak mantıken tercih-edilebilir buluyorlardı.

Bununla beraber, bu hukukçuların çalışması ile öncekilerinki arasında temel bir fark vardı. Ortaçağdaki hukukçular ve modern dönemde yazılı kodlara geçilmesinden önceki Kıta hukukçuları kendi hukuk kurallarını onları farklı bir tür veriden türetmek suretiyle geliştirdiler. Onlar doğrudan doğruya insanların davranışını veri olarak almak yerine, ona kendilerinden önce Romalıların zaten geliştirmiş oldukları kurallar süzgecinden bakmak suretiyle, insan davranışını dolaylı bir şekilde incelediler ve 6. yüzyılın ilk yarısında İmparator Jüstinyen tarafından yasalaştırılan *Corpus Juris* denen Kıta halklarının büyük hukukî İncil'inde karar kıldılar. Böylece, bu yeni dönemdeki hukukçular kendi yurttaşlarının davranışını yorumlamıyorlardı. Bunun yerine onlar Romalı hukukçuların kullandıkları kelimeleri kendi yurttaşlarının davranışını yorumlamaya ve onlar için kurallar geliştirmeye uyguluyorlardı. Bu aslında yeni hukukçular bakımından, çağdaşları için hukuk kuralları geliştirmenin oldukça paradoksal ve anakronistik bir yolu idi ama işe yaradı. Bu ayrıca, insan davranışının rasyonelinin belli bir tarihsel döneme veya belli bir ülkeye zorunlu olarak bağlı olacak kadar tesadüfî veya arızî olmadığını da göstermektedir.

Benim buradaki görevim Ortaçağdaki ve modern zamanlardaki Avrupalı hukukçular bakımından bu paradoksal usulün nedenlerini açıklamaya çalışmak değildir. Ben sadece bu hukukçuların yaptığı şeyin tam olarak yapmak iddiasında oldukları şey olmadığına bir kere daha işaret etmek istiyorum. Onların gerçekte yaptıkları, çağdaşlarının davranışını ve onun rasyonelini Romalı

seleflerinin sözlerinde ve onların anlamlarında yansıyandan çok daha fazla yorumlamaktı. Öte yandan, onların Romalı seleflerinin de yapmakta olduklarından farklı bir şey yapmak iddiasında olduklarını, yani olgular yerine kelimeleri –yaşayan insanların gerçek davranışı yerine yazılı hukuk gibi görünen On İki Levha'nın maddelerini– yorumladıklarını ifade ettik.

Temelde, bir yandan Ortaçağ ve modern zaman hukukçuları öte yandan Romalı hukukçuların hepsi aynı şeyi yapmışlardır. Onlar kendi yurttaşlarının davranışını yorumlamış ve onun rasyoneli ile zımnî kurallarını yeniden kurgulamışlardır.

Şimdi başlangıçta temas ettiğim hukuk üreticileri kategorisine, hâkimlere bir göz atalım. Hâkimlerin hukuk-yapımı süreci muhtemelen Batı medeniyeti kadar eskidir. Homer *Odiss'e*de Sikloplar'ın barbarca konumunu tasvir etmek istediğinde onların şu iki şeyden bile yoksun olduklarını söyler: hem kolektif kararlar hem de yargısal kararlar alacak olan meclisler. Homer'e göre, Siklopların herhangi bir siyasî veya hukukî sistemleri yoktu ve aileleriyle birlikte evlerinde yaşıyorlardı.

Yargısal kararlar, muhtemelen, yasama çağından önceki eski Roma'da hâkim olan pek çok hukuk kuralını bularak onları belirginleştirmenin başlıca yolu olmuştu. Bir kere daha, yargısal kararlar eski Roma'da hukuk kurallarını *Jus honorarium* aracılığıyla –yani Romalıların başlıca hukukî otoritesi olan Praetor'un kararları aracılığıyla– keşfetmenin olağan yolu idi. Hukukun bu şekilde hukukçular aracılığıyla keşfedilmesi ile hâkimler aracılığıyla keşfedilmesi Roma'da yüzyıllar boyunca başarılı bir şekilde birlikte var olmuştur. Onlar bağdaşmaz değildiler; yurttaşlar tarafından yeni hukuk kurallarının benimsendiği veya talep edildiği durumlarda bunlar hatta birbirini tamamlayıcı idiler. Praetor eskileriyle tutarlılık bakımından yeni kuralların ortaya çıkarması muhtemel sorunların özüne girmemek iddiasındaydılar. Onun iddiası, yeni kuralları kabul etme ve uygulama amacına bu yolla ulaşmaya özen gösterirken, bunun sadece usule ilişkin teknik noktalarla ilgili olduğuydu. Bu aslında muhtemelen onun hem eski âdetlere hem de hukukçuların profesyonel işine saygısının tetiklediği bir tür hileydi. Tıpkı Romalı yargıçların sadece usule ilişkin teknik konularla ilgileniyorlarmış gibi yaparak hukuk üretmiş oldukları gibi, Romalı hukukçular da yeni olgular yerine eski

kelimeleri yorumlar gibi yaparak örtük bir şekilde hukuk üretmişlerdi. Yunan hâkimler, İngiliz hâkimlerin Ortaçağda ve modern zamanlarda yaptıkları gibi, daha açık olarak yasalar üretmişlerdi; gerçi en azından İngiliz hâkimlerin tarihleri boyunca muhtelif hilelere başvurduklarını biliyoruz. Fakat bir kere daha, Roma'da ve İngiltere'deki gibi Yunanistan'da da hâkimlerin akıllarında olan onların kendi yurttaşlarının davranışı, bu davranışların rasyoneli ve onların ilişkilerinin rasyoneli idi. Onların hepsi, –karşılaştıkları problemlerin kendi iradeleriyle veya kayıt ve şarta bağlı olmadan bulacakları çözümlere izin vermediği anlamına gelen "eşyanın tabiatı" gibi– Romalı hukukçularınkine benzer kavramlara başvurabilirlerdi ve gerçekte başvurular da. Yunan hâkimler ve hatipler sadece Tanrıça Temis'in veya Delfi Kâhini'nin tavsiyesini takip ettiklerini söylerken bunu kastediyorlardı. Bizatihi hukukun esasıyla değil de sadece usulle ilgili teknik noktalarla uğraşıyormuş gibi yapan Roma Praetor'unun ima ettiği de buydu, ülkenin hukukundan onların kendi keyfî tercihlerinden üstün olan bir şeymiş gibi söz eden İngiliz hâkimlerinin kast ettiği de.

Buraya kadar hukuk üretmenin her iki yolu –hukukçularınki ile hâkimlerinki– arasındaki temel bir benzerliğe işaret ettik. Onların işinin verileri ile bizatihi işleri arasındaki ilişkilerin ne olduğunu biraz daha derinden inceleyelim. Bu ilişkileri irdelemek kolay değildir; bilginlerin onlar hakkındaki görüşlerinin bazı bakımlardan geniş ölçüde farklılaşması da şaşırtıcı değildir. Teorisyenler bu ilişkiler hakkında iki temel anlayışı dile getirmiş ve savunmuşlardır.

Bunlardan esas olarak yukarıda değinilen Savigny'nin temsil ettiği görüşe göre, hukuk yorumcuları büyük ölçüde pasif ve alıcı bir görev icra ederler. Onlar kendilerini kendi dilinde tasvir eden insanların alışkanlık ve âdetlerini yansıtırlar, tıpkı bir fizikçinin fizikî güçler arasındaki ilişkileri kendi dilinde tanımlaması gibi. Bu teoriye göre, profesyonel yorumcuların çalışmasının bir sonucu olarak bizatihi insanların alışkanlık ve âdetleri üzerinde herhangi bir özel tepkime olmazdı. Başka bir anlatımla, yorumcular da kendi çalışmalarıyla adet ve alışkanlıklara etki etmezdi. Onlar bir sınıfının herhangi bir şeyi değiştirmeyen isale borularından ibarettiler. Şüphesiz, isale borularının etkili olmaları için iyi malzemeden ve doğru şekilde yapılması gerekir. Bunun gibi, hukukun profesyonel yorumcuları da bilgili, akıllı ve eğitilmiş olacaklardı

ama bu teoriye göre onlar esas olarak onu dikkatle incelemeleri anlamında hukuku üretirler.

Karşıt teori ise âdet ve alışkanlıkların tam da hukukçular ve hâkimlerin çalışmasından türeyeceğini söyler. Söz gelişi, ünlü kitabı *Ancient Law*'da [Kadim Hukuk] Maine âdetleri hâkimlerin kararları tarafından yaratılmış olan eski Yunanlarda bunun olduğunu ileri sürmüştür. Başka bir bilgin, Fransız Lambert, hukukun esaslı bir unsuru ve onun en üretken aktörlerinden biri olan yargının –yani, yargısal kararların– yaratıcı gücü olduğunda ısrar etmiştir. Erlich'in geliştirdiği ara teoriye göre ise, bir yanda mahkemeler tarafından uygulanan hukuk kuralları ile öbür yanda toplumda var olan hukukî düzenlemeler arasında kesin bir ayrım yapmalıyız.

Dolayısıyla, yorumcunun işlevi iki-katlı olarak düşünülmelidir: O bir yandan toplumun mevcut hukukî kanaatlerini tanımlamak için onları keşfetmeli, öbür yandan da bu kanaatleri bütün olaylara uygulamak için onları yansıtan uniform genellemeler üretmelidir. Bu ikinci işlevin halkın kanaatlerinden ve bilincinden farklı olarak ele alınması gereken teknik yönleri vardır. Tam da bu ikinci işlev için, "hukukçuların-hukuku" ile "halkın hukuku"nu birbirinden ayırmamız ve "hukukçuların hukuku" "halkın hukuku"ndan çıksa da ona etki edebileceğini kabul etmemiz gerekir. Fakat bir yanda âdetler ve alışkanlıklardan öbür yanda hukukçuların teknikleri ve genelleştirmelerinden bağımsız olarak, halkın âdet, alışkanlık ve kanaatlerinin ortak zemini olmadan hukukçuların hukuku veya yargıç-yapımı hukuk diye bir şeyin olmayacağını bütün teoriler genelde kabul ederler. Hukukçuların hukukunun halkın alışkanlık ve âdetlerini güçlü bir şekilde etkilediğine ilişkin teorinin en inançlı taraftarlarından biri olan Lambert bile "hukukçuların hukuku"nun öncelikle Romalıların ve Roma Katolik Kilisesi Kanonistlerinin ilgili halkın ortak rızası (*communis consensus utentium*) dedikleri kurallarda bir tür kristalize olduğunu kabul etmiştir. Bu karşıt teorilerin ikisi de kendi sonuçlarını desteklemek için çeşitli tarihsel örneklere başvurabilirler. Eğer, Maine'in iddia ettiği gibi, eski Yunanistan'da örf ve âdetin uzun bir mahkeme kararları dizisinden doğan/kaynaklanan bir şey olduğu doğru değilse, Yunan uygarlığı döneminde yazılı hukukun ortaya çıkmasından önce yargısal kararların örf ve âdetleri pek muhtemelen etkiledikleri doğrudur. İngiltere'deki gibi, örf ve âde-

te ve yargıç-yapımı hukuka dayanan ülkelerde yaşayan insanların yaptığı için, Lambert'in iddia ettiği gibi, kendi davranışlarını zorunlu olarak yargıçların kararlarına uyarlamaktan ibaret olduğu doğru değildir. Öte yandan, İngiltere'de common law'un tarihi, bazı seçkin hukukçular ve hâkimlerin kişiliklerinin ve artık kaydı bulunmayan parlamento işlemlerinin common law'un üzerindeki belirleyici etkiyi gösterir.

Tarih hiçbir zaman basit değildir ve kendisi hakkındaki tutarlı teorilere tam olarak uymaz. Yine de, Savigny'nin halkın hukukunu yapanın hukukçular değil fakat hukukçuları ortaya çıkaranın halk olduğu şeklindeki görüşünü niçin çok ciddiye almamız gerektiğinin kanaatimce iyi bir nedeni vardır. Seçkin bir çağdaş bilginin bu bağlamda belirttiği gibi, yorumcuların önemi ve etkisi her ne olursa olsun, toplumun yerli bir hukuku vardır ve düşünülebilecek en büyük yorumcu [bile] ancak "çevresinin kendisine verdiği" malzeme ile çalışabilir ve "ancak çağdaş zihinler için anlaşılabilir olan dilde ve şeyler hakkında görüş belirtebilir." Bu hususta ayrıca Savigny'nin ünlü denemesinde çağımızın yasamadan yana eğilimi ve yargısal içtihat hakkında yaptığı en büyüleyici karşılaştırmalardan birini de hatırlamalıyız: hukuk ile dil arasındaki karşılaştırma. Savigny dil gibi, hukukun da bir halkın düşüncelerinin kendiliğinden bir dışavurumu olduğunu söylüyor. Eklemeliyiz ki, Gramercilerin dil üzerinde büyük bir etkisi olabilir ve onların geliştirdikleri kurallar ülkelerinin dili kullanma şekline bayağı etki edebilirse de, gramerciler dili yaratamazlar, dil onlar için sadece bir veridir. Dil yaratan insanlar genellikle başarısız olmuşlardır. Farklı insanlar arasında iletişimin basit ve evrensel yolları oldukları için yararlı oldukları iddiasına rağmen, imal edilmiş diller işlemez. Esperanto'yu veya benzer dilleri hazır evrensel iletişim araçları olarak uygulamaya koymak için yapılan girişimlere ancak yarı-cahil insanlar güvenebilir. Bu sözde dillerde eksik olan şey, onların arkasında insanların olmamasıdır. Aynı şekilde, arkasında inançları, alışkanlıkları ve duygularıyla bir halk olmasaydı, bir kimse evrensel veya hatta özgül bir hukuk yaratamazdı. Dil gibi hukuk da bir kişinin kendi keyfine göre yapabileceği bir alet değildir. Elbette deneyenler olabilir. Fakat sahip olduğumuz bütün tecrübe, deneyenlerin bunda ancak çok sınırlı olarak başarılı olabileceklerini veya hiç başarılı olamayacaklarını göstermektedir.



## SIYASÎ FENOMENE İKTİSADÎ YAKLAŞIM

BU DERSLERİN BAŞINDA PIYASA SÜRECİNİN MAHİYETİYLE KARŞILAŞTI-  
rıldığında hukuk-yapımı sürecinin mahiyeti hakkındaki zikre  
değer araştırmaların halâ eksik olduğunu zaten ifade etmiştim.  
Bununla beraber, bu ifadeye bazı kayıtlar getirmek gerekiyor. Son  
zamanlarda piyasa tercihini oy-verme yoluyla siyasî tercihle kar-  
şılaştırmayı amaçlayan bazı araştırmalar ortaya çıktı. Hukukun  
kendisi bir tercih –siyasî tercih– konusu olarak görülebilir. Hu-  
kuku yasamayla özdeşleştirmemiz ölçüsünde, piyasa ile yasama  
olarak anlaşılan hukuk arasında bir karşılaştırma yapmak için  
siyasî tercihi piyasa tercihiyle karşılaştıran yeni araştırmalardan  
yararlanabiliriz.

Karar-verme veya tercih-yapma teorilerinin alışıldık perspektifi  
bireycidir. Her kararın bir kimsenin kararı olmasının zorunlu ol-  
duğu, en azından zımnen, genellikle kabul edilir. Fakat teorisyen-  
ler bireylerin kararlarının sadece *rekabetçi* (bireyler kendi çıkarlar-  
rını düşündükleri zaman olduğu gibi) değil, fakat aynı zamanda  
*işbirlikçi* de (bireyler bütün bir grup için tek bir karara ulaşmaya  
çalıştıkları zaman olduğu gibi) oldukları gerçeğinin de farkın-  
dadırlar. Bazı yazarlar bu işbirlikçi kararlara "grup kararları"  
adını verir ve farklı bireylerin esas itibariyle aynı çıkarımlara ve  
mümkünse esas itibariyle aynı kararlara ulaşmalarını sağlamak  
için (sistemin standart usullerini bağımsız olarak verili bir data  
setine uygulamak suretiyle) özel sistemler geliştirmeye çalışırlar.  
Bununla beraber aynı yazarlar [geliştirdikleri] sistemlerin değeri-  
nin yine de –en azından bilimsel dünya dışındaki grup kararları  
için– kanıtlanmamış olduğunu kabul ederler. Bu (onlardan biri-  
nin söylediği gibi) acınası bir şeydir, çünkü şimdiye kadar başka  
grup kararları için çok az usul –"çoğunluk kuralı" benzeri oylama

usulleri ile *sözlü pazarlık* gibi kuşkulu mekanizmalar– keşfedilmiştir. Aslında, oy sandığının, "(sadece) kararlar nispeten teknik olmadıkları ve gruba sadakat azınlıktaki seçmenleri grupta kalmaya ve çoğunluk kararını kabul etmeye sevk edebilecek kadar güçlü olduğu zaman işlediği"<sup>98</sup> kabul edilir. Öte yandan, oylama usulleriyle bir arada yürümesi elbette mümkün olan sözlü pazarlığın da ciddî sınırlılıkları vardır.

Bununla beraber, grup kararının, yani bazı bireylerin belli bir usule uygun olarak iş birliğine dayalı kararının *siyasî* kararla eşdeğer görülmemesi şartıyla, siyaset bilimciler için hem işe yarar hem de anlaşılabilir bir düşünce olduğunu sanıyorum. Ancak siyasî kararlar grup kararlarından ibaret değildir, bireysel aktörlerin–Max Weber'in "monokratik" olarak adlandıracağı– kararları da böyledir. Öte yandan, bütün grup kararlarının siyasî olduklarını da söyleyemeyiz. Ticarî şirketlerin yönetim kurulları da olağan anlamında siyasî olarak adlandırılmaması gereken kararlar alırlar. Bunun için, komite kararlarıyla ilgili teorisinin "siyasî" olduğunu düşünen Duncan Black'e katılmakta ihtiyatlı olmalıyız.<sup>99</sup>

Fakat seçmenlerin, idarî veya icraî makamların yahut yasama organlarının kararları gibi genellikle "siyasî" olarak adlandırılan pek çok kararın Bross'un belirttiği anlamda *birden çok kişinin bütün bir grup için ulaştıkları tekil kararlar* anlamında, gerçekten grup kararları veya iş birliğine dayalı kararlar oldukları açıktır.

Bu noktada, grup kararlarından söz ettiğimizde bireyci perspektifin bir ölçüde değişmiş görüldüğünü kaydetmeliyiz. "Bütün bir grup"un kararının, grup içindeki her bir bireyin bütün grup adına karar verecek olsaydı alacak olduğuyla aynı karar olacağı kesin değildir. Bunun Bross'un değindiği bilimsel dünyada da böyle olup olmayacağını merak ediyorum. Fakat bu, bir grubun muhtelif üyelerinin kararları arasında oy birliği olmadığı zaman söz konusu olan durumdur, grup içindeki oy birliğinin olmaması ise istisnadan ziyade kuraldır. Grup kararları grup içindeki her bir bireyin kararıyla genellikle aynı değildir.

98 Irwin D. J. Bross, *Design for Decision* (New York: Macmillan, 1953), s. 263.

99 Duncan Black, "The Unity of Political and Economic Science," *Economic Journal*, Vol. 60, No. 239, September 1950.

Bu gerçeğin, devlet gibi kolektivitelerin sanki bireylermiş gibi kararlar alan bağımsız varlıklar olarak anlaşıldıkları yarı-mistik veya yarı-felsefî kurguları açıklamaya bir şekilde yararı olmaktadır.<sup>100</sup> Ancak, gruplar içinde oy birliğinin olmamasının sonuçlarını analiz etmek için, (Bayan MacDonald'ın söyleyeceği gibi) böyle kendisiyle "hiçbir zaman konuşulamayan", "karşılaşamayan kişi" gibi bir kavrama sarılmaya hiç ihtiyaç olmadığını sanıyorum.<sup>101</sup>

Fakat siyasî kararlar grup kararları olduklarında, o zaman bu gibi oy birliğinin yokluğunu hesaba katmalıyız. Bunu yapmanın olağan yolu da çoğunluk prensibine göre oylamadır. Çok sayıda siyasî karar gerçekten bu yolla alınır. Böylece siyasî kararlar mal satın almak için oylama usulüne ihtiyaç olmayan piyasadaki bireysel tercihlerden farklıdır. Yine de, oylamanın da bireysel tercihle ilgili olduğu gerçeği bazı bilginleri siyasî oylamadaki bireysel tercihi piyasadakiyle karşılaştırmaya sevk etmiştir. Nitekim şöyle denmiştir: "[Buradaki ] analizin esas kısmı, hem siyaset teorisinin büyük bölümü için hem de iktisat teorisi için bir temel sağladığından, bu analizin önemli bir kısmı bütün sosyal bilimcilere sezgisel olarak tanıdık gelecektir."<sup>102</sup>

Hem grupta hem de bireysel kararlarda tercih sürecinin bütün özellikleri –değerlerin sıraya konulması, ihtimallerin değerlendirilmesi, beklentilerin hesaplanması, stratejilerin tercihi gibi– vardır. Oy-vermenin piyasa tercihinin benzediği varsayılmakta ve piyasanın kendisi (pek de tutarlı olmayarak) herkesin mal ve hizmetleri satın almak veya satmak yoluyla oy verdiği büyük bir karar grubu olarak düşünülmektedir. Bu benzerliklere dayanarak Duncan Black kendisinin komiteler hakkındaki teorisini "iktisadî ve siyasî tercihin genel teorisi" olarak düşünmüştür. Komite kararlarının teorileri olarak anlaşıldığında, iktisat ve siyaset "gerçekte aynı konu-

100 Bana öyle geliyor ki, bu tür bir varsayımı canlandıran yeni girişimlerden biri, bir "sosyal refah fonksiyonu"na veya "rasyonel sosyal tercih"e -Kenneth Arrow'un ünlü *Social Choice and Individual Values* (New York: John Wiley and Sons, Inc., 1951) denemesinde analiz ettiği türden-matematiksel hileler aracılığıyla ulaşılabileceği düşüncesidir. Böyle bir görüşte, hesap makineleri *Volksgeist*'in veya *Verhunft*'un [akıl, rasyonalite] modern muadilleri haline gelmektedir.

101 Margaret MacDonald, "The Language of Political Theory," *Logic and Language (First Series)*, ed. Antony Flew (Oxford: Basil Blackwell, 1955), ss. 167-186.

102 James M. Buchanan, "Individual Choices in Voting and the Market," *Journal of Political Economy*, LXII, 1954, p. 334. Bu deneme *Fiscal Theory and Political Economy: Selected Essays*'de (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1960) yeniden basılmıştır.

nun iki dalını oluşturmaktadır." "İkisi de bir tür tercihle ilgilidir" ve "aynı dili, aynı soyutlama tarzını, aynı düşünce enstrümanlarını ve aynı akıl-yürütme yöntemleri" kullanırlar. Başka bir ifadeyle, iki disiplinde de birey kendi tercihler ölçeğiyle temsil edilir ve ikisi de teknolojik gerçekleri dışarda bırakır. Seçilebilecek çeşitli hareket tarzlarının sonuçları hakkındaki bilginin derecesinde bir farklılık olmakla beraber (bu bilgi iktisatta siyasete olduğundan genellikle daha fazladır), "insanların yapabilecekleri iktisadî ve siyasî tahminler arasında" prensip olarak hiçbir fark yoktu.

Dahası, (Black'e göre), aynı araç *-denge kavram-ı* her iki disiplininde de ortaktır.<sup>103</sup> Ona göre, iktisatta "kavram farklı yazarlarca farklı olarak ele alınmış olmakla beraber", temel fikir her zaman dengenin arz ve talebin eşitliğinden doğduğu olmuştur. "Siyaset biliminde, bir komite önündeki önergeler üyelerinin tercih ölçeklerine dayanan belirli bir sıra içinde durur. Oylama yoluyla bir önergenin komitenin kararı olarak seçilmesiyle dengeye ulaşılabılır. Belli bir önergenin seçilmesini zorlayan güç, üyelerin gündemlerinin bir grup olarak alındığında diğerlerinden ne ölçüde daha üstte durduğu olacaktır." Black bu sürecin önünde engellerin var olduğunu ve bu engellerden birinin komitenin kullandığı usulün özgül biçimi olduğunu kabul eder; çünkü, verili bir gündemler grubu ile "bir usul bir önergeyi, başka bir usulün ise ise başka bir önergeyi seçecektir". Bu gerçek Black'in şu sonuca varmasını engellememektedir: Her bir disiplin farklı bir denge tanımını kullanmasına rağmen "[bunların] temelindeki anlayışlar aynı türdendir." Dengenin tanımı eğer arz ve talebin eşitliğiyle ilgiliyse, olgular doğası itibariyle iktisadîdir; yok eğer dengenin tanımı oylama yoluyla ulaşılan dengeyle ilgiliyse, o zaman olgular siyasî olacaktır. İki disiplinde de denge teorisinin en genel tipi "matematik terimleriyle formüle edilecekti." Saf teori siyasî şartlardaki verili bir değişikliğin etkilerini ortaya çıkarmamıza/hesaplamamıza imkân verirdi. Başlangıçtaki (değişikliğin gerçekleş-

103 Black burada Pigou'nun *Economic Journal*'da yanlış hatırlamıyorsam 1901 ve 1906'da yayımlanan iki makalesinde ima ettiği bir fikri yansıtır görünmektedir; Pigou orada piyasadaki mallara ilişkin arz ve taleple siyasî alandaki kanunlar ve düzenlere ilişkin arz ve talep arasında bir benzerlik olduğuna işaret etmişti. Bu ayrıca Arthur F. Bentley'in *The Process of Government*'daki (Bloomington: The Principia Press, 1935 [ilk olarak 1908'de yayımlanmıştı]) fikirlerini ve David Easton'un *The Political System: An Inquiry into the State of Political Science* (New York: Alfred Knopf, 1953) kitabında düşünceleri oldukça sert biçimde irdelenen Amerikalı teorisyenleri de hatırlatmaktadır.

mesinden önceki) denge durumu incelenecek; veriler söz konusu değişmeyi içerecek şekilde değiştiği zaman yeni denge durumu varsayılan siyasî değişimin sonuçlarını verecekti. "Böyle bir siyasî değişimin sonuçlarının izini sürmenin yöntemi iktisatta aşına olunan karşılaştırmalı istatistik yöntemidir."

Pavia'da 1953-1954'te verdiğim "Devletin Teorisi" hakkındaki derslerimde Black'in görüşlerini ele almıştım. Yapmış olduğum çeşitli eleştirilerin daha sonra Buchanan tarafından 1954 yılında yayımlanan "Oy-vermede ve Piyasada Bireysel Tercihler" hakkındaki makalede işlenmiş olduğunu gördüğümde şaşırıp ve memnun oldum. Buchanan o zaman piyasa tercihleri ile siyasî oy-vermeyi karşılaştırma genel problemiyle, alışıldığı şekilde merkezî ve adem-i merkezî karar-vermenin nispi etkinliği bakımından değil de iki süreçteki bireysel davranışın daha tam olarak anlaşılması bakımından ilgileniyordu. O tarihlerde henüz haberdar olmayabileceği Black'in teorisine atıf yapmamakla beraber, Buchanan piyasa tercihi ile oy-verme tercihi arasında çok önemli farkların var olduğunu ve "bir dolar bir oy" popüler ifadesinin ancak kısmen doğru olduğunu kanıtlamayı başarmıştı. Piyasa tercihinde birey hem tercih eden varlık, hem de tercihlerin kendisi için yapıldığı varlıktır; oysa oy-vermede (en azından siyasî oy-vermede), birey eylemde bulunan veya tercih eden varlıktır ama tercihlerin kendisi için yapıldığı varlık bütün diğer bireylerden oluşan kolektivitedir. Ayrıca, piyasadaki tercih eylemi ile tercihin sonuçları bire bir eşleşmektedir. Oysa [oy-vermede], seçmen alternatiflerden hangisinin seçileceğini kesin olarak hiçbir zaman öngöremez.

Buchanan iki süreç arasındaki diğer temel farklılıklara da dikkat çekmiştir. Piyasadaki bireysel tercih "bütün sosyal değişkenler sanki kişinin davranışının dışında belirleniyormuş gibi gerçekleşme eğilimindedir; oysa oy veren birey, tersine, kendi oyunun nihai kolektif tercihin belirlenmesinde etkili olduğunu kabul eder." Öte yandan, "oy-verme kolektif tercihi ima ettiğinden, herhangi bir sosyal veya kolektif kararı almanın sorumluluğu zorunlu olarak bölünmüştür ve oy-veren seçmene onun kişisel tercihiyle bağlantılı olarak doğrudan doğruya yüklenebilecek hiçbir somut yarar veya maliyet yoktur." Sonuç, [seçmenlerin] alternatif maliyetleri, piyasada tercih yapan bireylerden daha az kesin ve daha az objektif olarak düşünceleridir. Buchanan en önemli başka bir ayrımı daha,

benim daha önce zikrettiğim derslerimde yaptığımı çok benzer şekilde vurgulamıştır: "Piyasa tercihinin alternatifleri normal olarak sadece azalan getiriler kanununun işlemesi anlamında çatışmalar.... Bir birey eğer belli bir mal veya hizmeti daha çok isterse, piyasa normal olarak sadece onun başka bir mal veya hizmetten daha az almasını gerektirir." Buna karşılık, "oy-verme tercihinin alternatifleri daha fazla dışlayıcıdır", yani birini seçmeniz diğerini seçmenizi engeller. Grup üyesi bireyler söz konusu olduğunda, grup tercihleri (Buchanan'ın 1954'te kabul ettiği gibi) "alternatiflerin" normal olarak "tam da ya hep ya hiç türü"nden olan "doğası icabı karşılıklı olarak dışlayıcı olma" eğilimindedirler. Bu özellik sadece genel olarak oy gücünün dağılımı için benimsenen ve benimsenebilir olan sistemlerin yetersizliği yüzünden değil, fakat (hem Buchanan'ın hem de benim 1954'te ileri sürdüğümüz gibi) genellikle siyasî olarak adlandırdığımız birçok alternatifin siyasî tercihlere kıyasla piyasa tercihlerini daha belirginleştiren kombinasyonlara veya bileşik çözümlere izin vermemeleri yüzünden de ortaya çıkar. Önemli bir sonuç, piyasada "Dolar oyununun hiçbir zaman geçersiz kılınmayacağıdır. Mises tarafından gösterildiği gibi, birey hiçbir zaman muhalif bir azınlık konumunda değildir: En azından piyasanın mevcut veya muhtemel alternatifleri söz konusu olduğunda "... piyasada hiçbir oy boşa gitmez."<sup>104</sup> Başka bir şekilde söylemek gerekirse, oy-vermede piyasada olmayan bir zorlama ihtimali vardır. Seçmen sadece potansiyel alternatifler arasında tercih yapar: "Onun oyu boşa gidebilir ve [böylece] ifade ettiği tercihe zıt bir sonucu kabul etmeye zorlanabilir."

Seçmenlerin kaybeden tarafta oldukları her durumda bireysel seçmenlerin tercihleri ile bu tercihlerin sonucu olan grup kararları arasında (önceden varsayılan anlamda) tutarlılık olmadığını görebiliriz. Kaybeden seçmen bir tercih yapar fakat sonunda önceden reddetmiş olduğu başka birini kabul etmek zorunda kalır. Onun bireysel karar-alma süreci ters-yüz olmuştur. Kazanan tarafta bireysel tercihlerle grup kararları arasındaki tutarlılığın görülebileceği doğrudur, ancak bütün bir grup kararları sürecinin bireysel karar-verme sürecinin tutarlılığıyla aynı şekilde tutarlı olduğundan nadiren söz edilebilir. Ve belki de daha da ileri gidebilir ve –karar usulleri kurallarına uyulması dışında– bu oy-verme süre-

104 Ludwig von Mises, *Human Action* (New Haven: Yale University Press, 1949), s. 271.

cinde bir rasyonaliteden söz etmenin herhangi bir anlamı olup olmadığını sorabiliriz. Başka bir ifadeyle, muhtemelen burada süreç yerine usulden söz etmek daha uygundur. Tutarlı bir tercih süreci bulunmadığı zaman tutarlı bir usul pekâlâ ikinci en iyi olabilir. Bu iki tür tutarlılık arasında gerçek bir benzerlik bazı bilginlere "bir domuzun bir zürafanın boyunun olduğundan daha şişman olup olmadığını" bulmaya çalışmak gibi anlamsız görünmüştür.<sup>105</sup>

Daha önce söylediğimizden çıkan başka bir sonuç, denge kavramının iktisatta ve siyasette ancak farklı şekillerde kullanılabileceğidir. İktisatta denge arz ve talebin eşitliği olarak, yani, münferit seçicinin hiçbir Doları ("oy"u) boşa gitmeyecek şekilde tercihte bulunması anlamında bir eşitlik olarak, tanımlanır. Fakat siyasette, bireyin oyunun ziyan olabileceği veya ekmek isteyip de (onun yerine) taş alabileceği yerde, kanunlar ve düzenlere yönelik arz ve talep arasında ne tür bir eşitlikten söz edebiliriz?

Bununla beraber, bir grubun bütün bireylerin oy birliğiyle aynı kararı aldığını düşünebileceğiniz her durumda siyasette "denge" terimi hâlâ kullanılabilir. Rousseau'nun bir keresinde dediği gibi, en azından üyeleri çoğunluk kuralına uymakta anlaştıkları sürece, bir toplumun oy birliği içinde olduğu düşünülebilir. Bu şu anlama gelir: Her ne zaman bir grup kararı alınır, hiç olmamasındansa kötü bir kararın daha iyi olduğuna veya, daha doğru bir ifadeyle, grubun bir üyesinin kötü olduğunu düşündüğü bir kararın hiç karar olmamasından daha iyi olduğuna, grubun üyeleri oy birliğiyle ikna olmuşlardır. Oy birliği ile yapılan bir anlaşma grubun üyeleri tarafından benimsenebilir olduğu düşünülen kararı almak için özel bir usul gerektirmez. Üzerinde oy birliğiyle mutabık kalınan bir grup kararı piyasada tercih yapan birey tarafından alınan başka herhangi bir karar gibi tutarlı sayılabilir. Bunun için, görünüşe göre burada iktisattakiyle aynı tür domuzla karşılaşıyoruz ve bu da bu "siyasî" domuzun "iktisadî" olanından daha şişman olup olmadığını sormayı anlamlı yapmaktadır. Bu son(raki) düşünceler iktisadî ve siyasî kararlar arasındaki bazı muhtemel benzerlikleri oldukça güçlü bir şekilde tekrar vurgulamaya yol açabilir; nitekim –yukarıda zikrettiğim makaleden ayrı olarak– 1958 yılında Claremont, California'da verdiğim (ve

105 Robert A. Dahl and Charles E. Lindblom, *Politics, Economics and Welfare* (New York: Harper and Brothers, 1953), s. 241.

*Freedom and the Law* kitabımı oluşturan) derslerde benim ve *The Calculus of Consent*'te<sup>106</sup> Profesör Buchanan'ın (Gordon Tullock'la birlikte) yaptığımız gibi.

Eğer bir topluluğun "oy birliği içinde" olması söz konusuysa, en azından onun üyeleri bir tür çoğunluğa veya, daha genel olarak, oy birliğinden daha azını gerektiren bir kurala uymakta anlaştıkları sürece, bu oy birlikli siyasî kararlar ile iktisadî kararlar arasındaki benzerlik daha yüksek bir düzeyde yeniden ortaya çıkar. İnsanlar özgül bir siyasî sorun hakkında henüz karar vermemekte, fakat önce her tür siyasî karar için –yani, siyasî oyun için– hangi kuralları kabul edeceklerine karar vermektedirler.

Aslında, siyasî oyunun kurallarının tercihi, piyasadaki herhangi bir başka tercihte olduğu kadar akılcı ve özgür bir süreçten doğabilir. Daha yüksek olan bu düzeyde, insanlar siyasî kararları almak için seçilecek herhangi bir kuralla ilgili maliyet ve yararları kararlaştırabilirler. Onlar, kimi durumlarda bazı kuralların diğerlerinden daha uyarlanabilir olacağına; söz gelişi ve muhtemel muhalif azınlıkları özellikle karar-veren çoğunlukların cibrî eyleminden doğması muhtemel zararlı etkilerden korumak için oy birliği kurallarının veya nitelikli çoğunluk kurallarının daha uygun olacağına karar verebilirler.

Bu hususta siyasî ve iktisadî eylem arasındaki karşılaştırma gerçi karar-almanın genel kurallarının tercihi düzeyiyle sınırlı değildir. Son zamanlarda, ilgili siyasî grubun üyeleri tarafından oy birliğiyle anlaşmaya varılan (kendilerinin "anayasal" kurallar olarak adlandırdıkları) usul kurallarına göre alındıkları varsayımı altında, bu analizi olağan siyasî kararlara teşmil etmek Tullock ve Buchanan'ın kuşku götürmez bir başarısıdır. Bu analizin tipik özelliği, hem gerçek siyasî süreçte oy ticaretinin çok sık olarak gerçekleştiği gerçeğinin ve hem de, tıpkı olağan mal ve hizmetlerin ticaretinin piyasa sistemini benimsemiş olan toplumun bütün üyeleri için iktisadın kurucuları tarafından yararlı sayılmış olması gibi, oy ticaretinin de belirli şartlar altında, siyasî grubun bütün üyeleri için yararlı sayılması gerektiğinin kabul edilmesidir. Ayrıca, oy ticaretinin siyasî toplumun bütün üyelerine yararlı

106 James M. Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962). Bu ve izleyen dersteeki yorumlar, teksir makinesiyle sınırlı sayıda çoğaltılmış olan daha önceki bir yayıma dayanmaktadır.



olabileceği şartlar, mal ve hizmetlerin alışıldık ticaretinin yararlı olduğu şartlara, yani toplumun bir veya daha fazla üyesinin diğerlerini sömürmek için kurabilecekleri hiçbir tekel veya tertibin olmadığı şartlara benzemektedir.

Bir siyasî grubun bütün üyeleri, aralarında oy birliğiyle bir anlaşmaya ulaşıncaya kadar [devam eden] uzun-vadeli ve daimî bir pazarlık süreci boyunca oylarının "ticaretini yapmak" yoluyla, birçok mümkün alternatifle karşılaşır ve grup üyelerinin herhangi bir koalisyonunun başkalarına zarar verebilecek kararlar almasını da engelleyebilirler. Ortaya çıkan durum, rekabetçi piyasayı mümkün ve etkin kılan benzer bir genel anlaşma olmalıdır. Bu teori, modern tercih teorilerinin alışıldık tipine uygun olarak normatif olduğu kadar, tasvirî olarak da ortaya konur.

Bununla beraber, böyle bir analizin bu bakış açısından siyasî kararları iktisadî kararlara benzetmekte ne kadar ileri gidebileceğinin sorulması gerekir. Burada, siyasette oy ticaretini, sadece oy-vermenin –ilgili birey için özel olarak kabul edilen değerler setine göre– bazı faydaları garanti etmenin bir yolundan ibaret olduğu varsayımıyla kabul eden anlayışın sınırlarını incelemek istiyorum.

Başlangıç olarak, siyasî ve iktisadî kararlar arasındaki mümkün benzerlikler hakkındaki aslında zekice ve ilginç olan bu analizin muhtemel bir zayıf noktasının yeniden düşünülmesini önermek isterim. Bana öyle geliyor ki, çalışmalarının bugünkü aşamasında yazarlar tarafından benimsenen şekliyle, bu analiz bizatihi analizin bazı temel kavramlarıyla ilgili kesin ön tanımlardan yoksundur. Bu analizde "siyasî" veya "kolektif" tercih "özel" veya "gönüllü" tercihten ayırt edilmektedir. Teoriye göre, özel tercihler bireyci oldukları kadar işbirlikçi de olabilirler. İşbirlikçi tercihler ile kolektif tercihlerin de, gayet doğru olarak, benzer görüldükleri zaman bile daima farklı türden oldukları düşünülmektedir. Fakat eğer yanılmıyorsam, "kolektif" bir eylem bu teoride hiçbir zaman tatminkâr bir şekilde veya açık olarak tanımlanmamıştır. Aksi halde titiz ve nüfuz edici olabilecek bir analizdeki bu zayıflığın nedeni muhtemelen psikolojiktir. Bütün teori benim de tamamen içtenlikle mutabık olduğum bireyci bir bakış açısına dayanmaktadır. Fakat yazarlar gönüllü rızanın siyasî bir toplumda hem "anayasal" hem de olağan düzeyde sahip olduğu rolü daha

fazla vurguladıkları için, onlar "kolektif" bir kararı bireysel düzeyde sırf "iş birlikçi" değil de "kolektif" yapanın, –herhangi bir zamanda belirli bir bireyin bu karara karşı tutumundan bağımsız olarak– öncekinin daima son tahlilde grubun bütün üyelerine zorla uygulanmaya açık olduğu gerçeğini –zımnen kabul etseler de– açıkça kabul etmeye pek istekli görünmemektedirler. Zorla uygulanabilen kararlar son tahlilde cembrî kararlardır. Piyasada gönüllü olarak sunulan mal ve hizmetler söz konusu olduğunda cebir iktisatçıların hiçbir zaman dikkate almaya ihtiyaç duymadıkları bir şey iken, piyasadan siyaset sahnesine geçildiğinde o kişinin dikkate almazlık edemeyeceği bir şeydir.

Siyasî analizlerinde "cebir" kavramının (bu her ne anlama geliyorsa) önemini açıkça kabul etmekteki tereddütleriyle bağlantılı olarak, bu teorinin müellifleri siyasî kararların ele alınmasında karşılaştıkları problemlere iktidar veya güç temelli herhangi bir yaklaşımı açıkça reddetmektedirler. Onlar bu yaklaşımın iktisadî yaklaşımla onarılmaz bir şekilde çelişik olduğunu varsaymaktadırlar. Onlara göre, piyasada iktisadî mübadele yoluyla aynı anda hem satıcının hem de alıcının yararlarını maksimize edebilirsiniz ama bireysel iktidarı maksimize etmeye çalıştığınızda aynısını yapamazsınız. Bir iktidar mücadelesinde aynı anda hem kazananın hem de kaybedenin güçlerini maksimize edemezsiniz.

Daha önce başka bir vesileyle bu karşılaştırmamızın çeşitli iktisatçıları tarafından elbette bir mesele olarak kabul edilmekle beraber doğru bir şekilde sunulmadığını ileri sürmüştüm. Ben gücü yararları karşılaştırmazdım. İktisatçının mal ve hizmetleri dikkate alması gibi, gücün de ilgili birey için kendi yararı vardır. Ama bu, iktidar ile mal veya hizmetler arasındaki tek benzerlik değildir. Bir anlamda, mal veya hizmetleri mübadele edebildiğiniz gibi iktidarı da mübadele edebilirsiniz. Ve iktidarın mübadelesi de mübadeleye katılan bireyler için yararları azamileştirmekle sonuçlanabilir. Sizin de bana beni incitmekten sizi engelleme gücünü vermeniz şartıyla, eğer size beni sizi incitmekten engelleme gücünü versem, bu mübadeleden sonra ikimizin de durumu daha iyi olur ve ikimiz de bundan kârlı çıkarız. Başka bir ifadeyle, ikimiz de kendi gücümüzün yararını artırmış oluruz. (İki veya daha fazla bireyin başka insanların onlara zarar vermesini önlemek üzere güçlerini birleştirmekte anlaşmaları durumunda da benzer bir maksimizasyonun gerçekleşeceği açıktır.)

Tam da bu iktidar mübadelesi –mal veya hizmetlerin mübadelesine zemin teşkil eden bir mübadele– gerçekleştiği zaman siyasî bir toplumun başlayacağını söylemeye izin verin. Aslına bakılırsa, iktidar yaklaşımı siyaset bilimciler için yeni değildir. Onu klâsik siyasî literatürde bulursunuz. Baştanbaşa Aristocu siyaset teorisinin büyük ölçüde bu yaklaşıma dayandığı düşünülebilir. Çünkü Aristo eserinin daha başında, doğası gereği başka insanlar üzerinde iktidar sahibi (*arkoi*) olmaya mahkûm olan ve doğası gereği başkalarının iktidarına tâbi (*arkomenoi*) olmaya mahkûm olan insanların var olduğunu kabul etmişti. Gerçi Aristo *arkoi* ile *arkomenoi* arasındaki bir iş birliğinin, arkoiiye garanti edilen daha aşikâr ve pozitif güçlerin bir tür karşılığı olarak, arkomenoiye garanti edilen asgarî güçlerin (en azından, negatif olanlarının) varlığını ima ettiğini açıkça görememiştir, ama yine de Aristocu teoride her iki grubun iş birliğinden yarar elde edeceğinin zımnî bir kabulü vardır.

Sorunu bu şekilde düşünmek iktisadî yaklaşımı hiç de dışlamazdı. Bu düşünüş tarzı, iktisadî yaklaşımı günümüzde siyaset bilimciler tarafından gitgide daha fazla kabul edilmekte olan iktidar yaklaşımıyla uzlaştırdı.

Fakat eğer yanılmıyorsam, oy vermenin sadece ilgili bireyler için bazı yararların garanti edilmesinin bir yolu anlamına geldiğini ve bu yararların piyasada bireylerin ilgilendikleriyle benzer türden olduklarını ima ettiğini açıkça varsaymak suretiyle siyasette oy ticaretini kabul eden bir anlayışın çeşitli sınırları vardır.

1) Gördük ki, bu teoriye mensup olan yazarlar oy ticaretinin her durumda yararlı olduğunu varsayıyor değiller. Onlar Pareto kurallarına göre bu ticaretin ilgili toplumun bütün üyeleri için gerçekten yararlı olabileceği şartlar –yani ilgili toplumun bir veya daha fazla üyesinin diğer üyelerin bir kısmı veya hepsi pahasına kendi "uğursuz çıkarları"nı tatmin etmek için hiçbir tekel ve hiçbir komplo kuramayacağı şartlar– üstünde ısrar ederler.

Bununla beraber, hesaba katmamız gereken yegâne sınırlayıcı şartlar bunlar değildir. İlk olarak, hiçbir oy ticaretinin anlamlı olmayacağı bir aşama vardır: anayasal aşama. Bu teorinin taraftarlarına göre, oy ticaretiyle sonuçlanacak olan bir pazarlık yoluyla ulaşılanlar dahil, herhangi bir tür kararı alabilmek için ne tür ku-

ralların en uygun olduğuna karar vermenin püf noktası budur. Oy vermenin bu [anayasal] aşamada anlamlı olmayacak olmasının nedeni, sadece henüz nasıl oy vereceğimize ilişkin herhangi bir usul kuralına sahip olmamız değildir. Daha önemli bir neden vardır. Kuralları bulma süreci teorik bir süreçtir. Bu gibi kuralları bulmanın elbette işe yarar yolları vardır, ama onların yararlarını (onlar sadece sizinmişler gibi) aynı kuralları bulmanın başka yollarının yararlarıyla (sanki bunlar sadece diğer insanlara aitmiş gibi) mübadele edemezsiniz. Sorun iki ile ikinin toplamının ne olduğunu veya Öklid geometrisinde bir dik üçgenin hipotenüsünün karesinin ne olduğunu bilmek olduğunda, pazarlığın anlamı yoktur.

Daha genel terimlerle belirtmek gerekirse, sorunun herhangi bir konuyla ilgili bir hakikat yargısını dışlamak olduğu her durumda, pazarlığın veya ticaretin hiçbir rasyonelitesi yoktur. Doğru bir sonuca götüren argümanlar satılık değildir.

Teorinin savunucuları, anayasal aşamada hiçbir oy ticaretinin makul olarak gerçekleşmeyeceğini en azından zımnen varsayarlarken, daha alt bir aşamada oy-vermenin bir siyasî toplumun üyelerinin, onların hakikat yargılarını söz konusu meseledeki kişisel çıkarından bağımsız olarak ifade etmelerini sağlayan bir süreç olabilme imkânını ihmal ediyor görünmektedirler. Eğer bu doğruysa, pazarlık ve oy ticareti anayasal aşamada olduğu kadar irrasyonel olurdu.

Seçmenlerden bu konudaki kendi kişisel çıkarlarına bakmaksızın hakikat yargılarını belirtmelerinin istenebileceği çeşitli konular düşünebiliriz. Söz gelişi, bir jürinin politik bir kurum olduğunu ve dolayısıyla onun üyelerinin oy-vermekle siyasî bir kararı ifade ettiklerini varsayarsak, onların kişisel yarar mülâhazalarıyla oylarını jürinin diğer üyeleriyle mübadele etselerdi rasyonel olarak hareket etmiş olacaklarını hiç kimse iddia etmezdi. Elbette bir jürinin, onların kararında çıkarı olan kişilerden rüşvet alabilecek yozlaşmış üyeleri olabilir. Ahlâkî bakış açısından tamamen uygunsuz olsa da, onların oy ticaretine "rasyonel" diyebilirdik. Fakat bir jürinin üyelerinin herhangi bir kimseden rüşvet almayacaklarını varsaydığımızda durum bu değildir. Bu durumda oy ticareti her bakış açısından tamamen irrasyonel görünürdü. Benzer düşünceler bir siyasî toplumun üyelerinin oy vererek belirtecekleri başka herhangi bir hakikat yargısına da uygulanabilir.

Aslında, bu teörinin taraftarları, oy vermenin objektif hakikatle ilgili sağlam sonuçlara ulaşmanın doğru usulü olmadığını ve dolaısıyla siyaset sahnesinde buna girişenlerin düpedüz bir illüzyonu göze aldıklarını –tamamen doğru olarak– söylemek suretiyle [buna] karşı çıkabilirler. Yine de, seçmenlerin hakikat yargılarının onların belli bir siyasî sorunla ilgili –eğer varsa– görüşlerini öğrenmek için yararlı olduğu durumlar vardır. Bu gibi durumlarda oy verme usulü, bilimsel kriterlere göre ister doğru isterse yanlış olsunlar, bu görüşlerin ne olduğunu kesin olarak bulmanın en uygun yolu olabilir. Açıktr ki, bu son durumlarda hiçbir oy ticareti olmazdı.

2) Oy verme yerindeki bireysel tercihle rekabetçi piyasadaki bireysel tercih arasında farklılıkların ortaya çıktığı her durumda –ki bu bizi mevcut benzerlikleri ihmal etmeye zorlayacak kadar aşikârdır–, oy ticareti modelinin uygulanabilirliğinin sınırlı olduğundan şüphelenmek makuldür. Söz gelişi, a) yukarıda belirtilmiş olan, oy-verme yoluyla tercih sürecinde söz konusu olan maliyet ve faydalarda piyasadaki alım ve satım sürecinde olduğundan daha fazla belirsizlik ve genel olarak daha az bilginin var olduğu gerçeği, oy ticaretini piyasadaki mal ve hizmet ticaretinden çok daha zorlaştırmaktadır. Ayrıca, b) seçmen yaptığı tercih için piyasada işlem yapan kişiden çok daha az sorumluluk aldığı için, oy ticareti piyasadaki olağan ticaretten daha az yararlı görünmektedir. Başarısız işlemciler piyasadaki dışlanır ve yerlerini daha iyileri alırken, başarısız seçmenlerin asla ayrılmadıkları siyaset sahnesinde böyle birşey olmaz ve piyasadaki başarılı işlemcilerin yaptıkları gibi başarılı olması muhtemel yeni seçmenlerin gelmesine izin verilmez. Buna karşı, siyasî süreçte başarısız olan seçmenlerin bir despotun demokrasiye son vermesine izin vermek suretiyle siyaset sahnesini terk etmeye zorlanabildikleri söylenebilir. Ancak, başarısız seçmenler ile piyasadaki başarısız işlemciler arasındaki benzerlikler lehine kabul edilebilir bir kanıt olmaktan uzak olan bu gerçek bizi ilki ile ikincisi arasındaki önemli farklılıkları kabul etmeye zorlamaktadır. Bir despot tarafından devrilen başarısız seçmenler örneğinde, başarılı olma ihtimali olanlar dahil seçmenlerin her biri ve hepsi siyaset sahnesinden seçmenler olarak çekilmek zorundadır; bu şekilde ortaya çıkan durum da en iyi seçmenlerin seçilmesi değil de oy verme sistemine dayanan bir siyasî toplumun nihaî çöküşüdür. c) Oy-ticareti modelinin benzer

bir sınırlılığı, siyasetteki alternatif sorunların piyasadaki bireylere önerilenlerden daha dışlayıcı oldukları durumda ortaya çıkar görünmektedir. Karşılıklı olarak birbirini dışlayan iki sorunun var olması durumunda, oy ticareti oligopolün veya oligopsonun piyasaya hâkim olduğu, yani piyasa fiyatlarının doğmasının daha düzenli bir rekabetin gerçekleştiği bir durumda olduğundan daha az muhtemel olduğu, bir durumdaki mal ve hizmetlerin mübadelesine benzetilebilir olacaktır. Son olarak, da altını çizdiğimiz sakıncalar bir azınlık veya çoğunluk yönetiminde vuku bulurken, oy birliği kuralı altındaki kolektif eylem ile piyasadaki gibi tamamen gönüllü eylem arasında muhtemelen bu teorinin yazarlarına görüldüğü kadar yakın bir ilişki yoktur. Oy birliği altında, bir grup oluşturmak için bütün diğer seçmenlerin onayını alması zorunlu olan bir seçmen, piyasada mal veya hizmetleri ondan almak veya ona satmak isteyen başka insanlar için onayı zorunlu olan bireye ancak bir dereceye kadar benzetilebilir. Ne ilki ne de ikincisi kendi rızası olmaksızın başka insanların kararlarını kabul etmeye zorlanmaktadır. Bununla beraber, bu rıza rekabetçi bir piyasanın varlığı için yeterli olmasa da kesin olarak zorunlu bir şarttır.

Aslında, oy birliği kuralı altındaki seçmen, satabildiği mal veya hizmetlerin mübadelesinin bütün faydasını kavrayabilen ve dolaşısıyla tüketicinin "artı-değeri"nin tamamını veya hemen hemen tamamını elde edebilen ayrımcı bir tekelininkiyle yakından ilişkili olabilecek bir konumdadır. Zaman zaman, gayet yanlış olarak, oy birliği kuralı altındaki muhalif seçmenin mümkün bir "şantaj"ı olarak adlandırılmış olan bu gerçeğin, siyasette rekabetçi bir piyasanın şartlarını temin etmeye çalışan bir teoride ihmal edilmemesi gerekir. Her ne zaman 100 seçmenlik bir grubun 99'u belirli bir karardan yana ve 1'i ona karşı ise, karşı olanın diğer 99 seçmen tarafından sadece muhalefetinden vazgeçmesinin telâfi edilmesini değil fakat kendisi için net bir kazançla telâfi edilmesini istemesi tam da burada tartışmakta olduğumuz teorinin görüş açısından tamamen rasyoneldir. Eğer bu olursa, Pareto kuralına riayet edilmiş olabilir ama seçmenlerin konumunu rekabetçi bir piyasadaki bireylerinkiyle karşılaştıramayız. Buna karşı denebilir ki, oy birliği kuralı altında herhangi bir seçmen, onayını vermek için talep ettiği fiyatı diğer 99 seçmenin çok yüksek bulması durumunda bu faydayı kaybetme riskine girmektense, küçük bir fayda karşılığın-

da diğer 99'a onayını vermek isteyebilir. Fakat bu gerçek, muhalif seçmeni diğer 99'dan çok daha iyi bir konumda –ayrımci bir tekelininkine benzer bir durumda– pazarlık yapmaktan alıkoymaz. Şüphesiz, ayrım gözeten tekeller siyasî kararlarda olduğu kadar piyasada da var olabilir. Fakat bu tekeller piyasada en azından uzun vadede azalma eğilimindeyken, oy birliği kuralı altındaki grup kararları için benzer bir sonuç için hiçbir umut yoktur.

Bu yazarların kendileri teorilerinin siyasette gerçek oy-verme sürecinin ancak kısmî bir açıklamasını yapabildiğini kabul etmektedirler. Teorinin normatif değeri de buna göre sınırlıdır. Eğer yanılmıyorsak, bu ilginç iktisadî yaklaşımın siyasete uygulanabilirliğinin sınırları hakkında daha titiz bir araştırma hem iktisatçılar hem de siyaset bilimcilerin kendi disiplinleri hakkında daha derin bir anlayışa ulaşmaları bakımından muhtemelen yararlı olurdu.





## PIYASAYA KARŞI OY-VERME

ÖNCEKİ DERSTE SEÇMENLER İLE PİYASADA İŞLEM YAPANLAR ARASINDA var olabilen birçok benzerliklere rağmen, ikisinin eylemleri gerçekte benzer olmaktan uzaktır. Hiçbir usul kuralı seçmenlerin piyasada bireysel tercih yapan işlemcilerle aynı esneklik, bağımsızlık, tutarlılık ve etkinlik içinde hareket etmelerine imkan verir görünmemektedir. Hem oy-verme hem de piyasada işlem yapmanın bireysel eylemler oldukları doğru olmakla beraber, yine de oy-vermenin uygulamada hemen hemen kaçınılmaz olarak bozulmaya uğrayan bir bireysel eylem olduğu sonucuna varmamız gerekmektedir.

Kadim zamanların doğrudan demokrasilerindeki veya Ortaçağın ve modern çağın küçük demokratik topluluklarındaki gibi ilgili bütün yurttaşlardan oluşsa bile, bir grubun kolektif bir kararının bir sonucu olarak ortaya çıkan *yasama*, piyasa süreciyle özdeş olmaktan uzak bir hukuk-yapımı süreci olarak ortaya çıkmaktadır. (Eğer söz gelişi çoğunluk kuralı geçerliyse) sadece kazanan çoğunluklar içinde yer alan seçmenler piyasada işlem yapan kişilere benzemektedir. Kaybeden azınlıklar içindeki seçmenler ise, en azından malların bölünülebilirliğinin geçerli olduğu piyasada her zaman –fiyatını ödemek şartıyla– seçeceği ve alacağı bir şey bulması mümkün olan en zayıf işlemcilerle bile benzemezler. Yasama "ya hep-ya hiç" kararının sonucudur; ya kazanır ve tam olarak almak istediğiniz şeyi alırsınız ya da kaybeder ve hiçbir şey alamazsınız. Bu anlamda oy-vermede kazanan ve kaybedenler sahadaki kazanan ve kaybedenler gibidir. Oy verme sahadaki bir mücadelenin sembolü olduğu kadar öyle piyasa işleminin bir yeniden-üretimi olarak pek ortaya çıkmaz. Eğer bunu iyi düşünürsek, oy-vermede piyasanın rasyonalitesiyle karşılaştırılabilecek türden "rasyonel" olan hiçbir şey yoktur. Şüphesiz,

oy-verme öncesinde, piyasadaki herhangi bir işlemle aynı anlamda rasyonel olabilecek tartışma ve pazarlık var olabilir. Fakat sonunda oy vermeye sıra geldiğinde artık tartışmaz veya pazarlık etmezsiniz. Artık başka bir düzlemdesinizdir. Taşları veya midye kabuklarını biriktirdiğiniz gibi oyları biriktirirsiniz. Bunun anlamı şudur: Başkalarından daha fazla nedene sahip olduğunuz için değil fakat sadece daha fazla topladığınız için kazanırsınız. Bu işlemde sizin ortaklarınız ve muhataplarınız değil fakat sadece müttefikleriniz ve düşmanlarınız vardır. Elbette, müttefikleriniz ve düşmanlarınızın gibi sizin kendi eyleminiz de halâ rasyonel sayılabilir; ama nihaî sonuç, sizin nedenlerinizin ve onlara karşı oy verenlerin nedenlerinin dikkatli bir incelenmesiyle açıklanabilecek bir şey değildir. Siyasî dil gayet doğal olarak oy-vermenin bu yanını yansıtır: Politikacılar başlatılacak *kampanyalardan*, kazanılacak *mücadelelerden*, savaşılabilecek *düşmanlardan* vb. isteklilikle söz ederler. Bu dil piyasada genellikle görülmez. Bunun aşikâr bir nedeni vardır: *Piyasada arz ve talep sadece uyumlu değil aynı zamanda birbirini tamamlayıcı iken, yasamanın ait olduğu siyasî alanda kazananların tercihi ile kaybedenlerin tercihi ne birbirini tamamlayıcıdır hatta ne de birbiriyle uyumludur*. Grup kararlarının (özellikle de bu kararları almanın olağan usulî aracı olan oy-vermenin) doğasına ilişkin bu basit –ve söylemeliyim ki aşikâr– gözlemin nasıl olup da hem teorisyenler hem de sokaktaki adam tarafından gözden kaçırıldığını görmek şaşırtıcıdır. Oy-verme, özel olarak da çoğunluk kuralına göre oy-verme, sıkça, sadece grup üyeleri oy birliği içinde olmadıkları zaman karar almayı mümkün kılması anlamında değil fakat mevcut şartlar altında en mantıklı olan yol olarak görünmesi anlamında da *rasyonel* bir usul olarak görülür.

İnsanların genellikle kararlarda oy birliğini bir ideal olarak gördükleri doğrudur. Fakat grup kararlarında oy birliğinin nadir olması nedeniyle, onlar ikinci en iyinin çoğunluk oyuyla karar almak olduğu sonucuna varmaya hakları olduğunu düşünürler, ki bu da çoğunluk oyuyla alınan kararların hem icabı daha uygun, hem de alternatiflerinden daha mantıklı olduğunu ima eder.

Başka bir vesileyle bu konunun Anthony Downs tarafından savunulmasını ele almıştım.<sup>107</sup> Sanıyorum, Downs'ın, siyasî lite-

107 See Bruno Leoni, "Political Decisions and Majority Rule," *Il Politico*, Vol. XXV, No. 4, 1960, ss. 724-733.

ratürde çoğunluk kuralı lehine ileri sürülen ana nedenlerin hepsini kısaca özetleme avantajına sahip olan tezini [burada] yeniden gözden geçirmeye değer.

Downs'a göre,

Basit çoğunluk kuralı lehindeki temel argümanlar her seçmenin diğer her seçmenle eşit ağırlığa sahip olduğu öncülüne dayanmaktadır. Bundan dolayı, görüş ayrılığının ortaya çıkması durumunda eğer karar oy birliğine ulaşıncaya kadar ertelenemiyorsa, *daha fazla seçmenin daha az olanlara ne yapılacağını söylemesi aksi ihtimalden daha iyidir*. Bunu başarmanın tek pratik yolu ise basit çoğunluk kuralıdır. Bir kanunun geçmesi için basit çoğunluktan daha fazlasını gerektiren her kural azınlığa çoğunluğun işlemini engelleme imkânı verir ve böylece azınlığa mensup her bir üyenin oyuna çoğunluğun her bir üyesinin oyundan *daha fazla ağırlık* kazandırır.<sup>108</sup>

Oy-verme ile piyasada işlem yapma arasındaki karşılaştırmaya devam edersek: Bu argüman herkese aynı satınalma gücünü kazandırmak için herkese bir dolar vermemiz gerektiğini söylemekle aynı görünmektedir. Fakat benzetmeye daha yakından bakarsak, şunu fark ederiz ki, 100 seçmenden 51'inin "siyasî olarak" 100 seçmene eşit olduğunu ve geri kalan 49 (muhalif) seçmenin "siyasî olarak" sıfıra eşit olduğunu varsaymakla (çoğunluk kuralına göre bir grup kararı alındığı zaman olan tam da budur), kazanan 51'in tarafındaki her bir seçmene kaybeden 49'un tarafındaki her bir seçmene olduğundan çok daha fazla "ağırlık" vermiş oluruz. Bu durumu, her birinin birer Doları olan 51 kişi 51 Dolarlık bir aleti satın almakta birleşirken, sadece bir tane satılık alet var olduğu için birer doları olan diğer 49 kişinin bunu yapamaması halinde piyasada ortaya çıkan durumla karşılaştırmak daha doğru olurdu. Kimin veya kimlerin bu çoğunluğa dahil olacağını önceden bilemememiz manzarayı çok değiştirmez.

Hem siyasette herkes için fırsat eşitliğini desteklemek iddiası güden hem de aynı anda çoğunluk kuralının uygulanması yoluyla tam da eşitliği inkâr eden bir öğretinin çelişkileri üstünde düşünmekten insanları alıkoymakta çok önemli bir rol oynanmış olan

108 Anthony Downs, *In Defense of Majority Voting* (Chicago: University of Chicago, 1960). (Teksir basım bir deneme, Gordon Tullock'un, "Some Problems of Majority Voting" başlıklı makalesinin genel bir eleştirisidir. Tullock'un bu makalesi *The Calculus of Consent*'in 10. Bölümünün daha önceki bir versiyonudur.)

bazı tarihsel nedenler var olmalıdır. Çoğunluk kuralının taraftarları onun oligarklar veya despotların büyük insan kütleleri üzerindeki sınırsız iktidarlarına karşı çıkmanın yegâne mümkün aracı olduğunu düşünüyorlardı. Despotların, hâkim oldukları siyasî toplumlardaki iradelerine veya "ideal oy"larına verilen "ağırlık bu toplumlardaki diğer bireylerin hepsinin iradesine kalan ağırlığa nispetle o kadar orantısızca baskındı ki, ilgili bütün bireylerin iradelerinin "ağırlıkları"nın eşitliğini sağlamak için çoğunluk kuralının uygulanması tek uygun yol olarak görülmüştü. Çok az insan siyasî tartının diğer tarafının dengelenmemiş olup olmayacağını araştırma zahmetine girmiştir. Bu ortak tutum söz gelişi Thomas Jefferson'ın Alexander von Humbolt'a 13 Haziran 1817'de yazdığı bir mektupta etkili bir biçimde ifade edilmiştir:

Cumhuriyetçiliğin ilk prensibi, eşit haklara sahip bireylerden oluşan her toplumun temel kanununun *lex majoris partie* [büyük taraflar kanunu] olduğudur. Tek bir oylamanın çoğunluğu tarafından ifade edilen toplumun iradesini oy birliğimş gibi kutsal saymak önem bakımından bütün derslerin ilki olsa da hakkıyla öğrenilmesi bakımından sonuncusudur. Bu kanun bir kere göz ardı edildiğinde, geriye güçten (force) başka bir şey kalmaz, ki bu da zorunlu olarak askerî despotizmle sonuçlanır. Fransız Devrimi'nin tarihi bu olmuştur; ve keşke bizim Güneylilerin anlayışı da onların kaderinin bu kanunun gözetilmesine bağlı olduğunu görecektir kadar geniş ve keskin olabilse.<sup>109</sup>

19. yüzyılda ancak daha sonraları önde gelen kimi bilginler ve devlet adamları 51 sayısında 49 sayısındakinden daha çok sihir olmadığını anlamaya başladılar. Söz gelişi, Fransız garantistler ile bazı ünlü İngiliz düşünürler siyasî kararlar[n alınmasın]da çoğunluk kuralının kayıtsız-şartsız uygulanmasından ve onun altında yatan –Herbert Spencer'ın 1884 yılında "çoğunlukların ilâhî hakkı"<sup>110</sup> hurafesi olarak yaftaladığı– varsayımdan hoşlanmadıklarını açıklamakta hiç tereddüt etmemişlerdi.

Fakat biz Downs'ın çoğunluk kuralı lehindeki ana argümanlar hakkındaki özetini tekrar edelim: "Görüş ayrılığının ortaya çıkması durumunda eğer karar oy birliğine ulaşıncaya kadar ertele-

109 *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. 15, Editor in Chief, Andrew A. Lipscomb (Washington, D.C.: The Thomas Jefferson Memorial Association of the United States, 1904), s. 127.

110 See "The Great Political Superstition," *The Man Versus the State*, Herbert Spencer (Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 1981), s. 129.

nemiyorsa, daha fazla seçmenin daha az olanlara ne yapılacağını söylemesi aksi ihtimalden daha iyidir."

Downs'ın varsaydığı şartların –bir kararın acilliği ve oy birliğinin yokluğu– bütün siyasî toplumlarda az çok sıklıkla ortaya çıkabileceğini kabul edebiliriz. Bununla beraber, gerçek şudur ki, hem kararın acilliği hem de oy birliğinin yokluğu, siyasî bir toplumun bütün diğer üyelerini karar almamaktansa ne olursa olsun bir grup kararı almaya zorlayacak bir konumda olan insanlar tarafından, deyim yerindeyse, *sunî olarak* yaratılmıştır. Bu soruna geri dönersek, burada sadece şuna işaret etmek istiyorum: Hem acilliğin hem de oy birliğinin yokluğunun ilgili kararın mevcut şartları olduklarını kabul etsek bile, Dr. Downs'ın yaptığı gibi, dolayısıyla "tersinin değil de daha fazla seçmenin daha az sayıda olanlara ne yapılacağını söylemesi daha iyidir" önermesi tamamen ilgisiz bir sonuçtur. Aslında, ilgili kararı almak için gerekli olan miktarda bilgiye sadece birkaç kişinin sahip olduğu ve dolayısıyla –tersinin değil de– daha fazla seçmenin daha az olanlara ne yapılacağını söylemesinin çok daha az makul olacağı durumları kolayca tasarlayabiliriz.

Elbette çoğunluk kuralının ateşli destekçileri buna, bu sonucu acillik ve oy birliğinin yokluğu varsayımlarından çok, seçmenlerin ilgili konular hakkındaki eşit bilgilerine, hatta eşit bilgisizliklerine, ilişkin örtük varsayımlardan türettiklerini söyleyerek karşı çıkabilirler. Ancak, bu son varsayım son derece farklılaşmış olan çağdaş toplumlarda pek gerçekçi değildir. Aynı yazar başka bir bağlamda kabul etmektedir ki, "uzmanlaşma birbirinden geniş ölçüde farklılaşan objektif çıkarılara [ve, ekleyeyim, bunlara karşılık gelen farklı bilgi türlerine] sahip olan azınlık grupları yaratır." Bunun için, bu sonucun gerçek temeli hâlâ seçmenlerin eşit ağırlığı ünlü kavramı, veya daha doğru bir ifadeyle, bu kaygan kavramın çifte anlamlı kullanımınıdır.

Downs'ın sunduğu özeti irdelenmesi gereken bir noktası daha vardır. Ona göre, "[bir kanunun geçmesi için basit çoğunluktan daha fazlasını gerektiren her kural azınlığa çoğunluğun işlemini engelleme imkânı verir ve böylece azınlığa mensup her bir üyenin oyuna çoğunluğun her bir üyesinin oyundan *daha fazla ağırlık* kazandırır."

Bu ifadenin önce son kısmı üzerinde yoğunlaşalım. Benimsenen kural eğer bir nitelikli çoğunluk kuralı olsa, 100 seçmenin kazanan çoğunluğunu oluşturan sayı 51 yerine diyelim ki 60 veya 70, buna karşılık kaybeden azınlığın sayısı da 49 yerine 40 veya 30 olurdu. Ama bu, azınlığın her bir üyesinin oyuna çoğunluğun her bir üyesinin oyundan "daha fazla ağırlık" verildiği anlamına gelmez. Gerçek şudur ki, bir kere daha toplam 100 seçmenden 60 veya 70'lik alt kümede yer alan kazanan seçmenlerin her birine hala, yeni kurala göre, toplamları 40 veya 30 olan alt kümedeki her bir seçmene verileden daha fazla ağırlık verilmektedir. Bu örnekte 60 veya 70 seçmen 110'a "siyasî olarak" eşit, diğer 40 veya 30 seçmen ise 0'a "siyasî olarak" eşit sayılmaktadır.

Bu örnekte ayırdına varabileceğimiz tek fark, "sihirli" sayı 60 veya 70 olduğu zaman, her bir seçmenin kaybeden alt grupta yer alma ihtimalinin, sihirli sayının 51 olduğu önceki örnekte sahip olduğundan –soyut olarak– daha düşük olduğudur. Fakat bu ifadededen, 'dolayı' sonraki örnekteki kaybeden alt grupta yer alan her bir seçmene kazanan grupta yer alan her bir seçmenden daha fazla ağırlık verildiği sonucunu çıkarmak yanlış olurdu.

Az önce son kısmını irdelediğimiz Downs'ın ifadesinin şimdi de ilk kısmını gözden geçirelim. Gördüğümüz gibi, Downs siyasî bir karar almak için basit çoğunluktan daha fazlasını gerektiren her kurala azınlığın çoğunluğun işlemi engellemesine izin veren bir kural olarak atıf yapmakta ve bu mümkün engellemenin onun oyların eşit ağırlığı ilkesi gereğince her zaman reddedilmesi gerektiğini ima ediyor görünmektedir.

Ancak, açıktır ki "engelleme"nin birçok çeşidi vardır ve sonuçlar çıkarmadan önce bu kavramın daha dikkatli bir analizi galiba kaçınılmazdır.

Bu bağlamda, 20. yüzyılın başında (adı haksız yere muhtemelen unutulmuş) seçkin bir bilgin olan Lawrence Lowell'ın *Public Opinion and Popular Government* (Kamuoyu ve Halk Hükümeti) adlı ufuk açıcı kitabında sunduğu bir örneği hatırlamak yararlı olabilir.<sup>111</sup> Bu örneği başka bir vesileyle aktarmıştım ama onu tekrarlasam iyi olacak gibime geliyor. Tenha bir yerde yaya bir

111 A. Lawrence Lowell, *Public Opinion and Popular Government* (New York: Longmans, Green, & Co., 1913).

yolcuyu bekleyip onun cüzdanını çalan soyguncu çeteleri, di-yordu Lowell, bir "çoğunluk" oluşturmazlar. Soyulan yolcuya da "azınlık" denemez. Şüphesiz, başka ülkelerde olduğu gibi Birleşik Devletler'de de bu tür "çoğunluklar"ın oluşmasını engellemeye dönük anayasal korumalar ve ceza mevzuatı vardır. Kabul etmeliyim ki, zamanımızdaki çeşitli "çoğunluklar"ın genellikle Lawrence'ın tanımladığı özgül "çoğunluklar"la çok ortak yanı vardır. Buna rağmen, Lowell'in belirttiği türden paradoksal "çoğunluklar"la daha ortodoks anlamda "çoğunluklar" arasında ayırım yapmak hâlâ mümkündür ve bana göre çok da önemlidir. Lowell türü çoğunluklara günümüzün etkili bir şekilde örgütlenmiş herhangi bir toplumunda izin verilmez, çünkü pratik olarak bu toplumların her üyesine herhangi bir çoğunluğun en azından bazı eylemlerinin engellenmesi imkânının verilmesi istenmez. Downs'ın bu durumlarda azınlık içinde yer alan her bir seçmene çoğunluğa dahil olan her bir seçmenden daha fazla ağırlık verildiğine ilişkin argümanını kimse çok etkileyici bulmazdı, bu argümanın doğru olduğunu varsaysak bile.

Öyleyse, her bir bireyin –ne kadar büyük olurlarsa olsunlar– çoğunlukların soygun veya cinayet gibi eylemler yapmasını engelleme yetkisini korumayı istediği durumların, kaprisli veya kötü ruhlu bir muhalifin kendi yurttaşlarının kimi masum ve yararlı amaçlarına ulaşmalarını engellemeyebileceği başka durumlara çok benzediğini iddia eder miydik? "*Engelleme*" kelimesinin her bir durumda farklı bir anlama sahip olduğu ve çoğunluk kuralının uygulanması hakkında herhangi bir genel sonucu kabul etmeden önce bu durumlar arasında ayırım yapılmasının uygun olacağı açık görünüyor. Başka bir ifadeyle, "eşit ağırlık" argümanının doğruluğunu kabul etsek bile, bizatihi argümanın sınırlarını gösterecek bazı önemli kayıtlar getirmenin gerekliliğini kabul etmeliyiz.

Basit çoğunluk kuralı lehine ileri sürülenler arasında gözden geçirmemiz gereken bir argüman daha vardır. Gördüğümüz gibi, Downs "eşit ağırlıklar" ilkesine zıt olduğu gerekçesiyle başka kuralın uygulanmasına sadece itiraz etmemiş, fakat daha doğrudan bir şekilde daha fazla seçmenin daha az olanlara ne yapılacağını söylemesine izin vermek için "yegâne pratik düzenlemenin sadece çoğunluk kuralı" olduğunu belirtmiştir. Buradaki düşünce şudur: Eğer başka bir (nitelikli) çoğunluk kuralını kabul edersek,

bir azınlık ne yapılacağını bir çoğunluğun ona söylemesini engelleyebilecektir. Başka bir şekilde söylersek, bir azınlık bir çoğunluğa ne söylemeyeceğini söyleyecektir. Kayıtsız-şartsız çoğunluk kuralının taraftarlarının şanssızlığı, basit çoğunluk kuralı lehindeki bu argümanın da önceliklerden daha doğru olmamasıdır.

Basit çoğunluk kuralının benimsenmesi, güçlü bir şekilde örgütlenmiş azınlıkların siyasî toplumun diğer bütün üyelerine ne yapılacağını söylemesini engellemez. Mosca, Pareto ve bir dereceye kadar Roberto Michels'in ortaya koydukları İtalyan elit teorisi her zaman bu ihtimali güçlü bir şekilde vurgulamıştır. Buchanan ve Tullock da *The Calculus of Consent*'te elit bakış açısını reddetmeye çalışırken oy ticaretine ilişkin kendi analizlerinde onu zamanımızın temsilî demokrasilerinde ortaya çıkan gerçek bir fenomen olarak tamamen bilinçdışı olarak benimsemişlerdir.

Yanılmıyorsam, Buchanan ve Tullock bir azınlığın iyi örgütlendiği ve istenen bir kararı geçirmeye hazır bir çoğunluğa sahip olmak için zorunlu olarak pek çok seçmene rüşvet vermeye kararlı olduğu her durumda çoğunluk kuralının yaygın olarak kabul edildiğinden çok daha fazla bu gibi azınlıkların lehine işlediğini muhtemelen çürütülemez bir şekilde göstermeyi başarmışlardır. Eğer söz gelişi 100 seçmenin sadece 10'u, 100 Dolar tutarındaki maliyeti grubun her bir üyesine eşit olarak paylaştırılan bir grup kararından 100 Dolarlık faydanın tamamını elde edecekse, –en azından kararın onların her birine olan maliyetini, yani 1'er Doları, onlara geri ödemek suretiyle– 41 kişiye daha rüşvet vermek bu 10 seçmenin çıkarına olabilir. Sonunda, çoğunluğa dahil olan 41 kişinin kâr ve zararı eşit olacak, resmî azınlığa dahil 40 kişi karardan herhangi bir fayda elde etmeksizin her biri 1 dolar ödeyecek ve gerçek kazançların her biri 5.10 Dolarlık maliyete karşı grubun aldığı karardan 10 Dolarlık fayda elde edecektir.

Şüphesiz, kaybeden 40 kişi gelecek sefer örgütlenebildikleri ve çoğunluğun en azından iki üyesine onları azınlığa transfer etmek için rüşvet verebildikleri ve 10 kurnazı elleri boş bıraktıkları zaman, kural ters yönde de işleyebilir. Fakat basit çoğunluk kuralının her iki durumda da gerçekte bir azınlığın lehine işleyebileceği açıktır.

Doğrudur, basit çoğunluk kuralının azınlıkların lehine işleyebilen azınlık kurallarının dışında(ki) yegâne seçenek olduğu



söylenemez. Grup kararından doğan faydalar temerküz ettiği ve kararın maliyetleri kurnaz azınlıkları mevcut kuralın öngördüğü çoğunluğu oluşturmak için zorunlu olan sayıdaki seçmene rüşvet vermeye teşvik etmek için yetecek kadar paylaştırıldığı zaman, bütün diğer çoğunluk kuralları bazı azınlıkların lehine işleyebilir. Ancak, bu rüşvetin maliyetleri geçerli bir çoğunluğun oluşması için öngörülen seçmen sayısına göre artar. Pekalâ olabilir ki, artan sayıda seçmene rüşvet verme sürecindeki maliyetler herhangi bir kurnaz azınlığı, kendi yararlarını diğer seçmen yurttaşları veya onların bir kısmı pahasına maksimize etme teşebbüsünden caydırabilir. Sonuç, öyle görünüyor ki, basit çoğunluk kuralının söz konusu azınlıklar için mümkün olan diğer nitelikli çoğunluk kurallarından daha az caydırıcı olduğudur. Bu, buraya kadar gözden geçirmekte olduğumuz ifadeden oldukça farklı gibi gelmektedir. Yani, "daha fazla sayıdaki seçmenlerin daha az olanlara ne yapılacağını söylemesine" izin vermek için "yegâne pratik düzenleme" basit çoğunluk kuralı olurdu.

Buchanan ve Tullock'un basit çoğunluk kuralının nasıl işleyebileceğine ilişkin olarak yaptıkları analizde işaret edilen ilginç ihtimallerden biri, soruna başlangıçta kayıtsız olan başka seçmenlere rüşvet verecek maksimize-edicilerden oluşan yeni azınlıkların, daha az bilgili, daha az kurnaz veya daha az dikkatli gelip-geçici azınlıklar pahasına yeni çoğunluklar yaratmaya dönük aralıksız girişimidir. Aynı yazarların dikkat çektikleri başka bir muhtemelen ilginç sonuç, maksimize etmenin faydaları ile maliyetleri arasındaki orantısızlığın azınlıkları kendi adlarına destekledikleri grup kararının toplam maliyetlerini minimize etme imkânını ihmal etmeye yöneltmesidir.

Genel durum, başka bir bağlamda yaptığım gibi, herkesin herkese karşı savaşı olarak veya seçkin Fransız iktisatçı ve siyaset bilimci Frederic Bastiat'nın kullandığı ünlü ifadeyle, "sayesinde, herkesin başka herkesin pahasına yaşamaya çalıştığı" devlet denen büyük fiksiyon<sup>112</sup> olarak adlandırılabilir.

Karar-verme kurallarının, kurnaz azınlıkları faturayı daha az kurnaz olan kurbanlardan oluşan azınlıkların ödemesine imkân

112 Frederic Bastiat, *Selected Essays on Political Economy* (New York: D. van Nostrand Co., 1964, s. 144.

vermek suretiyle avanta elde etmelerini cesaretlendirecek gibi olduğu her durumda, siyasî toplumda grup kararlarına sürekli bir aşırı-yatırım gerçekleşme eğiliminde olur. Bununla beraber, Dr. Downs maksimize-edicilerin grubun diğer üyeleri pahasına kendilerini kayırma suçlamasına karşı basit çoğunluk kuralını savunmaya çalışmıştır. Tullock'un, Buchanan'la müşterek olan yeni kitaplarında yeniden yayımlanan bir makalesinin analizine tahsis ettiği denemesinde, Downs kurnaz azınlıkları başka seçmenler pahasına kendi yararlarını azamileştirmeye cesaretlendirmek bakımından nitelikli çoğunluğun bütün türlerinin basit çoğunluk kuralıyla aşağı yukarı aynı şekilde işleyebilecekleri yolundaki daha önce değinilmiş olan değerlendirmeyi yapmaktadır. Aslında, Downs basit çoğunluk kuralının yukarıda değinilen eleştiriden muaf olmadığını kabul etmeye mecbur kalmaktadır. Fakat o şimdi, Tullock ve Buchanan tarafından vurgulanan, nitelikli çoğunluk kurallarının her tür maksimize-edici kurnaz azınlıklar için basit çoğunluk kuralından daha fazla caydırıcı oldukları gerçeğini tamamen ihmal ediyor gibidir.

Downs ayrıca diğer (nitelikli) çoğunluk kuralları gibi basit çoğunluk kuralını da, bunların gelip-geçici ve değişken çoğunlukların geçirdikleri grup kararlarına aşırı yatırım yapma eğiliminde olacakları ithamına karşı savunmaktadır. O gerçek dünyada "oy ticareti"nin (logrolling) yapıldığını kabul eder, ama halk tarafından seçilen temsilcilere dayanan siyasî toplumlarda benimsenen kararların gerçek maliyetinin faydalarını aşma eğiliminde olması durumunda, bu temsilcilerin yasama dönemi sonunda oy-ticaretinin kötü sonuçlarını açıklamak zorunda olduklarını da varsayar. O zaman seçmenler onlardan yüz çevirecek ve başkalarını atamak suretiyle onları cezalandıracaklardır.

Ancak, bu argüman pek ikna edici görünmemektedir. Siyasî oyunun özelliklerinden biri, çağdaş siyasî toplumlarda oy ticaretinin temsilciler meclislerinden önce başladığıdır. Oy ticareti aslında seçim bölgelerine, seçmenler kendi avantajlarına olan diğer maddelerinden kazanç elde etmek uğruna bir siyasî programın (kendileri için) dezavantajlı olan maddelerini kabul ettikleri zaman başlar. Onlar programın dezavantajlı maddeleri arasında, kendi temsilcilerinin Mecliste başlatacağı oy ticaretinin belli bir anda kendileri için net kayıplarla sonuçlanma ihtimalini görebir-

lirler. Bu an, onların temsilcisinin seçim döneminin sonunda seçmenlerinin önüne çıkacakları anla örtüşebilir veya örtüşmeyebilir. Fakat bu örtüşme gerçekleşse bile, temsilcileri eğer tekrar seçilirse seçmenleri adına daha faydalı bir seri oy ticareti yoluyla mevcut durumu iyileştirmek için yeni fırsatlara sahip olacağını iddia edebilecektir. Siyasî oyun asla bitmediği için, seçmenler için belli bir anda veya belli anlarda yapacağı oy-ticaretinin sonuçlarının seçmenleri için yararlı olacağını her zaman söyleyebilen ve dahası, gelecek yasama döneminde aynı oy ticaretine devam etmesinden benzer veya daha yüksek faydaların doğacağını iddia edebilen bir temsilciyi kovmak için hiçbir neden yoktur.

Ancak, Downs kendi tezi lehine başka bir argüman daha kabul etmeye çalışır. Downs, eğer bir seri grup kararından doğan maliyetlerin bir kısmı hakkında bilgisiz olurlarsa seçmenlerin gerçekten çok büyük olan bir hükümet bütçesini içeren bir programa oy verebileceklerini kabul etmekle beraber; ona göre, eğer burada bilgisizliğin olduğunu kabul edeceksek, seçmenler elde ettikleri faydaların bir kısmı hakkında da bilgisiz olabilirler ve eğer durum buysa bilgisizlik çok büyük hükümet bütçesi kadar çok küçük bir hükümet bütçesi de üretebilir.

Bana öyle geliyor ki, bu argüman öncekinden de daha az ikna edicidir. Bu kararın grup için ima ettiği muhtemel aşırı-yatırıma rağmen, geçirmeye çalıştıkları bir grup kararından kendileri için hangi maliyet ve faydaların doğacağını kurnaz azınlıkların diğer seçmenlerden daha iyi bildiklerine ilişkin gayet gerçekçi varsayımdan hareket ettik. Böyle bir karar eğer geçecekse, bu kesinlikle bedelini diğer seçmenlerin ödeyecek olmasından dolayıdır ki bu onların dikkatsiz veya iyi örgütlenmemiş veyahut kararın kendileri için gerçek sonuçları hakkında bilgisiz oldukları anlamına gelir. Bundan dolayı, bilgisizlik aşırı yatırımın gerçekleşmesinin sebeplerinden sadece biri olabilir. Fakat varsayalım ki kaybeden seçmenlerin bilgisizliği tek neden *olsun*. Downs buna, bilgisizliğin "çok küçük" olan bir hükümet bütçesi de üretebileceği şeklinde karşılık verir. Fakat bu şimdi gözden geçirdiğimiz aşırı-yatırım örneğiyle pek ilgisi olmayan, tamamen farklı bir durumdur. Downs'ın argümanı, ancak eğer kurnaz bir azınlığın desteklediği bir kararın bedelini ödemekte olan seçmenlerin sırf bilgisizliği yüzünden bu kararın grup için faydalarının maliyetlerinden sadece

az değil fakat daha büyük de olmayabileceğini varsayabilseydik kabul edilebilir olurdu. Fakat bu, yatırımın, rasyonel ve yeterince bilgili işlemcilerin irrasyonel veya bilgisiz olanlardan daha başarılı olmaları ihtimalinin olmadığı bir tür kumar olduğunu ima ederdi. Eğer bilgisizlik tesadüfi olarak bilgiyle aynı faydalı sonuçları üretebilseydi, iktisadî faaliyetler şimdi olduklarından açıkça çok farklı olurdu. İçinde yaşadığımız dünyada bilgisizliğin bilgi (enformasyon) kadar işe yarayabileceği varsayımı, sadece iktisadî alanda değil diğer alanlarda da insan faaliyetini açıklamak için gayet uygunsuz görünmektedir. Öte yandan, kendi yararları için bir grup kararını destekleyen azınlıkların yapmakta oldukları şeyi diğer seçmenlerden daha iyi bildiklerini varsaymak akla yatkındır. Onlar ne istedikleri ve grup kararının kendileri için muhtemel sonuçları hakkında kesin bir fikre sahiptirler. Onlar bu kararın grubun diğer üyeleri için faydalarının bu aynı üyeler için maliyetinden daha az olacağını da aynı derecede iyi bilebilirler. Fakat onlar bu gerçeği göz ardı edebilirler. Nihaî sonuç, çok muhtemelen, farklı şartlarda olacak olandan çok daha fazlasına mal olacak olan bir yatırım olurdu.

Basit çoğunluk kuralının bu sonuçları yaratabilecek tek kural olmadığını gördük. *(Nitelikli) çoğunluk kuralının başka herhangi bir türünün benzer sonuçları olabilir.* Ancak ayrıca gördük ki, maksimize-edici azınlıklar oy ticareti yoluyla kendi iradelerini bütün gruba dayatmaktan caydırmak konusunda nitelikli çoğunluk kuralları basit çoğunluk kuralından daha iyi işleyebilir. Bu noktada, bir grup kararı almak için gerekli olan çoğunluğu artırdıkça, muhalif azınlıkları iyi örgütlenmiş maksimize edici elitler tarafından sömürülmekten daha fazla korursunuz gibi gelebilir. Bununla beraber, bu doğru değildir. Buchanan ve Tullock'un çalışmalarında gösterdikleri gibi, bir grup seçmen arasında bir anlaşmaya ulaşmanın maliyeti, nitelikli çoğunluk kuralı oy birliği kuralına yaklaştığı an daha keskin biçimde artma eğilimindedir. Başka bir ifadeyle, geçerli bir karar için ihtiyaç duyulan seçmen sayısının çok yüksek olduğunu bildiği zaman, her seçmen kendi rızasını çok değerli görme eğiliminde olur. Eğer başka seçmenler onun rızasını isterlerse, pazarlığın bütün avantajını elde etmek için ayırım-gözeten tekelleciyle aynı şekilde davranmaya yönelebilir.

Yüksek oranlı nitelikli çoğunluk kuralları altında veya oy birliği kuralı altında, basit çoğunluk kuralı altındaki kurnaz azınlıklarınkine bir ölçüde benzer bir durum ortaya çıkma eğilimindedir. Başka insanların oylarını en ucuza satın almak için değil de sırf mevcut kurala –yani, yüksek oranlı nitelikli çoğunluk kuralına– göre geçen bir karara sahip olmak isteyen seçmenlere kendi oylarını en yüksek fiyattan satmak için yeni maksimize-edici azınlıklar doğabilir. Oy birliği kuralı bu eğilimi sadece artırırdı; bu kuralın çok nadiren benimsenmesi, ona uygun olarak kabul edilen bir karara sahip olmak isteyen herkes için bunun ima edebileceği yüksek, hatta katlanılması imkânsız maliyetler yüzündendir.

Şimdi seçmenlerin "eşit ağırlığı" kavramına geri dönersek, *hiçbir karar-alma kuralının seçmenlerin her birine ve hepsine eşit ihtimaller anlamında gerçekten eşit ağırlık verme eğiliminde olmayacağı sonucuna varmak zorundayız*. Bununla beraber, azınlık kuralları, basit çoğunluk kuralları, yüksek-oranlı nitelikli çoğunluk kuralları ve nihayet oy birliği kuralları seçmenler için kaçınılmaz olarak dengesizlikle sonuçlanırken, bazı nitelikli çoğunluk kurallarının seçmenlerin hepsini makul bir denge konumuna koyma eğiliminde olduğu varsayılabilir.

Bu sonuç bize oy-verme süreci ile rekabet şartları altındaki piyasadaki ticaret süreci arasında var olduğunu kabul etmemiz gereken, üstesinden gelinemez bazı farklılıklar olduğunu hatırlatmaktadır. Özellikle siyasî oyunun kuralları denge yaratmaya değil de dengesizlik yaratmaya ve sürdürmeye eğilimli olduğu zaman, siyasî rekabet kendi tabiatı icabı iktisadî rekabetten çok daha fazla kısıtlanmış olarak ortaya çıkmaktadır.

Basit çoğunluk kuralının siyasî oyun için mümkün olan en iyi kural olarak değerlendirilmesinde pek anlam olmadığı sonucuna varmamız gerekmektedir. Ulaşmak istediğimiz amaçlara uygun olarak muhtelif kural türlerini benimsemek, örneğin söz konusu olan sorunlar toplumun her bir üyesi için oldukça önemli olduğu zaman nitelikli çoğunluk kurallarını veya sorun onların her biri için tamamen hayatî olduğu zaman oy birliği kuralını benimsemek çok daha anlamlıdır. Bu noktaların hemen hemen hepsinin iktisadî yaklaşıma dayanan yeni analizlerde ustalıkla biçimde vurgulanmış olduğuna inanıyorum.

Fakat siyasî kararlarda benimsenen veya benimsenebilir olan kuralların hiçbirinin rekabet şartları altındaki piyasadakine gerçekten benzeyen bir durum üretmeyeceğini hatırd tutmalıyız. Hiçbir oy-ticareti her bir bireyi rekabetçi bir piyasada serbestçe mal ve hizmet alıp satanlarla aynı konuma koymak için yeterli olamazdı.

Hukuku yasama olarak düşündüğümüzde, birey ve onun kararları bakış açısından hukuk ile piyasanın hiçbir şekilde benzer sayılamayacağı kesin olarak gösterilebilir. Aslında, piyasa süreci ile yasama süreci kaçınılmaz bir şekilde çelişiktirler. Piyasa bedelini kendileri ödemeye hazır olmaları şartıyla bireylerin serbest tercihler yapmalarına imkân verirken, yasama buna izin vermez.

Şimdi sormamız ve cevaplamaya çalışmamız gereken şey şudur: Piyasa ile hukukun yasama-dışı biçimleri arasında daha başarılı bir karşılaştırma yapabilir miyiz?

## DİZİN

### A

Acton, Lord 41, 42, 93, 116  
Allen, Sir Carleton Kemp 46, 76, 77, 79,  
80, 194, 195, 220  
Alman Medenî Kanunu 22  
Amerikan Anayasası 51, 140  
Aristo 64, 88, 90, 93, 94, 243  
arz ve talep 119, 121, 122, 124, 176,  
236, 239, 250  
Ashton, T. S. 71  
Austin, John 44, 107, 129, 130, 138  
Avam Kamarası 127, 128, 129, 130

### B

bağlayıcı emsal 103, 192, 193  
baskı 30, 41, 56, 68, 72, 143, 153, 160,  
201, 226  
Bastiat, Frederic 151, 257  
Bentham, Jeremy 107  
bireysel iddia 201, 203, 206, 217  
olarak hukuk normları 206

ve hukukî süreç 206, 217

bireysel özgürlük 9, 19, 21, 23, 26, 27,  
29, 30, 34, 35, 36, 89, 91, 106, 109,  
114, 116, 134, 138, 139, 144, 148,  
158, 161, 163, 164, 165, 168, 169,  
170, 177, 181, 182, 185, 186, 188,  
191, 193, 196, 198

iktisatçıların katkıları 34

ortak irade 116, 148, 164

statü hukuku tarafından aşındırılması  
114

ve grup kararları 148, 164

ve hukukun kesinliği 109

ve hukukun üstünlüğü 91, 158

ve temsil 35, 134

ve yasama 23, 26, 30, 36, 106, 114,  
163, 164, 188

bireysel tercih 29, 135, 143, 144, 147,  
159, 163, 167, 206, 235, 237, 238,  
245, 249

Black, Duncan 121, 234, 235, 236, 237

Bosanquet, Bernard 56

Bowles, Chester 51

Brutzkus, B. 34

Buchanan, James 122, 123, 144, 191, 235, 237, 238, 240, 256, 257, 258, 260

Buckland, Edmund 98, 223

Burnham, James 26, 76, 133

## C-Ç

cebir 28, 33, 55, 123, 124, 125, 182, 183, 184, 207, 212, 216, 242

Cicero 88, 90, 101, 102, 104

Coke, Sir Edward 107, 108

common-law 22, 45, 81, 84, 87, 102, 103, 106, 107, 108, 110, 124, 143, 153, 157, 185, 189, 190, 191, 192, 193, 232

mevzu hukuka dönüşmesi 22

ve serbest piyasa sistemi 106, 143

common-law yargıçları 102

conseil d'etat 45, 79, 80

Constant, Benjamin 77, 165

Corpus Juris Civilis 88

Coulanges, Fustel de 94

Cranston, Maurice 41, 63

çoğunluk kuralı 118, 120, 121, 132, 133, 138, 143, 144, 158, 159, 161, 162, 183, 197, 233, 239, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 260, 261

çoğunluklar 24, 41, 42, 116, 124, 132, 147, 148, 149, 152, 159, 162, 164, 165, 189, 196, 240, 249, 252, 255, 257, 258

## D

demokrasi 24, 34, 47, 48, 94, 95, 96, 116, 124, 125, 127, 128, 129, 134, 138, 139, 141, 144, 162, 245, 249

Denetçi Kato. *Bkz* Kato

denge 39, 121, 124, 195, 196, 197, 236, 237, 239, 261

Denning, Sir Alfred 115

devletleştirme 178, 179, 180, 187, 226

Dicey, Albert Venn 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 102, 106, 110, 129, 130, 131, 141, 157

Dickinson, H. D. 34

dinî hoşgörüsüzlük 184

Downs, Anthony 250, 251, 252, 253, 254, 255, 258, 259

## E

Ehrlich, Eugen 34, 39, 89, 156, 159, 222

Emden, Cecil 128

## F

fayda 10, 241, 245, 246, 256, 257, 258, 259, 260

Fox, Charles 129

Fransız Anayasası 78, 86

Fransız Medenî Kanunu 22

Frazer, Lindley 65

Friedman, Milton 11, 171, 172, 173, 175, 176, 189, 201

## G

genel oy 125, 137

gerçekçi hukuk teorisi 87, 102



Gierke, Otto von 132

Gladden, E. N. 111

grup kararları 29, 116, 120, 122, 123, 124, 125, 133, 138, 139, 143, 144, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 159, 160, 161, 162, 164, 167, 197, 233, 234, 235, 238, 247, 250, 258

ve bilimsel araştırma 164

ve bireysel özgürlük 148, 164

ve ortak irade 148

Guizot, François 77

gündelik dil 47, 49, 164

## H

*habeas corpus* 49, 51

hakikat yargıları 244, 245

Hale, Sir Matthew 107, 108, 109

Havelock, Eric A 94

Hayek, F. A. 11, 13, 26, 48, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 86, 87, 88, 114, 163, 219

Hegel, George W. F. 46, 56

Hobbes, Thomas 35, 107, 108, 170

hukukçuların hukuku 27, 32, 38, 39, 221, 231

hukuk danışmanları 27, 39, 216, 217, 219

hukukî bakış açısı 140, 141, 142, 143

hukukî eşitlik 83

hukukî iddia 209, 210, 213, 214, 215, 217

hukuk normları 206, 207, 208, 213, 214, 215, 216, 217

hukuk önünde eşitlik 83, 84

hukukun kesinliği 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 96, 98, 100, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 155, 224

hukukun üstünlüğü 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 89, 91, 102, 106, 110, 111, 115, 158, 163

Birleşik Devletler'de 78

hukuk-yapımı süreci 103, 106, 110, 118, 125, 154, 159, 160, 163, 164, 195, 197, 219, 220, 222, 224, 229, 233, 249

hâkimlerin rolü 103, 118, 195

ve serbest piyasa 106

## İ-J

içtihadî hukuk / içtihat hukuku 38, 39, 87, 188, 192, 194

idare hukuku 75, 76, 77, 79, 80, 81, 83, 84, 87, 88, 99, 114

idarî mahkemeler 80, 81

ihtiyaçtan özgürlük 67, 69, 94, 117, 118, 145

"iki-parçalı insan" 56

iknaya yönelik dil 59

İngiliz Anayasası 28, 76, 78, 85, 86, 106, 110, 198

İngiltere 9, 26, 27, 42, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 61, 71, 72, 75, 76, 77, 79, 80, 81, 83, 85, 86, 87, 102, 103, 106, 107, 114, 115, 127, 131, 133, 138, 148, 157, 178, 183, 186, 198, 231, 232

*injunction* (önleyici yargısal emir) 54, 55

"istekler" ile "ihtiyaçlar" 180

İşçi Partisi 53, 178

Jhering, Rudolph 70

**K**

kamusal mülkiyet 180  
 Kato / Cato (Denetçi) 104, 105, 158, 221  
 Keeton, G. W. 26  
 Kelf-Cohen, R. 186, 187  
 Kelsen, Hans 44, 159  
 Keynes, John M. 97  
 Kıta hukuku 27, 80  
 Kod Napolyon 155  
 kolektif tercih 237, 241  
 Konfüçyen ilke 30, 31

**L**

Lange, Oskar 34  
 Leibniz, Gottfried W. 48, 73  
 Levi, Alesandro 194, 208  
 Lincoln, Abraham 41  
 Lowell, Lawrence 116, 147, 148, 164,  
 254, 255

**M**

Machiavelli, Niccolò 26, 142  
 Marshall, John (Baş Yargıç) 66, 102  
 Marx, Karl 68, 169  
 McKenzie, R. T. 129, 138, 139, 141  
 medeni hukuk 22, 36, 45, 203  
 Michels, Roberto 138, 142, 256  
 Mill, John Stuart 31, 93, 133, 136, 137  
 Mises, Ludwig von 34, 47, 48, 56, 65, 67,  
 105, 123, 168, 169, 201, 219, 238  
 Mohl, Robert von 77  
 Montesquieu, Charles-Louis 76, 77, 165

**N**

Nasır, Cemal Abdül (Albay) 50  
 nispi temsil 125, 138

**O-Ö**

ortak irade 31, 116, 134, 147, 148, 149,  
 150, 151, 164, 165  
 oy ticareti 240, 241, 243, 244, 245, 246,  
 256, 258, 259, 260, 262  
 oy verme 122, 123, 128, 134, 136, 137,  
 233, 235, 237, 238, 241, 243, 244,  
 245, 247, 249, 250, 251, 261

önleyici yargısal emir. *Bkz* injunction

**P**

Pareto, Vilfredo 116, 142, 243, 246, 256  
 Perikles 47, 93, 94, 95  
 piyasa ekonomisi 38  
 piyasa tercihi 122, 123, 233, 235, 237,  
 238  
 Platon 94, 150, 162  
 Pollock, Sir Frederick 71  
 Pound, Roscoe (Dekan) 55, 82, 222

**R**

Rechtsfindung 154  
 Robbins, Lionel 65, 66  
 Roma (eski) 27, 38, 39, 49, 95, 98, 99,  
 100, 101, 102, 104, 105, 108, 109,  
 118, 124, 127, 132, 145, 153, 154,  
 155, 158, 183, 188, 216, 220, 221,  
 223, 224, 225, 226, 227, 229, 230,  
 231  
 -da hukukçular 102, 108, 109, 153,  
 155, 156, 188, 220, 223, 224, 226,

- 227, 228, 229
- da hukukun kesinliği 100, 224
- da hukukun üstünlüğü 101
- da hukuk-yapımı süreci 224
- da refah ve iktisadi kontroller 226
- da statü hukuku 99, 100
- da vergileme 225
- da yargısal kararlar 229
- Roosevelt, Franklin D. 42
- Rotteck, Karl von 77
- Rousseau, Jean- Jacques 116, 150, 239
- Ruiz, Vincenzo A. 102
- Runes, Dagobert 97

## S-Ş

- Schulz, Fritz 99, 223
- Schumpeter, Joseph 34, 127, 134, 148
- sendikalar 52, 53, 54, 71
- serbest piyasa 10, 37, 38, 64, 65, 67, 100, 105, 106, 117, 119, 143, 163
- siyasî oyunun kurallarının tercihi 240
- siyasî özgürlük 21, 52, 94, 110
- siyasî tercih 121, 122, 233, 235, 238
- sosyalizm 118, 119, 134, 168, 169, 178, 186, 187
  - ve yasama 119
- sözlüksel tanım 61
- sözlü pazarlık 234
- statü hukuku 99, 100, 101, 106, 114
- Stoacılar 68, 69
- şartlı tanım 59, 60, 62

## T

- tahkim 188
- Taylor, Fred M. 34
- tekeller 160, 178, 179, 247
- temsil
  - nispî 125, 138
  - ve bireysel özgürlük 35, 134, 138
  - ve çoğunluk kuralı 118, 132, 138, 158, 162
- temsilciler 24, 34, 35, 42, 82, 90, 93, 112, 118, 125, 127, 129, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 139, 140, 141, 147, 148, 159, 169, 170, 215, 227, 258, 259
- temsili demokrasi 34, 125, 256
- tercih süreci 235, 239, 245
- de Tocqueville, Alexis 93, 116
- Tukidides 93, 94, 95
- Tulloch, Gordon 201, 240, 251, 256, 257, 258, 260
- V-W**
- vergileme 85, 132, 189, 225
- Viyana Çevresi 59
- Watts, Orville 54, 55
- Weber, Max 33, 34, 139, 170, 234
- Welcker, K. 77
- Williams, Glanville 44, 201
- Y**
- “yanlış-üretken” iş 66, 119
- yapılmış kanun 98
- yargıç-yapımı-hukuk 220, 221

yarı-teknik kelimeler 46, 47

yasama süreci 24, 28, 30, 34, 35, 39, 90,  
95, 98, 103, 115, 116, 120, 125, 139,  
151, 191, 220, 221, 222, 262

yazılı anayasalar 28, 86, 87, 89, 107,  
142, 153, 158

yazılı hukuk 119, 145, 147, 148, 152,  
154, 158, 159, 195, 229, 231

Yunanistan (eski) 47, 98, 222, 231

-da hukukun kesinliği 90, 93

-da hukuk-yapımı süreci 118

-da özgürlük kavramı 94

-da yargıç-yapımı hukuk 231

-da yazılı hukuk 231

yüksek mahkemeler 39, 192, 193, 194,  
195, 196

## Z

zorunlu askerlik 52