

BUGÜNKÜ ROMA HUKUKU SİSTEMİ (1)

System des Heutigen Römischen Rechts

Friedrich Carl von SAVIGNY

  Çev.: Melike Belkıs AYDIN (2)

BİRİNCİ KİTAP

Ş. 7. Hukukun Genel Oluşumu.

Peki şimdi genel hukukun oluşum temelleri nelerdir, yahut hukukun kaynakları neyden oluşur? İnsan bu noktada hukukun talihin veya insani keyfiliğin, tasavvur ve bilgeliğin etkisine göre çok değişik bir oluşumunun olduğunu kabul etmelidir. Tek başına bu kabul bile, bir hukuk ilişkisinin gündeme gelip bilince çıktığı her yerde, bir kuralın aynısı için uzun müddet kullanıldığı, yani keşfedilmeye ne gerek ne de imkân olduğu tartışmasız gerçeğiyle çelişmektedir. Genel hukukun, her verili duruma göre çoktan verili bir *Dasein* olarak bu niteliği ile ilişkisinde onu pozitif hukuk olarak isimlendiriyoruz.

Her kimin için ve her kimde bizzat pozitif hukukun *Dasein*'ini kazandığını sorguladığımızda, o zaman "halk"ı (*Volk*) buluveririz. Pozitif hukuk halkın genel bilincinde yaşar. Bu yüzden de onu halk hukuku olarak isimlendiririz. Ancak bundan kesinlikle keyfilikleri eliyle hukuku ortaya çıkaran halkın her bir bireyini düşünememek gerekmektedir; çünkü bireylerin keyfi istekleri belki rastlantısal olarak aynı hukuku, ama belki de, ve daha muhtemel olarak, çok çeşitli bir hukuku seçebilir. Bilakis bu, daha çok her tekilde ortak olarak yaşayan ve etki eden bir halkın tını (*Volksggeist*) olarak pozitif hukuku üretmiştir. Bu pozitif hukuk her tekilin bilincinde, rastlantısal değil zorunlu olarak bir ve aynı hukuktur. Pozitif hukukun farkına varılamayan bu ortaya çıkışını benimseyerek pozitif hukuka dair belgeye dayalı bir kanıt

¹ Friedrich Carl von Savigny'nin *System des Heutigen Römischen Rechts* adlı eserinden üç bölümün çevirisidir: *System des Heutigen Römischen Rechts*, 1. Auflage, Veit und Comp., Berlin (1840), 1. Buch Quellen des heutigen Römischen Rechts, §. 7. Allgemeine Entstehung des Rechts, §. 8. Volk, §. 9. Staat, Staatsrecht, Privatrecht, öffentliches Recht, §. 10. Abweichende Meynungen über den Staat, ss. 13-31. (Özgün metinde Savigny'nin dipnotları (a), (b) ile gösterilmiş, çeviride de rakamlı dipnotların yanına harfler içinde olarak eklenmişlerdir.)

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 14.06.2022, Kabul Tarihi: 18.07.2022.

² Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

arayışından vazgeçmeliyiz. Tek başına bu eksiklik de, bu ortaya çıkışa dair bizim görüşümüz ve diğer görüşler arasında ortaktır. Çünkü biz yazılı tarihin sınırları içerisinde yer alan tüm halklarda köken olarak yaratılması her türlü sınırlamanın dışında yer alması zorunlu olan pozitif hukuka rastlamaktayız. Nesnenin özel doğasına uygun başka tür kanıtlar ise eksik değildir. Böylesi bir kanıt, pozitif hukukun genel ve eşbiçimli bir tanınmasında ve içsel zorunluluk hissiyatına eşlik eden bir tasavvurda yatmaktadır. Bu hissiyat, en belirgin olarak yasaların ya da hukukun tanrısal bir menşesine dair kadim bir iddiaya dayanır, çünkü rastlantısal ya da insani keyfilik vasıtasıyla bir ortaya çıkışla fark edilebilir bir karşıtlık tasavvur edilemez. İkinci bir kanıt da, görünmeyen, belgeli tarihin ötesine geçen kadim tarihe uzanan bir ortaya çıkışa sahip halkların öteki özgünlüklerine dair bir benzetme ile, örn. toplumsal yaşamın gelenekleri, hepsinden önce de dilde yatar. Burada, tekilin tarihinden ve özgür seçiminden bağımsız, yani her tekilde ortak etkili olan halkın tininin edimselliğinden kaynaklanan aynı yaratılışı bulunur. Halkın tininde bu, hepsi onun anlamlı doğası ile hukuka kıyasla daha net ve daha ayırt edilebilirdir. Tek tek halkların tikel doğası bu ortak yönler ve aralarında birinci sırada en belirginin dil olduğu edimler ile belirlenmiş ve tanınabilir durumdadır.

Halkın ortak bilincinde hukukun yaşadığı yapı soyut bir kuralınki değildir, aksine hukuk kurumlarının organik bağlamlarında yaşayan bir görünümüdür. Öyle ki kuralın mantıksal biçiminin bilincinde olmak için, ihtiyaç hâsıl olduğunda bunu sanatsal bir süreçle bütünlüklü bir görüden inşa etmek zorundadır. Bu yapı hukuk ilişkilerinin özünü tasviri olarak ortaya seren ve menşei halk hukuklarını yasalara göre çoğunlukla anlamlı ve temelli olarak ifade eden sembolik işlemlerde açığa çıkar.

Pozitif hukukun ortaya çıkışının bu benimsenmesinde öncelikle, halkların zaman içinde süregiden yaşamları göz ardı edilmiştir. Bunun hukuka etkisini gözlemlersek hepsinden önce sağlamaştırıcı bir güç ile tanınmaları gerekmektedir: Halkın içinde hukuk adetleri ne kadar derin ise o derece derine kök salabilirler. Hukuk uygulama ile gelişim gösterir ve menşei olarak çekirdekte içerilmiş olan her ne ise belirli bir formun uygulanması ile bilince çıkar. Fakat hukukun değiştirilmesi bu yollar ile yapılabilir. Çünkü tekil insanın yaşamında nasıl ki tamamen bir durgunluk hali gerçekleşmiyor ise, bilakis kararlı organik bir gelişim söz konusu ise, halkların yaşamında ve toplum yaşamının dayandığı her tekil unsurda da öyle olur.

Öyleyse dilde de ve aynı biçimde hukukta da kararlı bir gelişim ve ilerleme bulabiliriz. Bu gelişim, tekil keyfilikten ve rastlantıdan bağımsız olarak, tıpkı menşei ortaya çıkış gibi içsel güç ve gerekliliğin üretilişiyle aynı yasaya tabi bulunur. Bu doğal gelişim sürecinde tek başına halk yalın bir değişimi içermez, aksine durumların belirli, düzenli sonucunda ve bu durumlar içinde her biri halkın tininin özel bir ifadesiyle uzanan kendi bağımsız ilişkisi vardır. Hukuk, halkın tininin bu tezahürü sayesinde üretilir. En özgür ve güçlü haliyle bu tezahür, halkların gençlik döneminde zuhur eder. Bu, ulusallık bağlamında daha içeridenci ve halkın bilincini daha genel biçimde yayıldığı ve bireysel eğitimin farklılığında daha az gizlendiği bir gençlik dönemidir. Bu ölçüde, bireyin eğitiminin farklı ve yaygın olduğunca ve ilgi alanlarının, aşinalıkların ve bu vesileyle koşullanan durumların keskin bir ayrışması söz

konusu olduğunca, toplumun bilincine dayalı bir hukuk üretimi de daha zorlayıcı olacaktır. Bu yeni durumların etkisiyle tekrardan yeni organlar inşa edilmezse, doğalarına değinilecek olan yasa yapımı ve hukuk bilimi nihayet neredeyse tamamen ortadan kaybolacaktır.

Hukuk eğitiminin bu gelişimi, menşei hâlihazırdaki hukuk ile bambaşka bir ilişkide olabilir. Onlar vasıtasıyla yeni hukuk kurumları üretilebilir, yahut halihazırdakiler yeniden şekillendirilebilir: Evet, bunlar bütünüyle ortadan kaybolabilir, meğer ki dönemin anlam ve gereksinimlerine yabancı düşmesinler.

§. 8. Halk.

Hukukun üretimi edimsel, kişisel özne olarak halk içinde geçici yerleştirilmiştir. Bu öznenin doğası artık daha net betimlenmelidir.

Eğer, hukuk ilişkisini değerlendirirken onu özel içeriğinden soyutlarsak, onun, birçok insanın belirli bir türde düzenlenmiş ortak yaşamlarının genel bir özü arta kalmış olur. Çoğunluk düşüncesine dair soyut kavramda kalmamız gerektiğini anlarız ve hukuku, yokluğunda hiçbir tekilin dış özgürlüğünün var olamayacağı bir icat olarak düşünmemiz gerekir. Tek başına belirsiz bir çoğunluğun böylesi bir rastlantısal örtüşmesi tek başına keyfi, hakikatten yoksun bir tasavvurdur: Eğer birbirlerini gerçekten bulabilselerdi, o halde onda yasama yetisi eksik kalırdı, çünkü ihtiyaç ile onu giderme gücü aynı anda verili değildir. Aslında insanların birlikte yaşadığı ve tarihin de bu sayede kendini faş ettiği her yerde, aynı dilin kullanımı ile hem kendini ifade eden hem de perçinleyip eğiten tinsel bir toplulukta yer aldıklarını görürüz. Yasamanın yeri böylesi bir doğal bütündedir. Çünkü ortak, tekillere işlemiş bir halk tininde yukarıda anılan ihtiyacı giderecek gücü bulabilir.

Fakat bu halk tekilliklerinin sınırları belirsiz ve değişkendir. Bu çelişkili durum, onlarda üretilmiş olan hukukun teklifinde veya farklılığında kendini ayan eder. Böylece de birbirine akraba halk boylarında belirsiz de olsa bizlere bir ya da birden çok halklar olarak mı anlam ifade etmeleri gerektiği görünebilir: aynı biçimde onların hukukunda bütüncül bir örtüşme olmasa da bir akrabalıktan söz edebiliriz.

Ancak, bir halkın birliğinin kuşkuya mahal vermediği o halkın sınırları içinde bile, özel bir bağla, hatta halkın genelinin yanında birlikler, kentler ve köyler, birlikler gibi bütünün halka dair bölümlerini oluşturan daha dar çevrelere sık sık rastlanır. Burada bağımsız bir yasama, yerini, bazı yanlarıyla tamamlanan ve değiştirilen genel bir halk hukukunun yanı sıra yerel bir hukuk olarak da yerini edinir.^{3(a)}

Eğer ki halkı doğal bir birlik ve böylece de pozitif hukukun taşıyıcısı olarak gözlemlersek, aynı zamanda sadece bu vesileyle edinilen tikeler üzerine de düşünmemiz mümkün olmayacaktır, bilakis her tikel birbirine devreden nesillerde sürmektedir ve bugünü geçmiş

^{3(a)} Her *gensin* Roma'da en eski örf-adet hukuku böylece hâsil olur, Dirksen civil. İncelemeleri B. 2. S. 90

ve gelecek ile birbirine bağlamaktadır. Hukukun bu durağan muhafazası gelenek eliyle etki eder ve nesillerin ani değil aksine aşama aşama gerçekleşen değişimiyle koşullanıp kurulur.

Hukukun, halkın güncel yaşamından burada iddia edilen bağımsızlığı öncelikle hukuk kurallarının değiştirilemez devamlılığından gelir: Aynı biçimde de bu bağımsızlık hukukun aşamalı gelişiminin de temelidir (§ 7) ve bu ilişki ile birlikte ona öncelikli bir önem de atfetmeliyiz.

Bireyleriyle halkı pozitif ya da gerçek hukukun yaratıcısı ve taşıyıcısı olarak düşünen bu görüş, ortak insan tinine, özgün halk tını olarak yaratılış atfetmeye meyilli bazılarını kısıtlamış gibi görünmektedir. Daha net bir incelemede her iki görüş de çelişkili değil gibi görünür. Tek tek Halklarda etkin olup ferdi düzlemde kendini ayan eden genel insan tinidir. Hukukun yaratımı da kendi başına bir edimdir, hem de toplumsal bir edimdir. Bu da sadece düşünce ve edimin bir toplumsallığının sadece mümkün değil aynı zamanda gerçek de olduğu toplumlar için de tasavvur edilesidir. Böylesi bir toplum sadece tekil bir halkın sınırlar dahilinde mevcut olduğundan sadece burada gerçek hukuk ortaya çıkabilir. Başka halklarda izine bile rastlayamayacağımız hukuk yaratımında bazı özel halkların bağımsız keyfiliği değil de genel bir beşeri kültür güdüsü (*Bildungstrieb*) algılanabilir. Tek fark, milli tinin bu ürününün bazen tek tek insanlara özgü olması, bazen de birkaç halkta eşit olarak ortaya çıkmasıdır. Romalıların halkın hukukunun genelleştirilebilir temelini nasıl da *jus gentium* olarak kavradıkları, daha sonra gösterilecektir (§ 22.).

§. 9. Devlet, Devlet hukuku, Özel hukuk, Kamu hukuku.

Görünmez bir doğal bütünlük atfetmek zorunda olduğumuz belirsiz sınırlar olarak halk, hiçbir yerde ve hiçbir zaman bu soyut düzeyde var olmaz. Onda bilakis, görünmez birliğin aşikâr ve organik olarak tezahür ettiği önüne geçilemez bir güdü etki eder. Bu tinsel halk toplumunun bedensel yapısı ise devlettir ve onunla da birliğin sıkı belirli sınırlı verilir. Devletin ortaya çıkışını soruşturduğumuzda, o zaman onu da hukuk için söylediğimizdeki gibi daha yüksek bir zorunlulukla içeriden inşa edilmiş güçlerle konumlandırmamız gerekir. Bu da bir devletin yalın *Dasein*'inde geçerli değildir, bilakis onun devletin her halkın kendinde taşıdığı mahsus yapısı için geçerlidir. Devletin yaratımı da hukuk yaratımının bir biçimidir, yani hukuk yaratımının en üst düzeyidir.

Eğer genel hukuka dair şimdi edinmiş olduğumuz bakış açısını bir kenara bırakırsak, burada iki farklı alanı, devlet hukuku ile özel hukuku birbirinden ayırmamız gerekmektedir. İlki konu olarak devleti alır, bu halkın organik tezahürü demektir, ikincisi ise hukuk ilişkilerinin bütünlüğünü alır, bu da onlarda kendi içsel yaşamını sürebilmek ve belirli bir yapı oluşturabilmek^{4(a)} için tek tek insanlarca çevrenmiştir. Sanki biz bu iki hukuk alanını karşılaştırdığımızda, akrabalıklar ve aktarımlar eksik değil gibidir. Çünkü aile yönetim ve itaat gibi sürekli unsurlarında devletteki ile açık benzerliklere sahiptir: Aynı şekilde devletin

^{4(a)} L. 1. *de J. et J.* (l. 1.). *Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Vgl. L. 2 § 46. de orig. jur.* (l. 2.)

gerçek bileşenleri olan topluluklar da bireylerin ilişkilerine yaklaşmaktadır. (§ 86). Böylece her iki alanda da sıkı belirlenmiş bir karşıtlık ortaya çıkar. Bu da kamu hukukunda bütünü amaç, bireyin ise tabi olan olarak görünürken, özel hukukta ise tekil insan kendisi için bir amaç olur ve her hukuk ilişkisinin yalnızca bir araç olarak kendi varoluşuna ya da özel koşullarına atıfta bulunması konusunda kesin bir karşıtlık bulunmaktadır.

Devletin de tek başına özel hukuk üzerine ve öncelikle de onun *Dasein*'inin gerçekliği üzerine çok yönlü etkileri vardır. Çünkü halk önce onda hakiki bir kişilik kazanır, yani hareket etme yetisi edinir. Öyleyse, bunun dışında, özel hukuka yalnızca, aynı duygu, düşünce ve adetlerde görünmeyen bir *Dasein* atfedebilirsek, o, devlette, yargı makamının düzenlenmesiyle, yaşamı ve gerçekliği korur. Bu da halkların yaşamında gerçekte devletin keşfinden evvel, özel hukukun bu tamamlanmamış bir doğayı içeren (doğal durumu) bir zamanın var olduğu anlamına da gelmez. Aksine, her halk, böyle görüldüğü anda, yapısı nasıl olursa olsun devlet olarak da ortaya çıkacaktır. Öyleyse bu sav, yalnızca, eğer devletin niteliğinden yapay olarak soyutlarsak, aklımızdaki halkın durumu için geçerli olmalıdır. Burada da tekilin genel hukukla ilişkisi kendi gerçekliğini ve bütünlenişini içerir. Hukuk, *Dasein*'ini aslında her tekilin de iradesi olan ortak halkın tininde, yani genel iradede bulur. Birey tek başına, özgürlüğü sayesinde, kendisi için istedikleri aracılığıyla bütünü bir üyesi olarak düşündüğüne ve istediğine isyan edebilir. Bu çelişki ise haksızlıktır, veya hukuka aykırılıktır. Eğer ki hukuk var olacak ve hükmedecekse de yok edilmelidir. Eğer bu yok ediş rastlantıdan bağımsız olacaksa ve düzenli bir güvenlik de edinecekse öyleyse bu ancak devlet sayesinde mümkündür. Çünkü daha burada hukuk kuralları bireylere dışsal ve objektif olmalıdır. İşte bu yeni ilişkide de hukuka aykırılığa uygun olan tekil özgürlük genel irade ile bağlı ve ona tabi olarak zuhur eder.

Ancak buna ek olarak, özel hukukta da hukukun oluşumu üzerinde en belirleyici etkiye devlet sahiptir: Sadece daha söz konusu olacak içeriğinde değil, bilakis halk toplumunun aynı devlette içsel ve etkili, bunun aksine olarak da farklı devletler ve boyların akrabalıklarında ise birçok yönden ketum ve uzak durmalıdır.

Aynı şekilde, belirli bir halk hakkının ortaya çıkması (§ 8, § 9) devletin birliği tarafından dışlanmaz, ancak bu da temel birliğin tehlikeye atılmaması ile sınırlanmıştır. Ancak devletin etkisini diğer koşullara kıyasla çok baskın olarak değerlendirmek, hatta onu münhasır belirleyici bir faktör olarak düşünmek yanlış olur. Böylece Ortaçağ'da, batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasından sonra birçok Germanik devletler, kısmen Germanik kısmen Romalı uyruklara sahiptirler. Bir devletin Romalı uyrukları bir diğerleriyle aynı roma hukukuna sahiptir. Farklı devletlerin Germanik uyrukları en azından akraba bir hukuka sahiptirler, ve bu az ya da çok bütünlüklü bir hukuk toplumu devletlerin sınırlarıyla taciz edilmemiştir.

Devletin bu tasnifiyle geçerli olan hukuku, eksikliği suçlamasına karşı güvencelemek için şu ek de gereklidir. Devleti, hukukun erekları ile sınırlamak istemiyorum. Evet, teori, devletin faaliyetinin münhasır amaçlarını ortaya koyarak bireysel gelişim özgürlüğünü sınırlamaya çalışmamalıdır. Bununla birlikte, onun ilk ve en kaçınılmaz görevi, hukuk fikrini görünür

dünyada egemen kılmaktır. Öncelikle o, hakları ihlal edilen kimseye bu ihlal karşı bir koruma sağlayabilmelidir; bu edimlerin tabi olduğu kurallara da Medeni usul adını veriyoruz. İkinci olarak, bu kimse kişisel menfaati hesaba katmadan ihlal edilen hakkı kendinde korumalı ve yeniden tesis etmelidir. Bu da insani iradesinin, daha yüksek bir dünya düzeninde yürüyen yasadaki ahlaki ödetmeye öykündüğü hukukun sınırlı alanında ceza vasıtasıyla olur.^{5(b)} Bu edimin tabi olduğu kurallara da Ceza Hukuku (*kriminalrecht*) diyoruz, suç usulü ise bunun bir kısmını teşkil ediyor.^{6(c)} Medeni usul, ceza hukuku ve ceza usulü devlet hukukunun bölümleridir ve Romalılarda da böyle kabul edilmiştir. Bu kavrayışın bizlere yakın dönemlerde yabancı hale gelmiş olmasının temelinde izleyen olgular bulunur. Ceza hukukunun uygulanması genelde özel hukukun korunması gibi aynı yargılama mercilerine havale edildiğinden her iki alanın da uygulanması birbirine benzer bir yapıya sahiptir. Fakat medeni usulde devletin bireylerin haklarına dair edimi öylesine birbirine geçmiştir ki bütünlüklü bir ayırım pratik olarak uygulanabilir değildir. Bununla birlikte bu hukuk disiplinlerinin burada anılan içsel özü değiştirilebilir değildir. Bir yandan eşyanın bu özünün, diğer yandan ise bu daha pratik ilişkilerin tanınmalarını gerçekleştirebilmeleri için, hiç alışılmadık olduğu kadar ereksel de olarak, devlet hukuku adıyla daha genel bir isimle kamusal hukuk gerekli olur. Kamusal hukuk ile medeni usul ve ceza hukuku anlaşılacak lazımdır. Bu ilişki burada daha da derinlemesine ele alınmalıdır.

Benzer bir durum kilise hukuku için de geçerli. Bütünüyle dünyevi bir açıdan bakılınca kilise bütün diğer topluluklar gibi görünür. Yine başka korporasyonlar gibi kısmen devlet hukukunda, kısmen özel hukukta, bağımlı, tabiiyetli konumu kiliseye de yakıştırılabilir.

İnsanların içsel özlerine hükmeden ehemmiyeti bu muameleye izin vermez. Dünya tarihinin farklı zamanlarında kilise ve kilise hukuku devletin karşısında çok farklı bir konumda kabul edilmiştir. Romalılarda *ius sacrum* devlet hukukunun bir parçasıdır ve devlet gücüne tabi kılınmıştır.^{7(d)} Hıristiyanlığın dünya çapındaki doğası bu saf ulusal muameleyi engellemiştir. Ortaçağ'da kilise devletleri kendisine tabi kılmaya ve onlara hükmetmeye çabalamıştır. Biz de farklı Hıristiyan kiliselerini devletin yanı sıra gözlemleyebiliriz fakat çok çeşitli ve yoğun

^{5(b)} Öyleyse denebilir ki, intikamın genel ahlaki düzeni sınırlı bir biçimde bir hukuk kurumu doğasını almıştır ve bu biçimde de devlet tarafından tatbik edilmiştir. Krş. Hegel Doğal hukuk §. 102. 103. 220. Klenze Lehrbuch des Strafrechts S. X — XVII

^{6(c)} Devletin bu hakkı ne ölçüde doğrudan kullanmak ya da kullanmayı zarar gören kişiye bırakmak ve kendi haklarının peşine düşmek istediği, her devletin pozitif hukukuna bağlıdır. Bu son edimin temelinde Roma Özel cezaları yatar. Devlet gücünün tam bir gelişimi her yerde bu son yolun terkedilmesine vesile olur.

^{7(d)} L. 1. §. 2. *de just. et jure* (l. 1.)

bir temas içinde gözlemleyebiliriz. Bu sebeple de kilise hukuku, ne kamu ne de özel hukuka tabi olan kendisi için mevcut bir hukuk alanıdır.

§. 10. Devlete Dair Aykırı Düşünceler.

Bununla birlikte, burada sunulan devletin kökeni ve doğası hakkında görüşün genel kabul görmesi için çok şey eksiktir.

Öncelikle burada yeniden bir dizi belirsiz kavram genellikle devletin öznesi olarak düşünülen toplumsal birlikten soyutlanır. Her şeyden önce, bu iddia, her zaman organik devlet biçiminde ortaya çıkan halkların mevcudiyeti ve geniş çapta herhangi bir müdahalede olmaksızın insan kitlelerini keyfi bir araya getirme girişiminde bulunduğu olgusuyla çelişir. Tıpkı Amerikan köle eyaletlerindeki talihsizlik gibi devletin ortaya çıkışında aşılabilir engeller mevcuttur. Bu bakışın aksine biz de devletin bir halkta, halk vasıtasıyla ve halk için kadim ve doğal bir ortaya çıkışını kendimize yinelemeliyiz.

Aslında bu bireylerin iradelerine göre, yani sözleşmeyle devletlerin ortaya çıkmış olmaları çok yaygın bir görüştür. Bu görüş, gelişiminde zararlı ve çelişkili sonuçlara sahiptir. Bu durumda, tam da bu devleti kurmayı avantajlı bulan bireylerin, tamamen devletsiz kalabilecekleri, şu ya da bu şekilde bir devlete karışabilecekleri veya bir araya getirebilecekleri ya da sonunda başka herhangi bir anayasayı seçebilecekleri varsayılmaktadır. Bununla birlikte sadece halkın doğal birliği gibi içsel zorunluluk gözden kaçırılmış olmakla kalmaz, aksine böylesi bir düşüncenin mümkün olabileceği, eksiksiz gerçek bir devletin olgu ve hukuk olarak meydana geldiği durumunda öyle ki asla devletin keyfi icadı değil de aksine daha ziyade onun yıkımı söz konusu edilebilmektir. İki yanlış anlama bu yanılgıyı özellikle besler: Öncelikle devletlerin oluşumundaki büyük çeşitliliğin, yani bireylerin özgür seçimi ve keyfiliği ile karıştırılan devletlerin tarihsel ve tikel unsurunun algılanması. Sonra da sabit, sıklıkla toplu ismi halk olarak tasvir edilen çok farklı kavramların bilinmeyen değişimi. Bu isim aslında şunları tasvir eder:

1. devletin ortaya çıktığı ve ilerleyerek kendi *Dasein'*ını sürdürdüğü ve seçim ile keyfiliğin söz konusu olmadığı doğal bütünlük;

2. bir devlette eşzamanlı yaşayan bireylerin bütünselliği;

3. yani hükmedilenler hükmedenlerin aksine; devletin hareketiyle aynı bireyler;

4. cumhuriyetçi devletlerde, Roma'da olduğu gibi, anayasaya göre üstün gücün gerçekten dayandığı o örgütlü bireyler toplumu.

Bütün bu kavramları birbirine karıştıranlar böylece halkın doğal bir bütünlük olarak ideal hukukuna (1), ve Romalı *populusun* tarihsel hukuku (4), hükmedilenlerin toplamına (3) aktararak böylece hakiki bir dönüşümle, hukuk sayesinde itaat edenlere dayandırarak yanılgıdır. Fakat eğer kişi bu dışsal adımı atmazsa, bilakis şimdi yaşayan tekillerin topluluğunda hukuk ve güç, yani hükmedenlerin kararlarına (2) dayandırırsa öyleyse iş sadece çok az düzelmiş olur. Çünkü hepsinden önce bireyler kafa sayısına göre değil de

anayasaya göre devletin düzenlemesini gerçekleştirirler. Çünkü bireyler kendi bütünlükleriyle değil, bilakis sadece ılımlı bir şekilde hareket etmek isterler ve hareket edebilirler, öyle ki, çoğunluğun (kadınların ve küçüklerin) gözünde, sadece bir temsili boş kurgularına sığınmak kalır (§ 8).

Burada tartışılan görüşlerde hakiki bir yan bulunur. Aslında devletlerin inşasında talih ve keyfilik büyük bir etkide bulunuyor olabilir. Özellikle bunların fetih ve parçalanma yoluyla sınırlamaları, genellikle ulusal birliğin gösterdiği doğal sınırlardan çok ayrı bir belirleyendir. Bunun tersine yabancı bir unsur devlete külliyen asimile edilmiş de olabilir; sadece böylesi bir asimilasyon imkânı, kendi koşullarına ve aşamalarına sahiptir. Çünkü bu asimilasyon özellikle yeni unsurların bazı yakınlıkları vasıtasıyla, yani kabul eden devletin içsel bütünlüğü tarafından desteklenmiştir. Böylesi bütün olaylar, tarihte ne sıklıkla karşımıza çıkacak da olsalar, sadece anomilerdir. Bu nedenle halk, devletin doğal temeli olmayı sürdürür, yerleşik güç yoluyla oluşum da onun doğal kökenidir. Şimdi, bu doğal oluşum sürecine yabancı bir tarihsel an girerse, bu, halkın ahlaki gücü ve sağlığı ile aşılabılır ve işlenebilir; yok eğer bu işlem başarısız olursa, bundan hastalıklı bir durum ortaya çıkar. Bu şekilde, başlangıçta şiddet ve adaletsizlik olanın, hukuk devletinde içkin olan çekim tarafından nasıl yavaş yavaş dönüştürülebileceği ve böylece hukuk devletine yeni, meşru bir parça olarak nasıl geçebileceği açıklanır. Ama bu tür rahatsız edici ve ahlaki gücü test eden anomalileri devletlerin gerçek oluşumu olarak sunmaya çalışmak ve devletleri tikel üyelerinin uygun anlaşmasıyla ortaya çıkaran tehlikeli Öğretiden mümkün olan tek kurtuluşu aramak bütünüyle saçma, hatta maceraperesttir.^{8 (a)} Bu kurtuluş denemesinde her ikisince de hangisinin hastalık ya da ilaçtan hangisinin daha endişe verici olduğunu söylemek zordur.

^{8(a)} Haller, Devlet bilimi Restorasyonu.