

HUKUK DEVLETİ*

Lord BINGHAM**

Çeviren: Halil ALTINDAĞ***

Altıncı Sir David Williams Konuşmasını yapmak benim için büyük bir onurdur. Sir David'in akademik saygınlığı kıyas kabul etmeyecek ölçüde yüksek olduğundan, bu aynı zamanda hayli zorlu bir uğraştır. Ancak onun –akademisyen, rektör, aile reisi, kamu görevlisi ve Galler'in sadık bir evladı olarak- geniş kapsamlı başarıları, konuşmacıya, Sir David'in temas etmediği alanlara girişmeye gerek bırakmaksızın, geniş bir konu yelpazesi sunmaktadır. Konuşmanın konusu olarak Hukuk Devleti'ni belirlerken – ki bir konuşma için hayli geniş bir konu- en büyük arzum, Sir David'i bu konu hakkındaki saygıdeğer görüşlerini, ayrıntılarıyla, bizimle paylaşmaya teşvik etmektir.

2005 tarihli Anayasal Reform Yasası'nın birinci maddesinde, bu yasanın “mevcut anayasal hukuk devleti ilkesini” ve “*Lord Chancellor*'ın bu ilkeye ilişkin mevcut anayasal rolünü” olumsuz yönde etkilemeyeceği öngörülmüştür. *Attorney General*'ın önerisi olan bu düzenleme¹, modern çağda hukuk devletine yüklenen önemi göstermektedir²; bu önem, yasanın 17. maddesinin birinci fıkrasına göre *Lord Chancellor*'ın yargının bağımsızlığını koruyacağına ve hukuk devletine saygı göstereceğine dair edeceği yeminde de kendisini göstermektedir. Ancak yasa mevcut anayasal hukuk devleti ilkesini ve *Lord Chancellor*'ın bu ilkeye ilişkin mevcut anayasal rolünü tanımlamamaktadır.

* Lord Bingham, “The Rule of Law”, **Cambridge Law Journal**, 66(1), Mart 2007, s. 67-85. Çeviri Cambridge Law Journal'dan izin alınarak yapılmıştır. Makale Prof. Dr. Mehmet Tevfik Özcan tarafından yürütülen “Modern Toplum ve Hukuk Devleti” doktora dersinde çevrilmiş ve bizzat kendisi tarafından kontrol edilmiştir.

** Altıncı Sir David Williams Konuşması, Cambridge, 16 Kasım 2006.

*** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD Doktora Öğrencisi.- halilaltindag9@gmail.com

¹ Lord Goldsmith QC, “Government and The Rule of Law in the Modern Age”, 22 Şubat 2006'da yapılan konuşma, s. 1.

² Bu madde tasarının ilk halinde yer almıyordu. Lord Richard QC'nin başkanlığındaki Lordlar Kamarası Komitesi'nin önerisi üzerine, Lordlar Kamarasındaki Üçüncü Görüşmede eklenmiştir: HL Hansard 20 Eylül 2004.

Mevcut anayasal ilkenin anlamının yasal bir tanım yapmaya yer bırakmayacak ölçüde açık ve anlaşılır olduğu düşünülmüş olabilir ve yargıçların, kararlarında hukuk devleti ilkesine her zaman yer verdikleri doğrudur.³ Ancak yargıçlar, bu ilkeyi hangi anlamda kullandıklarını açıklamamakta ve saygın yazarlar, ilkenin anlam ve değerine gölge düşürmektedir. Bundan hareketle Joseph Raz, hukuk devleti ilkesini herhangi bir politik sistemin olumlu yönlerinin simgesel tanımı olarak kullanma eğilimini yorumlamıştır.⁴ John Finnis hukuk devletini, “bir hukuk sisteminin hukuken düzgün işlediği olgusal durumun genel adı” olarak tarif etmiştir.⁵ Judith Shklar kavramın, ideolojik istismar ve aşırı kullanım nedeniyle anlamsızlaştığını ifade etmiştir: “Anlaşılan o ki, hukuk devleti Anglo-Amerikan politikacıların kamusal söylevlerini süsleyen retorik ifadelerden yalnızca biridir. Dolayısıyla bu yönetici sınıfı gevezeliği üzerine herhangi bir düşünsel çaba harcamanın gereği yoktur.”⁶ Jeremy Waldron, *Bush v. Gore*⁷ davasına ilişkin değerlendirmesinde - ki her iki tarafın da hukuk devleti ilkesine başvurduğu bir davadır- bu ifadenin kullanılmasının “haklı olan biziz”⁸ demenin dışında bir anlam ifade etmediği yönündeki yaygın görüşü kabul etmiştir. Brian Tamanaha hukuk devletini, pek çok kavrayış farklılıklarına neden olan anlaşılması son derece zor bir kavram ve herkesin benimsediği fakat ne olduğu konusunda farklı kanılara sahip olduğu anlamıyla “iyi” kavramının bir benzeri olarak tarif etmiştir.⁹ 2005 tarihli Kanunu hazırlayanların bu eleştirel yaklaşımlardan haberdar olup olmadıklarını bilmiyorum. Ancak Dicey’nin ilk olarak 1885¹⁰ yılında ileri sürdüğü ve bugüne kadar önemli tartışmalara yol açan hukuk devleti

³ Pek çok örnek verilebilir: örnek olarak bkz, R. v. Horseferry Road Magistrates’ Court, Ex p Bennett [1994] 1 A.C. 42 s. 62 ve s. 64’te (Lord Griffiths), s. 67’de (Lord Bridge), s. 75, 76 ve 77’de (Lord Lowry); A. v. Secretary of State for Home Department [2005] 2 A.C. 68, [2004] UKHL 56, paragraf [42] (Lord Bingham), [74] (Lord Nicholls).

⁴ Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, **The Authority of Law: Essays on Law and Morality** Oxford, 1979, s. 210.

⁵ John Finnis, **Natural Law and Natural Rights** Oxford, 1980, s. 270.

⁶ Judith Shklar, “Political Theory and The Rule of Law”, **The Rule of Law: Ideal and Ideology**, Ed. A. Hotchinson ve P. Monahan, Toronto, 1987, s. 1.

⁷ 531 US 98 (2000).

⁸ Jeremy Waldron, “Is The Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”, **The Rule of Law and the Separation of Powers**, Ed. R. Bellamy, Aldershot, 2005, s. 119.

⁹ Brian Tamanaha, **On the Rule of Law**, Cambridge, 2004, s. 3. Ancak herkes hukuk devletinin taraftarı değildir. Tarihçi Thompson’ın, hukuk devletinin mutlak ve beşeri bir iyi olduğu yönündeki görüşü herkesçe kabul edilmemiştir (**Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act**, New York 1975, s. 266), bkz. Morton Horwitz, “The Rule of Law: An Unqualified Human Good?”, **Yale Law Journal**, sayı 86, 1977, 561; **The Transformation of American Law: 1870-1960**, New York, 1992.

¹⁰ A.V. Dicey, **An Introduction to the Study of the Law of Constitution**, Londra, 1885, II. Bölüm.

yorumundan büyük ihtimalle haberdarlardı. Dolayısıyla mevcut anayasal ilkenin, tanım yapma gereğini bertaraf edecek ölçüde açık olduğunun düşünülmesi kanaatinde değilim.

2005 tarihli Kanunu hazırlayanların, yasal düzenlemeye dahil edilmeye uygun, açık, öz ve tam bir tanım yapma zorluğunu görerek, tanım yapma görevini mahkemelere bırakmayı tercih etmeleri daha olası görünmektedir.¹¹ Eğer böyleyse, bu kabul edilebilir bir yaklaşımdır; zira kavramın anlamı zaman içinde bir takım değişikliklere uğramıştır ve şüphesiz değişmeye devam edecektir. Ancak hukuk devletinin mevcut anayasal ilke olarak kabulünün ve ilkeye ilişkin *Lord Chancellor*'ın mevcut rolünün yasal olarak kabulünün önemli bir sonucu vardır: Yargıçlar, karar verirken, hukuk devleti ilkesini, anlamsız laf kalabalığı veya hukuk bir klişe olarak görerek reddetme imkanına –bu yönde bir eğilimleri olsa dahi- sahip olamayacaklardır. Yargıçlar bir yasayı –eğer mümkünse- mevcut anayasal ilkeyi ihlal etmeyecek şekilde yorumlamak zorundadır¹² ve *Lord Chancellor*'ın bu ilke karşısındaki tutumu, kural olarak, yargı denetimine tabi olacaktır. Bu nedenle, mevcut anayasal hukuk devleti ilkesinin bugün bu ülkede ne anlama geldiğini tanımlama girişimi yersiz değildir; ancak bu konuda ileri sürülen görüşlerin, gelecekte somut bir olayda ortaya konacak aksi yönde argümanlar karşısında zayıflayabileceği veya çürütülebileceği –özellikle yargıçlarca- kabul edilmelidir.

Kanaatimce, mevcut anayasal ilkenin özü, bir ülkedeki özel ya da kamusal her kişinin veya kuruluşun, aleni ve geleceğe dönük olarak yürürlüğe konulan ve mahkemelerde aleni bir şekilde uygulanan kurallarla bağlı olması ve bu kurallardan faydalanma hakkına sahip olmasıdır. Ancak genel bir ilke olarak doğru olsa bile, bu tarifi istisnasız ve sınırlamaya tabi olmaksızın uygulanabileceği kanaatinde değilim. Örneğin, bazı usuller vardır ki, ancak gizli olarak yürütülmeleri durumunda adalet tesis edilebilir. Ancak, kanaatimce, her istisna sıkı bir değerlendirmeyi ve açık bir gerekçelendirmeyi gerektirmektedir. Kanaatimce bu tarif, şüphesiz Dicey'nin sayesinde, 1690'da John Locke

¹¹ Lordlar Kamarasında (HL Hansard 7 Eylül 2004, column 742,743) Lord Kingsland, bu maddenin (kısmen farklı önceki bir versiyonunun) yargılama konusu olamayacağını ileri sürmüştür. Kanaatimce bu görüş kabul edilebilir değildir. Hukuken yargılamayacak anayasal bir ilkenin, kanaatimce pek bir değeri yoktur.

¹² Bkz. R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Pierson [1998] A.C. 539, 575, per Lord Browne-Wilkinson; R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms [2000] 2 A.C. 115, 131, per Lord Hoffman.

tarafından ileri sürülen “ Hukukun bittiği yerde tiranlık başlar.”¹³ temel hakikatini ve Thomas Paine tarafından dile getirilen ünlü “Amerika’da hukuk kraldır. Monarşilerde kral hukuk olduğuna göre, özgür ülkelerde de hukukun dışında kral olmamalıdır.”¹⁴ sözünü yansıtmaktadır. Ancak, kanaatimce, mevcut ilkenin kapsamı, ilkenin alt ilkelere ayrılarak değerlendirilmesi yapılmaksızın yeterince anlaşılabilir. Aşağıda kısaca ele alacağım, bu tipte sekiz alt ilke belirledim. Ne yazık ki bu ilkelerin içinde şaşırtıcı pek az şey var. Şüphesiz daha hünerli olanlar, tamamlayıcı ve daha nitelikli alt ilkelere ileri sürebileceği gibi, bunları daha az sayıda ilke ile de ifade edebilirler.

İlk alt ilke hukukun, mümkün olduğunca açık, anlaşılır, öngörülebilir ve ulaşılabilir olmasıdır. Bu ilkenin anlamı gayet açıktır: Eğer herkes hukukla bağlı ise, herkes hukukun ne olduğunu –bu tavsiye almayı gerektirirse bile- aşırı bir zorlukla karşılaşmadan öğrenebilmelidir ve verilen cevap bir davaya dayanak oluşturacak ölçüde açık olmalıdır. İngiltere’de bu hususun vurgulandığı yargı kararları mevcuttur¹⁵ ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu konuyu çok açık bir şekilde şöyle ifade etmiştir:

44 “Hukuk yeterince erişilebilir olmalı; vatandaş, belli bir olaya uygulanabilecek hukuk kurallarını öğrenebilecek durumda olmalıdır... bir norm, vatandaşa davranışlarını düzenleyebilecek ölçüde kesinlik içerecek şekilde formüle edilmedikçe “hukuk” olarak değerlendirilemez. Kişi –gerekliyse uzman yardımıyla- somut olayda makul bir dereceye kadar, eyleminin sonuçlarını öğrenebilecek durumda olmalıdır.”¹⁶

Bu husus gayet açıktır; ancak, kanaatimce, önemsiz değildir. Devletimizin daimi bir özelliği olan yoğun yasama faaliyeti göz önünde bulundurulduğunda -2004 yılında 3500 sayfa birincil mevzuat ve 2003 yılında 9000 sayfa ikincil mevzuat- mevcut yasalar, internetin varlığına rağmen, ulaşılabilirlik hususunda ciddi sorunlara yol açmaktadır. Bu sorun, tüm teknik ustalığına rağmen, ağırlıklı olarak çapraz referanslara ve birleştirmelere dayanan İngiliz yasa yapma geleneğiyle daha da büyümektedir.

¹³ John Locke, **Second Treatise of Government** (1690), Bölüm XVII, s. 202, Cambridge, 1998, s. 400.

¹⁴ Thomas Paine, **Common Sense**, Londra, 1994, s. 279.

¹⁵ Black-Clawson International Ltd v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenberg AG [1975] A.C. 591, 638; Fothergill v. Monarch Airlines Ltd [1981] A.C. 251, 279.

¹⁶ Sunday Times v. United Kingdom (1979) 2 E.H.R.R. 245, 271, par. 49.

Ancak tek sorumlu olarak yasa koyucuyu göstermek doğru değildir. Günümüz ortak hukuk yargı kararlarının uzunluğu, karmaşıklığı ve gereksiz söz kullanımı, özellikle yüksek yargıda, kendi problemlerini doğurmaktadır. Bu problemler, Lordlar Kamarası'nın tek bir görüş beyan etmesi durumunda, en azından teoride, azaltılabilir, ki bu çözüm önerisi merhum Lord Brightman tarafından zaman zaman savunulmuş ve *R. (Jackson) v. Attorney General*¹⁷ davasında Lordlar Kamarasının ayrıntılı görüşlerine istinaden, ölümünden kısa bir süre önce bana yöneltilmiştir. Bu görüş, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Başkanı Roberts'in *American College of Trial Lawyers*'da yaptığı konuşmada¹⁸ da yer alan ciddi bir argümandır, ancak Lord Reid'in 1971 yılında *Society of Public Teachers of Law*'da yapmış olduğu konuşmasında¹⁹ ileri sürdüğü gerekçelerin pek çoğuna istinaden, benim genel olarak kabul ettiğim bir görüş değildir. Lord Reid'in ileri sürdüğü, her bir *Privy Council* kararının niteliğinin, hukuku geliştirme açısından, genel olarak, Lordlar Kamarasının çeşitli görüşlerine bağlı olduğu görüşüne katılıyorum. Birbiriyle uyuşan dört kısa görüşle desteklenen kısa ve özlü tek bir karar yorum problemleri doğurabilir, ancak bu problemler diğer üyelerin karara katılma gerekçelerini kısaca özetlemeleri durumunda en azından azaltılabilir. Ayrıca beş veya daha fazla sayıda kişiden oluşan bir komite hukuku şekillendirmede değerli olan mesleki ve yargısal tecrübeleri uygulamaya dökülebilir.

Ancak üç önemli hususa dikkat çekmek istiyorum. İlk olarak, görüşler ne kadar çeşitli olursa olsun, yargıçlar açık bir çoğunluk oranının varlığını temin etme görevinin, buna her zaman riayet edilmese de, farkında olmalıdırlar. Buna riayet edilmezse, hiç kimse, parlamento veya sonraki bir yargı kararı, açık bir kural koyana kadar, hukukun ne olduğunu bilemeyecektir. İkincisi, değerlendirme konusu olan alt ilke, kanaatimce, yargıçların maceracılığını ve aşırı yenileşmeyi önlemektedir.²⁰ Hukukun yönünü birkaç derece değiştirmek başka bir şey, hukuku yeni bir yöne sokmak bambaşka bir şeydir. İlki, basiretli bir kişinin hesaba katabileceği, öngörülebilir ve tahmin edilebilir bir durum iken; diğeri böyle değildir. Bu nedenle aşırıya varan yargısal aktivizmin hukuk

¹⁷ [2005] UKHL 56; [2006] 1 A.C. 262.

¹⁸ Grosvenor House, Londra, 15 Eylül 2006'da.

¹⁹ Lord Reid, "the Judge as Law-Maker", *Journal of the Society of Public Teachers of Law (NS)*, 1972, s. 28-29.

²⁰ Hukukun meşru gelişimi ile yerleşik ilkelerden kabul edilemez bir biçimde ayrılma arasındaki ayrım, şüphesiz, keskin fikir ayrılıklarına yol açabilir. Bkz. örneğin, *Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council* [1999] 2 A.C. 349.

devletin sonu olabileceğini ifade eden Avustralya Yüksek Mahkemesi Yargıcı Heydon'a hak vermek mümkündür.²¹ Ancak üçüncüsü ve daha önemlisi, tüm bu hususlar ceza hukuku alanında daha da önemli hale gelmektedir. Ceza hukuku alanında son zamanlarda yapılan yasalar ciddi özümleme problemleri doğurmaktadır. Yapılan yasaların tümü kolay anlaşılır nitelikte değildir.²² İster bir yasadan isterse bir yargı kararından kaynaklansın, hukuk, bir yargıcın bir jüriye veya vasıfsız bir kâtabin meslekten olmayan yargıçlar kuruluna aşırı bir zorlukla karşılaşmaksızın açıklayabileceği şekilde düzenlenmelidir. Yargıçlar yeni suç tipleri yaratamazlar veya daha önce cezalandırılmayan davranışları cezalandırılabilir kılacak ölçüde mevcut suç tiplerini genişletemezler²³, zira bu, yapıldığı anda suç olmayan bir davranışın cezalandırılmayacağı yönündeki temel ilkenin ihlali anlamına gelir.²⁴

İkinci alt ilke, hukuki hak ve sorumluluk meselelerinin takdir yetkisinin kullanımı yoluyla değil, hukukun uygulanması yoluyla çözüme kavuşturulmasıdır. Çağdaş yorumcuların pek çoğu, Dicey'nin takdir yetkisi kullanımına yönelik muhalif tutumunu paylaşmamaktadır. Örneğin göç konusunda yargıçlar, göçmen yasalarında yer alan kriterleri karşılamayan, ancak kişisel durumları ve geçmişleri anlayışlı bir değerlendirmeyi gerektiren başvurularda giriş izni veya oturma izni verme konusunda takdir yetkisini kullanırken Dışişleri Bakanlığını düzenli olarak davet etmektedir. Ancak Dicey'nin yaklaşımının esası geçerliliğini korumaktadır. Takdir yetkisi ne kadar geniş ve esnek kavramlarla ifade edilirse, -ister bir kamu görevlisine isterse bir yargıca tanınmış olsun- özneliğin ve dolayısıyla hukuk devletinin antitezi olarak keyfiyetin alanı o ölçüde genişler.²⁵ Bu alt ilke takdir yetkisinin dar biçimde tanımlanmasını ve kullanımının makul gerekçelere dayanmasını gerektirmektedir. Bunlar, hukukumuzun, kanaatimce, hemen hemen her zaman riayet ettiği kriterlerdir; zira takdir yetkisi iki muhtemel karar veya

²¹ J.D. Heygon, "Judicial Activism and the Death of the Rule of Law", **Quadrant**, Ocak-Şubat 2003.

²² 2003 tarihli The Criminal Justice Act önemli bir örnektir. R. v. Lanf [2005] EWCA Crim. 2864, [2006] 1 W.L.R. 2509, para. [16] ve [153]'te Rose L.J. Yasanın getirdiği düzenlemeleri dolambaçlı ve şaşırtıcı derecede karmaşık olarak değerlendirmiştir. R. (Crown Prosecution Service) v. South East Surrey Youth Court [2005] EWHC 2929 (Admin), [2006] 1 W.L.R. 2543, para. [14]'te ise, Yasanın getirdiği düzenlemeleri "fazlasıyla muğlâk" bulmuştur.

²³ R. v. Withers [1975] A.C. 842, 854, 860, 863, 867, 877; R. v. Rimmington [2005] UKHL 63, [2006] 1 A.C. 459, para. [33].

²⁴ Bu ilke Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesince korunmaktadır.

²⁵ "Anayasal hakkın korunmasını yargısal takdir yetkisinin alanına dahil etmek, özgürlüğün temellerini yıkmak demektir": Scott v. Scott [1913] A.C. 417, 477, per Lord Shaw of Dunfermline.

usul arasında bir tercih yapılması anlamı taşır ve bu tercih alanı genellikle çok sınırlıdır.

Her şeyden önce, ister kamu görevlisi isterse yargıç olsun, bir karar vericinin esas alacağı maddi olaylara ilişkin takdir yetkisi söz konusu değildir. Maddi olayların değerlendirilmesi elbette gereklidir ve bu değerlendirme kanıtların karar vericinin zihninde yarattığı izlenime dayanır. Yapılan değerlendirme doğru veya yanlış olabilir; ancak nasıl ki bir tarihinin, eldeki veriler Kral John'un 1215 Haziranında Runnymede'de Magna Carta'yı kabul ettiğini göstermesine rağmen, aksini iddia etme yönünde bir takdir yetkisi yoksa, kanıtlar karar vericiyi bir sonuca götürüyorsa, karar vericinin başka bir sonuca ulaşma yönünde bir takdir yetkisi yoktur. Benzer şekilde takdir yetkisi olarak adlandırılan yetkilerin pek çoğu, yapılmasının ardından izlenecek yolu belirleyen ve seçenek imkânı bırakmayan bir ön değerlendirme yapılmasına bağlıdır. Yargısal takdir yetkilerinin en az sınırlanmış olanı –yani yargılama giderlerine ilişkin takdir yetkisi- bile ilkeler ve teamül ışığında kullanılır.²⁶ İkisi yargısal ve biri idari olmak üzere üç örneği ele alacağım.

Bilindiği üzere ihtiyati tedbir kararı verilmesi takdiri bir karardır. Ancak, eğer bir hakkın açıkça ihlal edildiği gösterilmişse ve mağdura yönelik tazminatın telafi edemeyeceği nitelikte açık zarar riski varsa ve hukuku ihlal eden tarafın durumu düzeltmeye yönelik bir girişimi yoksa, dava yargıcının başka bir seçeneği yoktur. Genellikle takdir yetkisi yalnızca bir yönde kullanılır. Bir ikinci ve benzer bir örnek 1984 tarihli Polis ve Cezai Delil Yasasının 78/1. maddesinde yer almaktadır:

“Her davada mahkeme, iddia makamının sunduğu delilleri, eğer -delilin elde edildiği koşullar dahil olmak üzere- tüm koşulları göz önünde bulundurarak, delilin kabul edilmesinin yargılamanın hakkaniyetini zedeleyeceği kanaatine varırsa, kabul etmeyebilir.”

“kabul etmeyebilir” ifadesinin kullanılması, yargıca takdir yetkisi tanındığına işaret eder. Ancak ilgili fıkra, kanaatimce, yapılmasında güçlüklerle karşılaşılabilen fakat neticeyi belirleyecek bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Eğer yasal koşulların yerine getirilmesi gerektiğine karar verilmişse, yargıç sunulan delili kabul etmemelidir. Eğer koşullara

²⁶ Ceza verirken, bazı davalarda verilecek cezanın türü konusunda alternatifler vardır, ancak pek çok davada, alternatifler yalnızca cezanın miktarına ilişkindir ve bu alternatifler bazen zannedildiğinden daha sınırlı olmaktadır.

riayet edilmişse, ilgili fıkra yargıca delili reddetme yetkisi vermemektedir. Üçüncü örneğim için tekrar göç alanına döneceğim. Eğer bir memur, göçmen yasalarında yer alan kriterleri karşılamayan veya durumu özel bir muamele gösterilmesini gerektiren istisnai durumlar taşımayan bir kişiye giriş veya oturma izni verirse, bu karar makul gerekçelendirilmeden yoksun olur ve takdir yetkisinin kullanımı olarak değerlendirilemez. Esasen, idari veya yargısal olsun, sınırsız takdir yetkisi diye bir şey yoktur; zira bu hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Üçüncü alt ilke, nesnel farklılıkların farklı muameleyi haklı göstermesi istisnası dışında, ülkenin hukukunun herkese eşit şekilde uygulanmasıdır. Bu ilkenin herhangi bir itirazla karşılaşacağı kanaatinde değilim. Çocuklar, mahkûmlar, akıl hastaları gibi bazı kategorilere, bu kategorilerin özel durumlarına dayanarak özel bir takım düzenlemeler yapılabilirken, (Warrington L.J.'in örneğini kabul edersek)²⁷ doğrudan kızıl saçlılara yönelik bir düzenleme yapılması hukuk devleti ile bağdaşmaz. Daha çarpıcı bir örnek, Rochester Piskoposu aşçısı Richard Rose'u yargılama yapmaksızın, vatana ihanetten mahkûm eden VIII. Henry'nin 22. yasaının 9. bölümüdür (statute 22 Henry 8 cap 9). İlgili olayda, Rose piskoposun mutfağında yemeğe zehir koymuş ve yasa, kendisinin rahiplik statüsünden yararlanmaksızın, ölüme mahkum edilmesini emretmiştir. Diğer zehirleyiciler de benzer şekilde cezalandırılmış, fakat yasa esas olarak Rose'u hedef almıştır. Yakın zamana kadar bizim hukukumuz Katoliklere, Anglikan Kilisesi Karşıtlarına, Yahudilere ve cinsiyetlerinin farklı muameleyi haklı kılan herhangi bir özelliğiyle ilgili olmaksızın kadınlara yalnızca telorans göstermemekle kalmıyor, bunun yanında rasyonel olmayan kısıtlılıklar getiriyordu.

Bu alt ilkeye yalnızca eski bir ilgi olarak yaklaşılabılır. Ancak bu ülkede veya başka yerlerde, vatandaş olmayanlara yönelik tutumun gösterdiği üzere, bu doğru bir yaklaşım olmaz. Bu ülkede ikamet hakkı olmayan yabancıların durumu, ikamet hakkı olan vatandaştan, ilkinin sınır dışı edilmeye tabi olması, fakat ikincisinin olmayışı noktasında farklılaşır. Bu önemli bir ayrımdır ve bu ayrıma ilişkin farklılaşma itiraz edilemez ve kaçınılmazdır. Ancak bu durum, bu ayrımla ilgisiz farklılaşmaları haklı çıkarmaz. Lord Scarman'ın *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Khawaja* davasında ifade ettiği gibi:

²⁷ Short v. Poole Corporation [1926] Ch. 66, 91.

“Habeas corpus güvencesinin genellikle İngiliz vatandaşlarına mahsus olduğu ifade edilir. Peki ilke sadece İngilizlere mi özgüdür? Yalnız şu kadarını söyleyeyim ki, içtihat bu soruya güçlü bir hayır cevabı vermiştir. Yargı yetkisine dahil olan herkes hukukumuzun güvencelerinden eşit şekilde yararlanırlar. İngiliz vatandaşı olanla olmayan arasında bir ayırım yoktur. İngiliz hukukuna tabi olan herkes bu güvenceden yararlanır. Bu ilke en azından *Sommersett Case (1772) 20 St Tr 1* kararında Lord Mansfield’in kölelere özgürlüklerini vermesinden bu yana hukukumuzda yer almaktadır. Dolayısıyla özgürlüğü ihlal edilenlere hukukumuzun tanıdığı yargısal güvenceyi, yabancılara ve ikamet izni olmayanlara tanımamanın bir gerekçesi olamaz.”²⁸

Oldukça açık bir mesaj! Ancak bu, Parlamentoyu, 2001 tarihli Anti-terörizm, Suç ve Güvenlik Yasasının 4. bölümünde, uluslararası terörizm şüphelisi yabancılardan, aynı tehlikeyi taşıyan ve yargıçlarca niteliksel olarak yargılanan vatandaşlardan farklı olarak, yargılama ve suç isnadı olmaksızın süresiz gözaltına tabi kılınmasına izin veren bir düzenleme getirmekten alıkoymamıştır.²⁹ Amerika Birleşik Devletlerinin bu konudaki sicili bizden daha kötü durumdadır. Bir Amerikalı akademisyenin ifade ettiği gibi:

“Esas itibarıyla medeni özgürlüklere müdahale eden, devletin her önemli güvenlik girişimi – konuşmayı yasaklama, etnik ayırlama, suça yataklık isnadı, ceza muhakemesinin güvencelerinden kaçınmak için idari tedbirlerin kullanımı ve önleyici tutuklama dahil- yabancılara hedef alan bir tedbirden kaynaklanmaktadır.”³⁰

Kanaatimce, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi yargıcı Justice Jackson’ın ifadelerinde büyük bir haklılık payı var:

“Şehirlerin, eyaletlerin ve Federal Hükümetin kamu gücünü kendi halkı arasında, düzenlemenin amacı ile ilgili bir takım makul farklılaştırmalar dışında, ayırım yapmayacak şekilde kullanması gereğini faydalı bir kuram olarak görüyorum. Bu eşitlik yalnızca soyut adalet değildir. Anayasayı hazırlayanlar, keyfi ve ölçüsüz bir hükümete karşı, kamu görevlilerinin

²⁸ [1984] A.C. 74, 111, 112.

²⁹ Bkz. A. v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56, [2005] 2 A.C. 68. Hükümet İngiliz vatandaşlarının benzer şekilde gözaltına alınmasının “ağır bir tedbir” olacağı ve “bunun hukuken gerekçelendirilemeyeceği” kanaatindedir. Parlatonun bir karma komitesi, “Hükümet’in yabancılardan özgürlüğünün korunmasının vatandaşlarınkinden daha az ehemmiyetli olduğu kanaatindedir.”, *Ibid*, para. [64]-[65].

³⁰ David Cole, *Enemy Aliens*, New York, 2003, s. 85. Bu kitapta yazar, vatandaş olmayanlara yönelik ayrımcılığı ayrıntıları ile ele almıştır.

bir azınlığa uygulayabileceği hukuk ilkelerinin genel olarak uygulanmasını gerekli kılmaktan daha etkin bir güvence olmadığı farkındaydı. Tersinden ifade edilirse, kamu görevlilerine yasaları uygulayacakları azınlığı seçme ve böylece geniş kitlelerin etkilenmesi durumunda karşılaşacakları siyasal yaptırımdan kaçınma imkânı vermekten daha fazla keyfiyete yol açan bir şey yoktur. Mahkemeler yasaların adil olmasını temin etmek için, yasaların eşit şekilde uygulanmasını sağlamaktan daha iyi bir tedbir alamazlar.”³¹

Aradan geçen 60 yılın ardından bunun yalnızca faydalı bir kuram olmadığını, aynı zamanda hukuk devletinin önemli bir ayağı olduğunu söyleyebiliriz.

Dördüncü alt ilke, hukukun temel insan haklarına yeterli güvence sağlamasıdır. Bu ilke herkesçe hukuk devletinin bir parçası olarak kabul edilmeyebilir. Dicey, yukarıda ifade edildiği gibi, hukuk devleti kuramına maddi bir anlam yüklememiştir.³² Raz’a göre:

“İnsan haklarının reddine, yaygın yoksulluğa, ırk ayrımına, cinsiyet eşitsizliğine, ırk temelli zulme dayanan, demokratik olmayan bir hukuk sistemi, kural olarak, hukuk devleti gereklerine, gelişmiş Batı demokrasilerinin hukuk sisteminden daha fazla uygunluk gösterebilir. Bu ölçüsüz derecede kötü bir hukuk sistemi olacaktır, ancak bir hususta başarı gösterecektir: hukuk devletine uygunluk... Hukuk, ... hukuk devletinin ihlal etmeden, köleliği tesis edebilir.”³³

Öte yandan, Geoffrey Marshall’ın ifade ettiği gibi, Dicey’nin, bugün medeni özgürlükler olarak adlandırılan konuyu ele aldığı *Introduction to the Law of the Constitution*³⁴ kitabının 5 ila 12. bölümü, kitabın Hukuk Devleti başlıklı ikinci bölümünde yer almaktadır ve Marshall’ın gözlemlediği gibi, “okuyucu Dicey’nin medeni özgürlükleri İngiliz hukuk devleti kuramının bir parçası kılma amacında olduğu yanılığısına düşebilir.”³⁵ 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin önsözünde “insanın zorbalık ve baskıya karşı son çare olarak başkaldırmak zorunda kalmaması için, insan haklarının hukukun

³¹ Railway Express Agency Inc. V. New York 336 US 106, 112, 113 (1949).

³² Paul Craig, “Formal and Substantive Conception of the Rule of Law: An Analytical Framework”, **Public Law**, 1997, s. 467,473, 474.

³³ Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, **The Authority of Law**, Oxford, 1979, s. 211, 221.

³⁴ A.V. Dicey, **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**.

³⁵ Geoffrey Marshall, “The Constitution: Its Theory and Interpretation”, **The British Constitution in the Twentieth Century**, Ed. Vernon Bogdanor, Oxford, 2003, s. 58.

egemenliğiyle korunmasının önemli olduğu” ifade edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin esinlendiği hukuk devleti kavramına atıf yapmaktadır.³⁶ Avrupa Komisyonu, sürekli olarak, demokratikleşme, hukuk devleti, insan haklarına saygı ve iyi yönetişimi ayrılmaz şekilde birbirine bağlı kavramlar olarak görmektedir.³⁷

Bu nedenle, Profesör Raz’ın görüşünün mantıksal tutarlılığını kabul etmekle birlikte, bu görüşe katılmıyorum. Halkının bir bölümünü baskı altında tutan veya eziyet eden bir devlet, zulme uğrayan azınlığın toplama kamplarına gönderilmesi veya kız çocuklarının dağ eteklerine terk edilmesi gibi uygulamaları, usulüne uygun olarak çıkarılmış ayrıntılı yasalara tabi tutsa ve bu yasalara uygunluğu gözetmiş olsa bile, kanaatimce, hukuk devletine saygılı bir devlet olarak görülemez. Aksi bir kabul, kanaatimce, 2005 tarihli Yasanın 1. maddesinde tasdik edilen mevcut anayasal ilkenin içinin boşaltılması ve son bölümde açıklayacağım, hukuk devletini ayakta tutan temel özün ihlali anlamına gelir. Ancak bu hususta bir takım açmazlar var, zira hukuk devletinin, örneğin, diğer ülkelerdeki veya uluslararası insan hakları belgelerindeki haklar bildirilerince korunan özgürlük alanının tümüne ya da yakın zamanda kabul edilen 1998 tarihli İnsan Hakları Yasasındaki veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen (işkence yasağı, ifade özgürlüğü, özel hayatın gizliliği gibi) haklar listesine cevap vermediği hususunda Profesör Jowell’a katılıyorum.³⁸ Medeni ülkelerde genel olarak kabul edilen bir insan hakları standardı yoktur. 18 yaşından önce suç işleyenlere ölüm cezası verilmesini yasaklayan 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesini³⁹ Amerika Birleşik Devletleri’nin imzalamamasından ve Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin 16 yaşında cinayet işleyen bir kişiye ölüm cezası verilmesini onaylayan kararından⁴⁰ rahatsızlık duyabiliriz, ancak uluslararası sözleşmelere taraf olma ulusal bir tercih meselesidir ve farklı ülkeler ölüm cezasının etkinliği konusunda farklı yaklaşımlara sahiptir. Bir devlet, bazı devletlerin yaptığı gibi⁴¹, bir

³⁶ Engel v. The Netherlands (No 1) (1976) 1 E.H.R.R. 647, 672, para. [69]. Ayrıca bkz. Golder v. United Kingdom (1975) 1 E.H.R.R. 524, 589, para. [34].

³⁷ Bkz., örneğin, Commission Communication to the Council of Parliament, 12 Mart 1998, COM (98) 146.

³⁸ Jeffrey Jowell, “The Rule of Law Today”, **The Changing Constitution**, 5. bs., Ed. Jeffrey Jowell ve Dawn Oliver, Oxford, 2004, s. 23.

³⁹ Madde 37(a).

⁴⁰ Stanford v. Kentucky 492 US 361 (1989).

⁴¹ Matthew c. State of Trinidad and Tobago [2004] UKPC 33, [2005] 1 A.C. 433, para. [36].

cezanın anayasalarının çerçevesi içinde zalimane ve olağandışı bir muamele veya ceza olduğunu kabul etme veya bu cezanın anayasal anlamda hukuki olduğunu iddia etme konusunda özgürdür. Kabul etmem gerekir ki, bu alt ilkenin içeriği hususunda bir belirsizlik söz konusudur, zira temel insan haklarının sınırı konusunda bir kesinlik yoktur. Ancak belli bir ülkede sınırların nerede çizileceği konusunda bir standart olacaktır ve son çarede (bu ülkedeki yasalara tabi olarak) mahkemeler bu sınırları belirleyecektir. Hukuk devleti bir toplumda kabul gören temel insan haklarına hukuki korumayı sunmak zorundadır.

Beşinci alt ilke, tarafların kendi aralarında çözüme kavuşturamadıkları medeni uyuşmazlıkları, fahiş masraflar veya aşırı gecikmeler olmaksızın çözmeye yönelik usullerin var olmasıdır. Bu ilke, herkesin hukukla bağlı olması ve son çare olarak mahkemeye başvurarak hak ve sorumluluklarını belirleme yönünde hukukun faydalarından yararlanması ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu ilke, usulüne uygun olarak başvuru ve usulüne uygun olarak yürütülen, hukuk devletine fevkalade katkılar sağlayacak olan tahkim veya daha enformel uyuşmazlık çözüm yollarına karşı bir ilke değildir; ancak ne kadar gerçek dışı ve esastan yoksun olursa olsun her iddia ve savunmanın hukukun tüm güvencelerinden yararlanacağını ifade eden bir ilke de değildir. Bu ilkenin anlamı, iç hukukumuzca korunan⁴² ve kanaatimce hukuk devleti ilkesinin kapsamında da yer alan, mahkemelere herhangi bir engel olmaksızın başvuru yapma hakkını temel bir hak olarak tanımaktır. Eğer bu kabul edilirse, cevaplanması gereken soru, mali durumu iyi olmayan bir kişinin hakkını mahkemede nasıl koruyacağı olmalıdır. Özgür ve bağımsız hukukçuların varlığının, hukuki mütalaa almanın ve temsilin bir bedeli olduğunu varsayarsak; hukuki hizmetler, daha fazla mesleki zaman alması sebebiyle, kaçınılmaz olarak pahalıdır. Ritz Hotel hakkında yapılan istihzayı kimse göz ardı edemez.

Yıllarca bu problem, savaş sonrası Attlee hükümetinin 1948 tarihinde kurduğu cesur, iyi planlanmış ve kısmen pek bilinmeyen Adli Yardım programı yoluyla çözülmeye çalışılmıştır. Göze çarpan kusurlarına rağmen, program adli yardımı mali durumu iyi olmayanların erişimine sunmuştur. Ancak, bildiğimiz gibi, programın masrafları katlanarak artmış ve bu durum programda kısıntıya gidilmesine neden olmuştur. Şarta bağlı ücretlerin, çeşitli hayır amaçlı programların ve basit

⁴² Raymond v. Honey [1983] 1 A.C. 1, 12-13; R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Leech [1994] Q.B. 198, 210; R. v. Lord Chancellor, Ex p Witham [1998] Q.B. 575, 585-586.

anlaşmazlık usullerinin bu kısıntı nedeniyle oluşan boşluğu kapatıp kapatmadığını bilmiyorum. Belki kapatmış olabilirler ve halen mali durumu iyi olmayanlara adli yardım sunulmaktadır. Ancak cezai adli yardım fonlarını sömüren uygulayıcılar hakkındaki sansasyonel iddiaların ve daha genel olarak, avukatlara yönelik güvensizliğin ve avukat ücretlerinin, sosyal adaletin önemli bir güvencesini (adli yardım programını) ortadan kaldırdığı kaygısını taşıyorum.

Hukuk devleti taraftarlarını ilgilendirmesi gereken bir başka husus, arka planda gizlenmektedir. Art arda gelen İngiliz hükümetleri yargıç maaşları dışında, mahkemelerin kendisini finanse edebilecek durumda olmasını ve mahkemelerin işletme giderlerinin dava taraflarından alınacak ücretlerle karşılanmasını savunmaktadırlar. Yargıçlar mahkemelere başvuranların mahkeme giderlerine katkıda bulunmaları fikrini kabul etmekle birlikte, kanaatimce, mahkeme giderlerini karşılamayı liberal demokratik bir devletin temel işlevlerinden biri olarak görerek, mahkeme giderlerinin tümüyle dava taraflarınca karşılanmasını asla kabul etmemektedirler.⁴³ Tehlike, bir kez daha, adli yardımdan yararlanma masraflarının, adli yardıma ihtiyaç duyanların bu yardımdan yararlandırılmaması sonucunu doğurmasıdır. Hukuk devleti adli yardımın düşük maliyetli bir hizmet olmasını gerektirir. Adli yardımın aşırı gecikme olmaksızın ulaşılabilir olması gerekir.

Altıncı alt ilke, pek çoklarınca, haklı olarak, hukuk devleti ilkesinin özü olarak görülmektedir. Buna göre, bakanlar ve her düzeyde kamu görevlileri, kendilerine verilen yetkileri makul bir biçimde ve iyi niyetli olarak, yetkinin verilme amacına uygun ve yetkinin sınırlarını aşmadan kullanılmalıdır. Bu alt ilke yargısal denetimin yerleşik ve bilinen gerekçelerini yansıtmaktadır.⁴⁴ Bu ilke birinci derecede önemlidir. Bir demokrasinin vatandaşlarının, kendilerini temsil eden kurumlara, usulüne uygun ve uygulandığı herkesi bağlayan yasalar yapma gücü vermesi ve bu yasaları uygulamaya koymanın yürütmeye, o günün hükümetine, düşmesi nedeniyle, yürütme, genel olarak, bu yasaların gösterdiği

⁴³ Yargıçlar bu konuda yalnız değiller. Bkz. Michael Beloff QC "Paying Judges: Why, Who, Whom, How Much?", **Denning Law Journal**, 2006, s. 21; Shimon Shetreet, **Justice in Israel: A Study of the Israeli Judiciary**, Dordrecht, 1994, s. 143. Bu yazarlar yargıç maaşları konusu ele almaktadır. Ancak ulaştıkları sonuç, "hukuk sisteminin hayati bir hizmet sunması" nedeniyle, yargıç maaşlarının devletçe ödenmesi gereğidir.

⁴⁴ Bkz. Jeffrey Jowell, "The Rule of Law Today", **The Changing Constitution**, Ed. Jowell and Oliver, (yukarıda dipnot 38), s. 20-21. Dicey ve bir grup yazar, Bay Blunkett'in, "Yargısal denetim modern bir icattır. Maddi olarak 1980'lerin başından beri uygulanmaktadır." dediğini öğrendikleride çok şaşırıldılar, David Blunkett, **The Blunkett Tapes**, London, 2006, s. 607.

çerçevenin dışında hareket etme yetkisine sahip değildir (“genel olarak” ifadesini denetlenemeyen ayrıcalıklı yetkilerin kalıntılarını ifade etmek için kullanıyorum). Mahkemelerin tarihsel rolü, şüphesiz, yürütme gücünün aşırılıklarını kontrol etmektir. Bu rol, son yıllarda, yönetimin artan karmaşıklığı ve kamunun (geniş anlamda) devletin tasarruflarına karşı koyma iradesinin artması nedeniyle genişlemiştir. Bizim anayasal düzenimizde bile, kuvvetler ayrılığı, mahkemelerin bu rolü tam bir şekilde yerine getirmesini temin etmede son derece önemlidir.

İngiliz Hükümeti, kuruluşları vasıtasıyla, sık sık dava tarafı olmaktadır. Genellikle davaları kazanmakla birlikte, her durumda sonuç bu yönde olmamaktadır. Davanın kaybedilmesi durumunda hem her dava tarafı gibi iddialarının doğruluğuna olan inancından ve hem de kamu yararını en iyi şekilde kendisinin belirleyebileceği inancından dolayı memnuniyetsizlik göstermektedir. Geçmişte teamül şu şekildeydi: yargısal karar ne kadar önemli olursa olsun, bakanlar, karar aleyhine temyize başvurma haklarını kullanarak ya da son çare olarak, kararı ortadan kaldırmak için geçmişe etkili yasa çıkararak⁴⁵ halk arasındaki itibarının zedelenmesinden kaçınırlardı. Bu teamül son zamanlarda aşınmıştır⁴⁶; zira eğer bakanlar, yargıçlarca tepki gösterirlerse yargıçlar da bakanlara benzer eleştiriler getirmektedir ve kanaatimce hukuk devleti, devletin iki erki arasındaki bu çekişmeden zarar görmektedir. Basının bir bölümü, yargı ve yürütme arasındaki açık bir savaştan bahsetmektedir. Bunun doğru bir değerlendirme olduğu kanaatinde değildir. Ancak iki erk arasında kaçınılmaz ve kanaatimce tamamen olağan bir gerilim vardır. Dünyada yargının tüm kararlarının yürütme lehine olduğu ülkeler vardır ancak buralar kimsenin yaşamak istemeyeceği yerlerdir. Bu gerilim olağan dönemlerde bile kendini gösterir. Ancak ulusal güvenliğe tehdit algılarının olduğu dönemlerde hükümetler, anlaşılabilir bir biçimde, kamuyu korumak amacıyla, yetkilerinin sınırlarını zorladığından, bu gerilim daha şiddetlidir ve böyle

⁴⁵ 1965 tarihli Savaş Zararı Yasası'nda Parlamento, Lordlar Kamarası'nın *Burmah Oil Co Ltd v. Lord Advocate* [1965] A.C.75'teki kararını iptal etmiştir.

⁴⁶ Bu konuda en bilinen örnek, uçak kaçırma suçlaması sebebiyle sınırdışı edilen bir grup Afgan'ın oturma izni talebinin İçişleri Bakanlığı'nca reddi kararını Sullivan J.'in iptal ettiği karardır: *R. (on the application of S) v. Secretary of State for the Home Department* [2006] EWHC 1111 (Admin). Yargıç bakanlığın kararının yetkinin kötüye kullanılması anlamına gelen açık bir hakkaniyetsizlik olarak değerlendirmiştir. Başbakan karara ilişkin yorumunda (BBC 10 Mayıs 2006): Bizim sınır dışı kararı vermemiz bir suistimal değildir, bu kararı veremeyecek durumda olmamız sağduyunun suistimalidir.” demiştir. The Court of Appeal Bakanlığın temyiz talebini reddetmiş ve yargıcin kararını “kusursuz bir karar” olarak değerlendirmiştir, [2006] EWCA Civ 1157 para. [50].

durumlarda yargıçların görevi, eğer hukuk devleti gözetilecekse, hükümetin yetki sınırlarını aşmamalarını temin etmektir. Burada ciddi kaygılar doğmaktadır, zira tarih göstermiştir ki, hükümetler kriz anlarında aşırı tepki gösterme eğilimindedir ve mahkemeler bir şekilde etkisiz kalmaktadır.⁴⁷ Hem ülkemizde hem de Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkeme kararları her iki ülkenin de gurur duyacağı şekilde olmamıştır.⁴⁸ Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıcı Justice William Brennan'ın 1987 yılında dile getirdiği uyarılar halen geçerliliğini korumaktadır:

“Ulusal güvenliğe tehdit algısının var olduğu zamanlarda veya savaş anlarında, Amerika Birleşik Devletleri'nde medeni özgürlüklerin uğradığı haksız muamele göz önünde bulundurulduğunda, gurur duyulacak pek fazla bir şeyin olmadığı, ancak utanılacak pek çok şeyin bulunduğu görülür. Bu kriz anlarının sona ermesinin ardından Amerika Birleşik Devletleri pişmanlık duyarak, medeni özgürlüklerin askıya alınmasının gereksiz olduğunu fark etmiştir. Ancak yeni bir kriz ortaya çıktığında aynı hatanın yapılmasının önlenemeyeceği görülmüştür.”⁴⁹

Yedinci ve sondan bir önceki alt ilke, devletçe yürütülen karar alma usullerinin adil olmasıdır. Bu hukuk devletinin temel bir gereğidir. Açık yargılama lehine ileri sürülen argümanlar aşına olunan konulardır; bunlar, Avrupa'da, adaletin açık ve şüpheye yer bırakmayacak ölçüde tesis edilmesi gerektiği şekilde ifade edilirken⁵⁰; Amerika'da “demokrasilerin kapalı kapılar ardında sona erdiği”⁵¹ görüşü ile özetlenir.

Tüm kararların salt yargısal nitelikte olmadığı göz önünde bulundurulduğunda⁵², bu alt ilkenin olağan medeni yargılama usulüne uygulanması genel olarak bir sorun doğurmaz. Avustralya Baş

⁴⁷ Bkz. Tom Bingham, “Personal Freedom and Dilemma of Democracies”, *I.C.L.Q.*, sayı 52, 2003, s. 841.

⁴⁸ Bu ülkede R. v. Halliday [1916] 1 K.B. 738, [1917] A.C. 260 ve Liversidge v. Andersen [1942] A.C. 2006 kararı; Amerika Birleşik Devletleri'de ise, Korematsu v. United States 323 US 214 (1944) kararı örnek gösterilebilir. Bu son kararı Scalia J. Dred Scott'taki ile eşdeğer tutmuştur. Bkz. David Cole, *Enemy of Aliens*, New York, 2003, s. 99 ve 261, dn. 42.

⁴⁹ William J. Brennan Jr., “The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises”, *Israel Yearbook of Human Rights*, 1988.

⁵⁰ R. v. Sussex Justices, Ex. p McCarthy [1924] 1 K.B. 256,259.

⁵¹ Detroit Free Press v. Ashcroft 303 F 3d 681, 683 (6. Cir. 2002).

⁵² Bkz., örneğin, R. (Alconbury Developments Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions [2001] UKHL 23, [2003] 2 A.C. 295; Runa Begum v. Tower Hamlets London Borough Council [2003] UKHL 5, [2003] 2 A.C. 430.

Yargıcı'nın ifade ettiği gibi, “ Hukuk devleti hukukçuların yönetimi demek değildir.”⁵³

Bir kişi yaptığı veya yapmadığı söylenen veya düşünülen bir şey sonucunda, aleyhine bir sonuçla karşılaşır, bu ister resmi suç isnadı (iddianame) bağlamında olsun; isterse, örneğin, sınır dışı etme, önleyici tutuklama, şartlı salıverme talebinin reddi veya şartlı salıvermenin bozulması bağlamında olsun, sorun doğma olasılığı artar. Bu gibi durumlarda hakkaniyet neyi gerektirir? Her şeyden önce, kararlar, her ne şekilde tanımlanmış olursa olsun, bağımsız ve tarafsız yargıçlarca verilmelidir: Yargıçlar, dışsal bir etki ve baskı altında kalmaksızın, davanın hukuki ve maddi yönü üzerine karar vermekte özgür olma bakımında bağımsız; her türlü tarafgir bağlılıktan ve kişisel menfaatten azade ve mümkün olduğu ölçüde açık fikirli olmaları bakımından tarafsızdırlar. Bunun yanında, bir takım çekirdek ilkeler kabul edilmelidir: Bir kişiye savunma hakkı tanınmadan aleyhine karar verilmemesi gerekir; bir sorumlulukla karşılaşması veya cezaya uğraması muhtemel kişiye, ne ile suçlandı, hangi ithamlarda bulunduğu bildirilmelidir; suç isnadında bulunan taraf, kendisi aleyhine veya karşı taraf lehine olabilecek hususları yeterince açıklamalıdır; bir kişinin menfaati avukat yardımı olmadan yeterince korunamıyorsa ve ilgili kişinin maddi durumu yoksa kendisine adli yardım sağlanmalıdır; suçlanan taraf, aleyhine ileri sürülen iddialara cevap vermek için yeterli imkâna sahip olmalıdır; suçluluğu kanıtlanana kadar, suç işlediği iddia edilen kişinin masum olduğu varsayılmalıdır.

Münhasıran ceza hukuku alanında, bu ilkelerin özellikle iki tanesi soru işaretleri doğurmaktadır. İlk soru işareti aleniyet ile ilgili olarak doğmaktadır, zira savcı kamu yararı gerekçesiyle sahip olduğu bilgileri savunma makamına açıklamak istemeyebilir. Böyle bir sorun doğduğunda, dava yargıcının titiz bir değerlendirme yapması gerekir. Ancak mevcut hukuki durumda, ilgili bilgilerin açıklanmasının, savunma makamına hiçbir şekilde faydası olmayacaksa, bunların açıklanmasına gerek yoktur; eğer açıklamama savunma makamına önemli derecede zarar verici ise, savcı hem bunları açıklamalı hem de soruşturmayı bırakmalıdır.⁵⁴ Bir başka soru işareti, ispat yükünü sanığa yükleyecek biçimde tanımlanmış suçlara ilişkin olarak doğmaktadır. Bunlar

⁵³ Murray Gleeson, “Courts and the Rule of Law”, Melbourne University’de verilen konferans, 7 Kasım 2001, <http://www.hcourt.gov.au/speeches/dj/dj-ruleoflaw.htm>.

⁵⁴ R. v. H [2004] UKHL 3, [2004] 2 A.C. 134.

kendiliğinden bir sorun doğurmamaktadır, ancak eğer sanığın üzerine bırakılan ispat yükü, sanık masum olsa bile, uygulamada altında kalkamayacağı bir yük ise, bu durumda sorun doğabilir.⁵⁵ Bu çözümlerin, ideal olmamakla birlikte, hukuk devletini ihlal ettiği kanısında değilim.

Parlamentonun, bir kararın gerekçesi olarak hâkime sunulan dosyanın tüm içeriğinin davanın karşı tarafına veya onun yetkili temsilcisine açıklanmamasını düzenlediği, ceza hukuku alanı dışında kalan ve sayısı gittikçe artan dava kategorilerinde durum daha da problemlidir. Ne ile itham edildiğinin ilgisine açıklanmasına ve dolayısıyla bunu çürütmesine olanak vermeyen her usul ciddi kaygı doğurmaktadır. Ancak bu kategoriler bir takım çok hassas bilgilerin açıklanmasının yaratacağı kaçınılmaz tehlikeye ilişkindir ve Parlamento, genel kuraldan ayrılanın ancak gerekli durumlarla sınırlı olmasını şart koşmuş ve bunun sınırlarını belirlemiştir.⁵⁷ Açık yasal düzenleme yokluğunda, şartlı tahliye komisyonunca benzer bir usule başvurulması, Lordlar Kamarasında görüş ayrılığına yol açmıştır. Çoğunluk uygulamayı haklı bulurken, -benim de dahil olduğum- azınlık, karara kesinlikle karşı çıkmıştır.⁵⁸ Mesele öylece duruyor. Muhtemelen herkes bunun zor bir alan olduğu konusunda hemfikirdir.

Sekizinci ve son alt ilkeye göre, mevcut hukuk devleti ilkesi, devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine, bu ister bir anlaşmadan ister devletlerarası teamülden kaynaklansın, bağlı kalmasını gerektirir. Bu ilkenin herhangi bir itirazla karşılaşacağı kanaatinde değilim. 1990 Eylülünde Irak'ın Kuveyt'i işgalinin ardından Kongrenin birleşik oturumuna hitaben Başkan Bush, yeni bir dünya düzeninin doğmakta olduğunu ifade etmiştir: hukuk devletinin orman kanunlarının yerini aldığı bir dünya, ulusların adalet ve özgürlüğün tesisi için ortak sorumluluklarını kabul ettikleri bir dünya, güçlünün zayıfın hakkına saygı gösterdiği bir dünya. Amerika ve dünya hukuk devletinin tarafında olmalıdır ve biz bu tarafta olacağız.”⁵⁹ Başkan Bush, 2002'de yaptığı ulusa seslenişte uluslararası meselelerden bahsederken aynı görüşleri dile getirmiştir: “Fakat Amerika insan onurunun gereklerinden, hukuk

⁵⁵ *Sheldrake v. Director of Public Prosecutions, Attorney General's Reference (No 4 of 2002)* [2004] UKHL 43, [2005] 1 A.C. 264.

⁵⁶ *Bkz. R. (Roberts) v. Parole Board* [2005] UKHL 45, [2005] 2 A.C. 738, para. [26]-[30].

⁵⁷ Kararda tartışılan örneği konuyla ilgisi olmadığı için buraya almıyorum. *Bkz. R. (Roberts) v. Parole Board* [2005] UKHL 45, [2005] 2 A.C. 738, para [29].

⁵⁸ *R. (Roberts) v. Parole Board* [2005] UKHL 45, [2005] 2 A.C. 738.

⁵⁹ Başkanın Kongrenin birleşik oturumundaki konuşması, *New York Times*, 12 Eylül 1990, A 20'de.

devletinden, devletin gücüne getirilen sınırlamalardan, kadına saygıdan, ifade özgürlüğünden, özel mülkiyetten, kanun karşısında eşitlikten, din özgürlüğünden asla ödün vermeyecektir.” Bugünün İngiliz devlet adamları da kanaatimce bu görüşe iştirak edeceklerdir.

Ancak yaklaşım her zaman bu şekilde olmamıştır. 1914’te savaşın patlak vermesi üzerine Alman Başbakanı, Parlamentoya şöyle hitap etmiştir:

“Baylar, bir zaruret halinin içindeyiz ve zaruret hali hukuk tanımaz. Birliklerimiz Lüksemburg’u işgal etti ve muhtemelen Belçika topraklarındalar. Yaptığımız uluslararası hukuka aykırı. Ancak askeri amacımıza ulaştıktan sonra, yaptığımız yanlış düzeltmek için çaba göstereceğiz.”⁶⁰

Başbakan Asquith, İngiltere’nin, hukukiliği tartışmalı olan, Almanya kuşatmasının savunurken hukuki kaygılardan uzaktı:

“İnsanlığın ve hukukun tüm sınırlarını açıkça reddeden bir düşmanla mücadele ederken, mücadelemizin hukuki hassasiyetler ağına takılmasına göz yumamazdık.”⁶¹

58 Açık sebeplerden dolayı, 2003’te İngiltere’nin Irak işgaline katılmasının uluslararası hukukun ve sekizinci alt ilke ışığında hukuk devletinin ihlali olup olmadığı konusuna temas etmeyeceğim. Ancak 2003’te izlenen usulle, 1956’da Süveyş işgalinde izlenen usul arasında aydınlatıcı bir karşılaştırma yapılabilir ve bu karşılaştırma 1956’dan 2003’bu ülkede hukuk devletinin iyiye doğru gittiğini ve gücünün zayıf ezdiği düzeninse gerilediğini gösterecektir. İlk olarak, 1956’da Başbakan olan Sir Anthony Eden, hukuki değerlendirmelere en fazla ikincil derecede önem atfediyordu. Eden, Asquith’i anımsatan bir şekilde, şunları ifade etmiştir:

“Mısır menşeli bir şirketi Mısır Hükümetinin devletleştirme hakkı gibi önemsiz meselelerle uğraşmamalıyız.”⁶²

Krizin sonraki safhasında Başbakan, Dışişleri Bakanlığı’nın seçkin bir *Legal Advisor olan* ve İngiltere’nin tutumunun hukuka aykırı olduğunu şiddetle savunan Sir Gerald Fitzmaurice’in gelişmelerden haberdar

⁶⁰ G. P. Gooch, **Germany**, New York, 1925, s. 112-113’ten alınmıştır. Ayrıca bkz. Patrick Devlin, **Too Proud to Fight**, Oxford, 1974, s. 142.

⁶¹ HC Hansard, 1 Mart 1915, col. 600.

⁶² Geoffrey Marston, “Armed Intervention in the 1956 Suez canal Crisis: The Legal Advice tendered to British Government”, **I.C.L.Q.**, sayı 37, 1988, s. 773, 777’den alınmıştır.

edilmemesi talimatını vermiştir. Başbakan, “Fitz danışacağıım son kişidir.” demiş ve şunları eklemiştir: “Hukukçular yaptığımız her şeyin karşısında. Rica ederim onları bu meselenin dışında tutun. Bu siyasi bir mesele.”⁶³ Bildiğimiz kadarıyla, benzer ifadeler Başbakan Blair tarafından asla dile getirilmemiştir.

İkinci olarak, 1956’da ve 2003’te Hükümete hukuki görüş sunma *Law Officers*’ın görevi olmasına rağmen, 1956’da Mısır’a verilen ultimatodan önce kendilerine hiçbir surette danışılmamıştır.⁶⁴ Aksine Hükümet, Profesör Waldrock’un bir makalesindeki muğlâk bir dipnota, Waldrock’un görüşünü almaksızın dayanan *Lord Chancellor*’un tavsiyelerine itimat etmiştir.⁶⁵ Bilindiği kadarıyla, 2003’te *Lord Chancellor* savaşın hukukiliğine ilişkin hukuki bir görüş beyan etmemiş, ancak *Attorney General* savaşın arifesinde kamuya yönelik kısa bir açıklama yapmış, yaklaşık iki yıl sonra, konu hakkındaki detaylı görüşü kamuya açıklanmıştır. Kanaatimce burada müşteri gizliliği kurallarının, diğer şartların da varlığı halinde, bir *law officer*’ın savaşın hukukiliği hakkındaki görüşüne uygulanıp uygulanamayacağı sorusu sorulabilir. Kanaatimce devletten ziyade savaşa katılacak ve belki de hayatını kaybedecek olan insanların müşteri olarak görülmesi yanlış olmaz. Eğer –örneğin- bir askeri hastanede meydana gelen bir kazanın veya bir savaş aracının neden olduğu zararlar için kusuru olduğu gerekçesiyle Devlet aleyhine tazminat davası açılıyorsa, müşteri gizliliği kurallarının uygulanmaması için bir neden göremiyorum. Eğer bunun aksi kabul edilirse, devletin davalı olarak pozisyonu ciddi ölçüde ve adaletsiz bir biçimde zayıflayacaktır. Egemenliğin mutlak kullanımı olan ve tüm halkı ilgilendiren savaşın hukukiliği hakkındaki bir görüş, kanaatimce, bu kapsamda değerlendirilemez. *Attorney General*’ın Meclis’te doğrudan sorgulamaya tabi olmayan bir sıfat taşıması durumunda, bu görüşün tam olarak açıklanması, kanaatimce, daha da önem kazanmaktadır. Ancak bu kabul edilen bir görüş değildir ve biliyoruz ki, 2003’te *Attorney General*’ın görüşü, planlanan eylemi destekler nitelikteydi.

⁶³ Marston, *Ibid*, s. 798.

⁶⁴ Marston, *Ibid*, s. 804.

⁶⁵ C. H. M. Waldrock, “The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law”, *Hague Rec*, sayı 81, 1952, s. 451, 497, 503. Ayrıca bkz. Marston, *Ibid*, s. 792-793, 796. Eğer Waldrock’a danışılıyorsa, makalesinin bu şekilde yorumlanmasını kabul etmezdi, Marston, *Ibid*, s. 806.

Üçüncü olarak ve görece taze olan Nüremberg anılarına rağmen, 1956'da generallerin, işgalin hukuki olduğuna ilişkin herhangi bir güvence istediği görülmemektedir. 2003'te ise, iyi bilindiği üzere, bu güvence istenmiştir.

Dördüncü ayırım içlerinde en çarpıcı olanıdır. 1956'da, planlanan müdahalenin hukukiliğine ilişkin resmi olarak danışılmamasına rağmen, *Law Officers*, yapılan planları öğrenmiş ve bunların hukuken kabul edilemez olduğunu açıkça ifade etmişlerdir.⁶⁶ Ancak buna rağmen Hükümetin eylemini desteklemişlerdir. *Attorney General* Sir Reginald Manningham-Buller QC, 7 Kasım 1956'da Başbakana yazısında, "hukuki olarak savunmasam bile, Hükümetin eylemini destekledim ve desteklemeye devam edeceğim."⁶⁷ demiştir. Ertesi gün yapılan bir toplantının ardından, kendi adına ve *Solicitor General* Sir Harry Hylton-Foster QC adına, Başbakan'a şunları yazmıştır: "Yapılanları desteklememe ve bunu açıkça ifade etmeme rağmen, bunun hukuki görüşümüz olduğu yönünde Hükümet tarafından yapılan açıklamaya katılmıyoruz."⁶⁸ Sir Harry ise Başbakan'a şunları yazmıştır: "Hukuki değerlendirmelerin beni çok fazla etkilemesine izin vermekle hata yaptım."⁶⁹ Şüphesiz bugün bile büyük demokratik devletlerin, şüpheli durumlarda kuvvet kullanımını gerekçelendirmek için hukuk hilelerine başvurmadığını ileri sürmek saflık olur. Ancak büyük zorluk anları istisna tutulursa, böyle bir devletin açıkça hukuka aykırı kabul edeceği bir yol izleyebileceğine veya bu hükümete görüş bildiren üst düzey hukukçuların hukuki gerekçe bulamayacakları bir eylemi açıkça destekleyebileceklerine inanmıyorum. Aksine bir tutum, mevcut anayasal hukuk devleti ilkesine saygı göstermemek anlamı taşır.

Hukuk devletinin demokrasi olmadan var olup olamayacağı konusunda pek çok tartışma yapılmıştır. Bazıları bunun mümkün olabileceğini iddia etmiştir.⁷⁰ Ancak kanaatimce hukuk devleti devletle birey arasında, yönetilenle yöneten arasında, her iki tarafın özgürlük ve gücünden feragat ettiği zımnî fakat temel bir sözleşmeye dayanır. Toplum içinde yaşayan birey, zımnî olarak, Havva yaratılmadan önce Cennet'te Adem'in sahip olduğu sınırsız özgürlüğe sahip olamayacağını kabul eder ve usulüne uygun olarak yapılan yasaların sağladığı avantajlar karşılığında bu yasaların getirdiği sınırlamaları kabul eder. Devlet ise kendi payına,

⁶⁶ Marston, *Ibid*, s. 803-805.

⁶⁷ Marston, *Ibid*, s. 810.

⁶⁸ *Ibid*.

⁶⁹ Marston, *Ibid*, 811.

⁷⁰ Tamanaha, *On The Rule of Law*, s. 37.

ülkesinde veya sınırları dışında, gücünün yettiği her şeyi yapamayacağını, sadece yasaların verdiği yetkiyi kullanabileceğini kabul eder. Bu sonuç, eğer doğru ise, hangi sıfatla olursa olsun, mesleki yaşamlarını hukukun hizmetine adanmış bizlere umut vericidir. Zira bu, bizlerin buyurgan kurallar yığınının bekçisi olmadığımızı, fakat diğerleri ile birlikte⁷¹, içinde yaşadığımız topluma hayat veren ve onu aydınlatan adeta kutsal bir ateşin muhafızları olduğumuzu gösterir.⁷²

⁷¹ Hukuk devletini koruma sorumluluğunun mahkemeler kadar Parlamento'ya da ait olduğu konusunda Lord Goldsmith son derece haklı. Bkz. yukarıdaki dn. 1, s. 10-19.

⁷² Yardımcılarım Richard Moules ve Matthew Slater'e, bu konuşmanın hazırlanmasında sundukları yardımlardan dolayı teşekkür ediyorum ve Diana Procter'a her zaman ki gibi minnettarım.