

## AMERİKAN TOPLUMU VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ\*

Philip SELZNİCK\*\*

Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL\*\*\*

### ÖZET

Hukukun üstünlüğü kavramı bir ideali, bir kriteri veya sadece gayriresmi iyi hal standardı olarak aranan şeyi işaret etmektedir. Hukukun üstünlüğü hukuki nitelik taşıyan standartlardır. Hukukun egemen olduğu bir sistemde ne kadar güçlü olursa olsun hiçbir makam hukuktan üstün değildir. Dar anlamıyla hukukun üstünlüğü, gücün kötüye kullanılmasına karşı bir teminatır. Eskiden beri söylenir ki, hukukun üstünlüğü güçsüzü güçlüye karşı koruyan, uyumsuzlukları uzlaştıran, ekonomik işlemleri kolaylaştıran, özel hayat ve girişimciliğin ilerlediği etkili bir ortam oluşturan bir rejimdir. Bu daha keskin ve daha olumlu görüş, gücün kötüye kullanılmasından daha fazla şey söyler. Amerika'da hukukun üstünlüğünün en belirgin koruyucusu, 1787'de özel bir toplantıda oluşturulan Anayasa'dır. Etkili ve sınırlı bir hükümet için oluşturulan bu çerçeve, Amerikan hukuk kültürünün esasıdır.

### ANAHTAR KELİMELEER

Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti, Amerikan Anayasası, Eşitlik, Özgürlük.

### ABSTRACT

The phrase rule of law refers to an ideal, something that is looked to as a criterion or standard of good conduct, especially but not exclusively official conduct. The rule of law is law plus standards. In a system governed by the rule of law no official however mighty, is above the law. Narrowly conceived the rule of law is a set of safeguard against

---

\* Bu makale, "American Society and The Rule of Law" başlığıyla The Syracuse J. Int'l L. & Com. Vol: 33, 2005-2006'da yayınlanmış aslından, yazarının izni alınarak yapılmış aynen çeviridir.

\*\* Kaliforniya Üniversitesi Hukuk Sosyolojisi Fahri Profesörü. Bu makale, 16 Temmuz 2002 tarihinde Çin'in başkenti Pekin'de Pekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerine bir toplantıda sunulmuştur.

\*\*\*Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.  
Gsm: 0505 6423947, e-mail: cengizgul2002@yahoo.com

*Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL*

the abuse of power. The rule of law, it is said and not only, very recently, is a regime that protects the weak against the strong; provides for peaceful settlement of disputes; facilitates economics transactions and creates an effective framework within which private life and enterprise can go forward. In The United States, the most visible bulwark of the rule of law is the Constitution, which was drafted by a special convention in 1787. This framework for effective and limited government is the centerpiece of American legal culture.

**KEY WORDS**

The rule of law, Law State, The American Constitution, Equality, freedom.

## **GİRİŞ**

Daha önce Asya'da defalarca bulunmama ve II. Dünya Savaşı sırasında Filipinler'de Amerikan askeri olmama rağmen, Çin'i ilk kez ziyaret ediyorum. Bu muhteşem ülkeyi, insanlarını, özellikle de öğrencilerini görmekten çok memnun ve heyecanlıyım. Ülkemde Çin sanatına hayran olduğum müzeleri gezdim ve özellikle de Çin bahçelerine ilgi duymaktayım. New York'ta oldukça yeni ve etkileyici bir Çin "bilim bahçesi" var ve Kanada'nın Vancouver şehrinde "Dr. Sun Yat Sen klasik Çin bahçesi" bulunmakta. Bu yüzden eşim ve ben modern Çin ve kültürel hazinesini görmeyi umuyoruz.

Elbette Beida'da Çin hakkında konuşmak için bulunmuyorum. Amacım; hukukun üstünlüğünün anlamını kavrama sürecinde, kendi ülkemin deneyimlerini paylaşmak ve bu konudaki sözünü tutmak. Yargı sistemi ve ayrıca Amerikan hukuk tarihi ile ilgili bazı konuları ele almak zorunda kalacağım. Hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi kavramlarını birleştirdiğim için özür dilemiyorum, çünkü bu birleşim Berkeley Kaliforniya Üniversitesi Boalt Hukuk Fakültesi'ndeki Hukuk Felsefesi ve Sosyal Politika Programı'nda başarmaya çalıştığımız şeyleri aynen yansıtıyor. Sosyal Politika Programı büyüyor ancak bana göre hala sevimli ve biz bundan gurur duyuyoruz.

Benden resmi olmayan bir konferans vermem istendi, bu yüzden konuyu rahat bir şekilde ele almaya çalışacağım. Size -tıpkı bir resim yapar gibi- konuyu geniş hatlarıyla takip etmenizi öneriyorum zira ben tıpkı bir ressam gibi dağları ve vadileri çizerek konunun ana hatlarından bahsedip ince detaylara başka bir zaman değineceğim.

Konuşmama hukukun üstünlüğünün anlamı ile ilgili yorumlarla başlayacağım. Daha sonra vatansever bir şarkıda "özgür olanın ve cesur olanın ülkesi"<sup>1</sup> olarak adlandırılan ülkemizde, günümüzde yaşanan sorunları da dâhil ederek Amerikan tarihinin önemli derslerinden bahsederek devam edeceğim.

### **1. Hukukun Üstünlüğü Hakkında İki Görüş**

İlk olarak söylememiz gereken şudur ki, hukukun üstünlüğü kavramı bir ideali, bir kriteri veya sadece resmi yönden olmayan iyi hal standardı olarak aradığımız şeyi işaret etmektedir. "Hukukun üstünlüğüne göre, bir yasal sisteminin kural ve prosedürleri, kaynağını doğruluk ve adaletten alan test ve stan-

<sup>1</sup> John Adams, Novanglus Papers, No. 7, in 4 THE WORKS OF JOHN ADAMS 106. (Charles Francis Adams ed., 1851).

dartları karşılamak zorundadır. Bu yüzden söylemeliyiz ki, hukukun üstünlüğü, hukuki nitelik taşıyan standartlardır. Bu standartlar bize hangi resmi işlemlerin gerçekten yasal olduğunu ve hangilerinin kanuna aykırı, gerekçesiz veya gücün kötüye kullanılması yönünden eleştirilebileceğini gösterir. Hukukun ege-men olduğu bir sistemde ne kadar güçlü olursa olsun hiçbir makam hukuktan üstün değildir. Her makam mali yönden sorumludur; her kural, her karar bir otorite tarafından ispatlanmalıdır. Gerekçe isteyen her şey eleştiriyi de beraberinde getirir. Hukukun üstünlüğünde avukatlar yardımıyla kişi veya grupların ‘hangi otoriteyi temsil ediyorsun? Otoritenin sınırı ne kadar geniş veya limiti nedir?’ türünden sorular sormalarını doğal karşılıyoruz. Sonuç: resmi muhakemenin, makamların kendi kararlarıyla bir şeyler yapmasının kısıtlandığı bir sistemdir. Örneğin, polisin ateşli silah kullanmamasına ilişkin sıkı kurallarımız vardır veya hükümet temsilcileri bazı kuralları uygulamaya çıkarmadan önce oturum düzenlemek zorundadır. Yargının sınırlandırılması, potansiyel açıdan keyfi, bencil kararların alınmasından kaçınmanın bir yoludur. Bu ülkü hiçbir zaman tümüyle başarılamamıştır. Hiçbir zaman sadece veya tamamen “insan değil hukuk devleti” şeklinde bir sisteme sahip olamayız.<sup>2</sup> Bu kural insanoğ-lunun tutku ve ilgilerinin, seçenek ve stratejilerinin yasal işlemde bertaraf edilmesi gibi bir anlama gelmemektedir. Daha doğrusu hâkimler, kanun ko-yucular, polisler, savcılar, yönetim makamları tarafından alınan kararlar res-mi standartlara göre düzenlenmelidir. Standartları düzenlemek için kural ve kararların nasıl çıkarıldığına ilişkin detaylı bir çalışma yapmamız gerekir. Bu çalışma kısmen karmaşıktır, çünkü farklı tür kural ve kararlar için farklı stan-dartlar gerekir. Uygunsuz park cezası gibi ufak tefek sorunlar için endişelen-miyoruz. Daha büyük sorunlarımız var ve bu yüzden haksızlığa karşı daha çok önleme ihtiyacımız var. Örneğin, bir kişi ağır bir şekilde cezalandırıldığında hapisaneyeye gönderilir veya hatta öldürülebilir. Dahası, resmi muhakeme yok edilecek kadar da fena değildir. Çoğu kez savunulabilir ve hatta gereklidir. Devlet işlerinin yürümesini zorlaştırdığı için kurallarla ilgili çok fazla kural veya çok sıkı standartlar olsun istemeyiz.

Hukukun üstünlüğü, değerlendirmenin ortadan kaldırılması anlamına gel-mez. Hükümeti gereksiz kılan anarşist bir strateji değildir. Bunun yerine bili-nen şeyler hakkında olduğu sürece gerekli ve uygun kısıtlamaları yapar. Örneğin, polis uygun olduğunu düşündüğü şekilde hareket ederse neler yapabilir. Polisin kontrolünde kullanılan standartlar hâkim, jüri ve yönetici gibi diğer makamların yargılanmasında kullanılan standartlardan farklıdır. Bu yüzden

<sup>2</sup> U.S. CONST. art. VI cl. 2.

### *Amerikan Toplumu ve Hukukun Üstünlüğü*

yaptıkları işleri, kaynaklarının ve çalışma şartlarını da dahil ederek farklı makamlar hakkında detaylı bir çalışma yapmamız gerekir. Bütün bunlar hukuk sosyoloji çalışmasını gerekli kılar.

Hukuk sosyolojisine meydan okuyan diğer bir karmaşa ise hukukun üstünlüğünün tek bir modele dayanmamasıdır. Hukukun egemen olduğu toplumlarda, belirli uygulama, kural ve kurumlar ülküyü geliştirir mi yoksa zayıflar mı konusuna ilişkin bir tartışma vardır. Bazı hâkimler seçilir, diğerleri ise seçilmiş makamlar tarafından atanır. Hangi yöntem en iyisidir? Amerikalılar jüriye büyük güven duyarlar, ancak Britanya ve Avrupa kıtasında jüriye daha az güven vardır. Doğrusu, teamül hukuku ile medeni hukuk arasındaki farklılıklara rağmen yasal sistemler önemlidir ve hangisinin daha iyi olduğuna dair keskin bir tartışma söz konusu değildir. Çoğunlukla bu sistemler aşağı yukarı eşit seçenekler olarak görülür ve her ikisinin de farklı yönlerden başarılı ve eksik yönlerinin olduğu kabul edilir. Tarihin bazı iddialarını da göz ardı edemeyiz. Özellikle de sık sık salt çoğunluğun önemli kararlar aldığı düşünürsek, demokratik hükümetin bir parçası olan Amerika Temyiz Mahkemesi'ne karşı eleştiriler olabilir. Ancak, Amerikalılar Temyiz Mahkemesi kurumundan memnundurlar ve bu yüzden onu değiştirmeye eğilimli değildirler veya hakkındaki eleştirileri fazla önemsemezler. Hukukun üstünlüğü standartlarını neler karşılayabilir konusundaki bu değişim ortaya pek çok soru çıkarır. Zaruri olan nedir? Hukukun vaatlerini iyileştirmede hangi farklı ama makul yöntemler kabul edilebilir?

Bu soruları cevaplamak için genel ilkeleri özel ilke ve uygulamalardan ayırmamız gerekir. Adalet, uygun delil ve iddiaları kullanarak tarafsız, bağımsız ve amacına göre yargılanma fırsatını gerektirir. Yalnız, bunun nasıl uygulandığı farklı kültür ve tarihlere göre değişiklik gösterebilir.

Hukukun üstünlüğünün anlamı ile ilgili önemli bir açıklama daha yapacağım. Bunu göz ardı edemem çünkü gerçekten çok önemli. Negatif, düşük riskli hukuk yaklaşımı ile daha olumlu, çaba gerektiren ve daha riskli bir hukuk anlayışı arasındaki fark aklımdadır. Dar anlamıyla hukukun üstünlüğü, gücün kötüye kullanılmasına karşı bir teminattır. Makamlar, mahkemelerin hiyerarşisi gibi kurumsal düzenlemeleri ve kanıtları da içeren anayasal kısıtlamalar ve muhakeme usulü kuralları tarafından gözlenmek durumundadırlar. Bu dar veya olumsuz kavram oldukça ilgi çekicidir. Makamların yapabileceği en ciddi yanlışlara dikkat eder ve mahkemenin bağımsızlığı gibi yaygınca tanınan ilkeler ve tarihi başarılar tarafından desteklenir. Bununla beraber, tama-

men memnun edici bir bakış açısı değildir. Hukuk üstünlüğü ile ilgili günümüz tartışmalarında, resmi makamların görevlerini kötüye kullanmasının kısıtlanmasının olumsuz etkilerini de aşan şeyler görürüz. Eskiden beri söylenir ki, hukukun üstünlüğü güçsüzü güçlüye karşı koruyan, uyuşmazlıkları uzlaştıran, ekonomik işlemleri kolaylaştıran, özel hayat ve girişimciliğin ilerlediği etkili bir ortam oluşturan bir rejimdir. Bu daha keskin ve daha olumlu görüş, gücün kötüye kullanılmasından daha fazla şey söyler. Yasal bir süreçte sadece korunmayan, aynı zamanda fark edilen değerlere de seslenir. Bu değerler makama saygı ile kişi ve grupların etik olarak eşitliğini kapsar. Farz edelim ki her ne kadar bir parça kısıtlama içerse de hukukun üstünlüğü ufkumuzu genişletir.

## **2. Amerikan Anayasası ve Hukukun Üstünlüğü**

Amerika’da hukukun üstünlüğünün en belirgin koruyucusu, 1787’de özel bir toplantıda oluşturulan Anayasa’dır. Etkili ve sınırlı bir hükümet için oluşturulan bu çerçeve, Amerikan hukuk kültürünün esasıdır. Bütün hükümet memurları Temyiz Mahkemesi’nce açıklanıp yürütülen Anayasaya uymak için ant içerler. Anayasa “memleketin yüce hukuk normlarıdır”<sup>3</sup> ve Temyiz Mahkemesi’nin, Anayasa’nın anlamını söylemeye ve söylediklerini uygulamaya yetkisi vardır. “Yargısal denetim” kurumu ile uygun olarak Mahkeme, Kongre, eyalet yasama meclisi veya idari karar tarafından geçirilen bir kanunun anayasaya uygunsuz ve bu yüzden de hükümsüz olduğunu beyan edebilir.

Anayasanın pek çok özel hükümleri vardır. Örneğin, her eyaletin iki senatörü vardır ve Başkanın görev süresi dört yıldır.<sup>4</sup> Diğer taraftan Anayasa itinalı ve yaratıcı yorumlar gerektiren pek çok genel fikir ve kavramları da içerir. Bu yüzden. Anayasa Kongre’ye eyaletler arası ticareti düzenleme yetkisini verir, ancak bu manaları doğrudan telaffuz etmez. Cumhuriyetin kuruluşundan sonra kabul edilen ve Anayasadaki ilk on değişiklik olan Haklar Beyannamesi, başlıca “ifade özgürlüğü”, “normal kanun yolu”, ve “işkence veya barbarlık teşkil eden ceza” konularından bahseder.<sup>5</sup> 1866’daki kanlı İç Savaş sonrası kabul edilen 14. Düzenleme bütün “şahısların” “kanunun hükümlerinden herkesin eşit olarak yararlanması” hakkına sahip olduğunu bildirir.<sup>6</sup> Bunlar ve diğer genel kavramlar, değişen yorumlar almıştır ve büyük ölçüde Amerikan anayasal tarihinin esası olmuştur.

<sup>3</sup> *Id.* Arts. 1, 3, cl. I and II, 1, cl. 1.

<sup>4</sup> *Id.* amends. I, V, VIII.

<sup>5</sup> *Id.* amend. XIV, 1.

<sup>6</sup> THE DECLARATION OF INDEPENDENCE (Bağımsızlık Bildirisi), para. 2 (U.S. 1776).

## *Amerikan Toplumunu ve Hukukun Üstünlüğü*

Tarih, Amerika'nın hukukun üstünlüğünü gösterme çabasının zor, bazen kanlı, bazen de 1960'lardaki medeni haklar (kişi hakları) harekâtı veya 19. ve 20. yüzyıllarda sermaye ve işgücü arasındaki büyük çatışma gibi çalkantılı olduğunu göstermiştir. Uğraşların çoğu, bütün insanların faydalanabileceği yasal bir sistemin oluşturulması için harcanan çabayı göstermektedir.

Anayasa oluşturulup kabul edildiğinde, Bağımsızlık Bildirgesi'nde "bütün insanlar eşit yaratılmıştır" şeklinde yazılı olmasına rağmen, kölelik sorunu ile henüz yüzleşilmemişti.<sup>7</sup> Derisinin rengi siyah pek çok Amerikalı, dayanılmaz ama yasal baskılara maruzdu. Ancak, kölelik tek sorun değildi. 19. yüzyılda, "sözleşme özgürlüğü" adı altındaki ideolojik bir perdenin ardında işverenlerin iş yerinde mutlak güce sahip olmalarına izin verilmiş, bu esnada kadın haklarının eşitliği de göz ardı, hatta ihmal edilmişti.

Yüksek Mahkeme yeni şeyler, yeni durumlar ve özellikle de sosyal adalet için yeni umutları dikkate aldıkça, bu kanunların çoğu özellikle de 20. yüzyılda değiştirildi. Resmi yargıdan, bağımsız yargıya doğru büyük bir eğilim oldu. Bu değişiklik yasal eşitliğin ne olduğuna dair geniş çaplı bir açıklamayı gerektirdi. Genel fikir yeni değildi. Hukukun üstünlüğünün dar ve daha kısıtlı yorumları bile, politik bir toplumda yönetilen herkesin kanun hükümlerinden eşit olarak yararlanması ilkesini onayladı. Bununla birlikte, dar anlamıyla yorumlanan standart sadece kuralların tutarlı uygulanmasını gerektirir. Kurallar ve sınıflar mahkemece dikkatle eleştirilmeden oldukları gibi alınabilir. Bu yüzden, kanun kusursuz düzenlemeyle uygulanan genel kuralları içerebilir, ancak bağımsızlık ve kadınlara, ırksal gruplara, göçmenlere veya sıradan işçilere karşı ön yargıyla ilgili yaklaşımlara dayandırılabilir. Bu Amerikan anayasal tarihinde bir hatadır.

İç Savaş'ı takip eden on yıllar boyunca, Yüksek Mahkeme'den 14. Düzenleme'nin Eşit Koruma Şartı'nı yorumlaması istendi. Yaklaşık elli yıldır bu konudaki yorum sınırlı ve şekilciydi. Örneğin 1883'te yargı, siyahlarla beyazlar arasında evlilik ve cinsel ilişkileri yasaklayan bir kanun çıkardı.<sup>8</sup> Kanunun, her iki ırkın tüm üyelerine eşit şekilde hitap ettiği için anayasaya uygun olduğunu iddia ettiler.<sup>9</sup> On üç yıl sonra, mahkeme siyah ve beyazlar için toplu taşıma ve eğitim gibi diğer hizmetlerde "ayrı ama eşit" fırsatların kanunun hükümlerinden herkesin eşit olarak yararlanmasını karşılayacağına karar verdi.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Pace v. Alabama, 106 U.S. 583, 584 (1883).

<sup>8</sup> *Id.* 585.

<sup>9</sup> Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 552 (1896) (Harlan, J., karşı oy).

<sup>10</sup> Brown v. Board of Educ., 347 U.S. 483 (1954).

20. yüzyılın ortalarına kadar, kanun hükümlerinden herkesin eşit olarak yararlanması kavramı radikal bir şekilde gözden geçirildi. Yüksek Mahkeme yasal eşitlik anlayışını Anayasaya aykırı olarak bazı kişilerin doğası gereği ırk, cinsiyet ve etnik yönden diğerlerinden daha değerli olduğu ilkesine ters düşerek gözden geçirmesi, medeni haklarla ilgili derin bir kaygıyla ileri sürüldü. Yargı, bloke edilmiş fırsatlar ve sosyal adaletin diğer yönlerini de dikkate alan yeni bir yasal eşitlik anlayışı arayışına girdi. Anladılar ki eğer hukukun kendisi de zalim olursa insanlar yargı önünde eşit değildir.

Bu çağın en önemli anayasal kararı, 1954'te ünlü *Brown vs. Board of Education* davasında alınan karardır.<sup>11</sup> Bu kararda Yüksek Mahkeme; devlet okulları ve diğer hizmetlerdeki ırksal ayırım, kanun hükümlerinden herkesin eşit olarak yararlanmasını sağlayabilir anlayışını terk etti. Aynı zaman dilimi boyunca Mahkeme, kadınların, azınlıkların ve ceza davalarında sanıkların haklarını korumaya ilişkin pek çok şey yaptı. Bu süreçte Mahkeme kendini toplumun temel prensiplerinin farkına varmasında aktif bir güç olarak gördü.

Şimdi hukukun üstünlüğü konusunda kendi yollarını çizmeye çalışan diğer ülkelerin de yararlanabileceği Amerikan hukuk kültürü dersleri açısından bütün bunların ne demek olduğuna bakalım.

İlk ders şudur ki; Amerikan Anayasası bazı yönlerden tutarlı, diğer yönlerden de boşluklarla doludur. Gerçekte, şimdiki Amerikan nesli atalarının koyduğu kural ve kavramlarla yaşamayı kabul etmiştir. Bu Anayasayı kabul etmek ne demektir, bunu kısmen açıklamaktadır. Dahası, Anayasa, gücü olanları kısıtlar ve bu da seçilmiş temsilciler de dahil olmak üzere bütün memur ve makamları kapsar.<sup>12</sup>

Bu yüzden, anayasal bir sistemde demokrasi sınırlıdır. Anayasanın kontrolü altındadır. Halkın iradesine değer versek de “bu irade nasıl kullanılacak?” diye de sorarız. Anayasal demokrasi bu soruyu; Thomas Jefferson’un “Anayasa zinciri” biçiminde adlandırdığı yakıştırmayla yanıtlar.

Diğer taraftan, Anayasa boşluklarla doludur, çünkü gelecek nesillere karar vermeleri gereken çok şey bırakır. Anayasa, özyönetimin ilerleyebileceği bir çatı olmalıdır. Bu da demektir ki, her nesil anayasal kural ve ilkeleri çiğnemediği sürece pek çok konuda kendileri için uygun politikalara karar verebilir.

<sup>11</sup> Thomas Jefferson, *Draft Kentucky Resolutions para. 8* (1798).

<sup>12</sup> Thomas Jefferson, *Draft Kentucky Resolutions para. 8* (1798).



### *Amerikan Toplumunu ve Hukukun Üstünlüğü*

Anayasa başka bir yönden daha boşluk içerir. Soyut hükümleri, yeni durumlar ve anlayışlara göre yorumlanmalıdır. Bu yüzden bazılarımız Anayasa'nın "yaşayan", "gelişen" ve "uyumlu" bir müessese olduğunu söyler. Cezalandırmaya ilişkin değişen değer ve fikirleri dikkate almadan, neyin 'işkence veya barbarlık teşkil eden ceza' olduğunu bilemeyiz. Bir hükümetin neler yapabileceğini veya nasıl yapabileceğini bilmeden 'normal kanun yolunun' ne olduğunu bilemeyiz. Örneğin, avukat tutamayan sanıklara yasal destek verirken modern ekonominin nasıl organize edildiğini gösteren 'adli tebligatı' dikkate almadan 'ticaret' ne demek yorumlayamayız. Yüksek Mahkeme'nin ırkçılıkla ilgili kararları yüzeysellik ve ırk ayrımının ilgisizliği hakkındaki modern bilimsel bilgiyi yansıtmaktadır.

Çıkarılması gereken diğer bir ders de, Anayasa'nın şüphecilik ve iyimserlikle ilgili verdiği ikili bir mesajdır. Amerika hukuk düzeni bu iki tutum ve duruşu hep diri tutar. Şüphecilik kanundaki en belirgin olanı destekler ki bu, şahısları kontrol için bir dizi tertiptir. Gizlilik/güven daha incedir ama daha az yaygın değildir. Yasa ne zaman güven, işbirliği, iyi niyet ve kişisel çıkarı dayanırsa bu apaçık ortadadır. Şüphecilik ve gizliliğin konuları yasa ve yargının çelişen görüşlerini hatırlatır. Ahlaki şüpheciliğin bir görüşüne göre hukuk, kısıtlayıcı kurallardan oluşan bir sistemdir. Hukuk vardır, çünkü o olmazsa kaos veya baskı ya da her ikisi de olacaktır. Hukukun temel görevi huzuru sağlamak ve gücün kötüye kullanılmasını engellemektir. Bu durumda alternatif hukuku beşeri özlemin aracı olarak görmektir. Bu görüşe göre, yasal deneyim bir tür düzene ve sosyal kontrole işaret eder. Hukuka sadık olunan yerlerde, düzen hiçbir bedelle satın alınamaz. Zira o, maliyetleri empoze eder ve beklentileri karşılar.

İnsanlar sosyal düzenin, polis baskısı olmadan, sıradan-günlük yaşamın gereklerine saygı ile sağlanabileceğini düşünürler. Sonuç tehdide değil doğruluğa, adalete, sivil katılıma dayanan bir hukuk anlayışı olmalıdır.

Her yasal sistem şüphecilik ve gizliliğin/güvenin eşsiz bir birleşimidir. Amerika'da gizliliği/güveni yasal düzenin esası yapmaya ilişkin önüne geçilemeyen bir eğilim vardır. Anayasa, yürütme ve yargı kuvvetlerinin ayrılması ve karşılıklı olarak birbirlerini denetlemesini ve sınıflandırmasını da içererek bir kısıtlama mesajı verse de, aynı zamanda toplu irade ve toplu istihbaratı harekete geçirerek daha iyi bir ulus oluşturmak için demokrasinin neler yapabileceği alanında idari özerkliği teşvik etti. Bazı kurucular böyle bir sonucu istemiş olsalar da Anayasa, sert veya disiplinli bir politika üretmedi. Açık sınırlar

ve genişleyen endüstrinin olduğu bir ortamda yargılama, savunma ve kanun koyma işi daha düzensiz, daha verimli ve daha demokratikti. Hukuk, sanayi, ticaret, göç ve şehirlerin büyümesindeki değişikliklere ayak uydurmak zorundaydı. Bu da kontraktlar, maliye ile banka ve sigorta şirketleri hakkındaki yeni kanuni fikirlere açık olmayı da içeren bir güven duygusunu gerektiriyordu. Aydınlanmanın çocukları olarak hatırlamalıyız ki, kurucu babalarımızın insan aklı etkili kurumlarca temsil edildiğinde bencilliğe ve uygunsuz tutkulara hükmedebilir anlayışına olan sonsuz inancı vardı. Bir insan kurumlara güvenin yanı sıra, kişilerin zaaf ve akılsızlıklarıyla ilgili bir şüphe duyar. Ancak insan-öğlü hakkında tamamen şüpheci değildirler. İddialarına göre herkes günahkâr değildir, bundan ziyade inanırlar ki kurumsal kısıtlamaları haklı çıkaracak kadar yeterince suç işleme riski vardır. Dahası, politik veya ekonomik güç kötü olmak zorunda değildir, (güç bir şeyleri bozabileceği gibi bir takım şeyleri de mümkün kılabilir. Bununla birlikte, iyi niyete güvenemeyiz, yalnız ahlaki akıl ve mükemmelliğe biraz da olsa güvenebiliriz. Bu yüzden, kurumları düzenlerken neye dikkat edeceğimizi ve nelere güvenebileceğimizi bilmeliyiz. Bunlar şüpheci önermelerdir ama güven inşa edilebilecek esaslardır.

Şüpheciliğin yini (Çin felsefesinde dişil öge) iyimserliğin yangı (Çin felsefesinde kâinatın etkin eril ögesi) olarak adlandırabileceğimiz bu değer, Amerikan hukukunda hep bir tartışmanın kaynağı olmuştur. Ancak bilinmelidir ki zıt kutuplar her zaman birbiriyle gerilim halindedirler, ancak birbirlerinin gelişmesini de sağlarlar. Muhafazakâr jüriler hep şüphecilik ve ihtiyat felsefesine dikkat etmişlerdir. Bu da ‘adli eylemcilik’ üzerine yapılan tartışmalardan doğmuştur. Liberal jüriler, özellikle de genel şartlan ve anayasal ilkeleri yorumlarken. Anayasa’yı gelişen bir organizma olarak görmeye daha eğilimli olmuşlardır. Muhafazakârlar, Anayasa’nın; hukuku ‘yorumluyoruz’ ‘kanun koymuyoruz’ metnini uyguladıklarını iddia ederler. Muhafazakârlar, yargısal yaratıcılığın sınırlı olması gerektiği konusunda kanun koyanların söyledikleri, amaçladıkları ve öncekiler de dikkate alınca haklıdır. Ancak, yargısal yaratıcılık gerçeği de inkâr edilemez. Aslında, kanun ‘koyma’ ve ‘yorumlama’ arasındaki çizgi açık ve net değildir ve olamaz da. Burada bir riyakârlık vardır çünkü muhafazakâr hâkimler genelde eylemci olmuşlardır ve önceki örneklerle ilgilenmemişlerdir. Anayasadan suç, kürtaj ve Federal Hükümetle ilgili olarak kendi fikirlerine göre anlam çıkarmak istemişlerdir. Bununla beraber, Anayasanın anlamı ile ilgili hep bir tartışma olmuştur.

### **3. Özel İdare ve Hukukun Üstünlüğü**

Her ne kadar Amerika kamu yönetiminin hukukun üstünlüğü ile sınırlandırılmasını başarmış olsa da, özel idareler için aynı başarıyı sağlayamamıştır. “Özel idare” deyimini bazen hukuk öğrencileri ve toplum tarafından, toplumun çok önemli bir özelliği olan büyük ve karmaşık organizasyonların yönetimi anlamında kullanılmıştır. Bu tür organizasyonların liderleri, genelde büyük iş ortaklıklarını, işçi sendikalarının, kiliselerin, üniversitelerin ve diğer kurumların işçiler, sermaye güvenliği, ürün güvenliği ve büyük bir müessesede olabilecek pek çok şey üstünde güce sahip olmuşlardır. Liderler, bir bütün olarak bir teşebbüsten, bir işletmeden sorumlu oldukları için yöneticidir. Sıradan insanların yaşamasını sağlayan kurallar koyar; kamu yararına, güvenliğine, çevresel korumaya, işçilerin çalıştırılması ve terfisinde adalete ilişkin kararlar alırlar. Eğer liderler bunları ihmal eder veya kötüye kullanırlarsa, kullanılan gücün keyfi ve baskıcı olduğunu söyleyebiliriz. Bu tür uygulamaların hukukun üstünlüğü tarafından kontrolü fazlasıyla istenir. Bu durum ise, hukukun üstünlüğü ile ilgili anlayışımızın kamu idaresinin yanı sıra özel idareleri de kapsamadığı sürece sağlanamaz. Ancak bu adım, Amerikan hukuku için büyük bir meydan okumadır.

Bu meydan okumayla, sınırlı bir şekilde de olsa, toplu sözleşme olarak adlandırdığımız işveren ve işçi sendikaları arasındaki sözleşmelerin ortak yönetim sistemleri oluşturabileceğini kabul ederek karşılaşılabılıriz. Ortak yönetim sistemi, işçi ve yönetimin kabul ettiği kurallara dayalı olan işyerinde adaleti; anlaşmazlık ve haksızlıklarla mücadele için kabul edilmiş yöntemleri sağlayan bir tür anayasal düzendir. Bu Alman Mitbestimmung (yönetime katılma, ortak karar alma) müessesesinin daha zayıf Amerikan halidir ki ortak yönetim olarak adlandırılabilir.

Bu ilerlemeler bir dereceye kadar büyük çaplı işler için ekonomik kar tutarlı personel politikasını da içeren bürokratik rasyonalizm tarafından desteklenmiştir. Bununla birlikte son yıllarda işçi sendikalarının gücü zayıflamış ve bu da şirket yönetimlerinin gücünü artırmıştır.

Bu sene Amerikan iş dünyası liderlerinin kanunsuz idarelerine ilişkin çok şey ortaya çıkmıştır. Muhtemelen Enron Şirketinden; muhasebecilere, müdürlere, şirket yöneticilerine güveni sarsan borsayı vuran iflaslar ve diğer skandallardan haberdarsınızdır. Pek çok iş adamının zenginleşmek için fırsatlara tamah ettikleri aşikârdır. Herkes faydalandığı sürece bu haksız bu iyileşme fazla sorun oluşturmayabilir. Aslında, iflaslarla birlikte pek çok imtiyazsız kişinin,

işini, emeklilikte veya çocuklarının eğitiminde kullanmayı planladığı yatırımlarını kaybettiği de ortadadır.

Bu kanunsuzlukların çoğu, kurumsal yönetimimizdeki zayıflığı ve özellikle de yönetimdeki kişilerin ne kadar güvenilir olduğuyla ilgilidir. Bencillik, hile ve çıkar çatışması ile ilgili pek çok kanıt vardır. Bu suiistimali kontrol etmesi ve gözlemlemesi gereken devlet görevlileri zayıf ve korkak olmuş, sorumluluğu geliştiren kurallara karşı çıkmış ve iddialı olması gereken pek çok kişi sessiz kalmıştır. Örneğin borsanın büyük bir kısmı, büyük yatırım fonları ve emeklilik sistemleri tarafından işletilmektedir, ancak bu fonların yöneticileri inisiyatifi ele alma konusunda çok az şey yapmış, muhasebenin dürüst ve şirket kazançlarının doğru bir şekilde rapor edildiğini gözlemlemekte güçlerini yeterince kullanmamışlardır.

Bu tür hatalar hukukun üstünlüğünün, açıklık ve hesap sorulabilirlik üzerine kurulu olmasının ne kadar önemli olduğu ve hukukun üstünlüğü standartlarının, kararların nasıl alındığına ilişkin detaylı bir çalışma, rüşvetlerin nasıl olduğuna ve nasıl kontrol edilebileceğiyle ilgili dikkatli inceleme gerektirdiğini göstermiştir.

İşte burası, avukatların iş dünyası uygulamaları ve yönetim bilimi alanında uzmanlarla karşılaştığı yerdir. Bir kuralı neyin işler yaptığını veya rasyonel yönetim üzerine dayanılmaz yükler uygulamaksızın yönetsel otoritenin nasıl sınırlandırılabilirliğini bilmeden, kurumları nasıl hesap sorulabilir yapacağımızı, hukukun üstünlüğü standartlarına nasıl şekil vereceğimizi bilemeyiz. Amerika'da iş adamları ve onların politik sözcüleri her tür kısıtlamanın çok fazla olduğu eğilimdedirler. Önceden işçi sendikalarına karşı çıkarak birleşik bir yönelimin gerekli olduğunu ve iş yerinde kontrolün paylaşılamayacağını söylüyorlardı. Bu itirazlara, şüpheyi nelerin yapılabileceği veya yapılması gerektiği anlayışıyla yaklaşılmalıdır. 20. yüzyılın en büyük hukuk öğrencilerinden biri olan Profesör Lon Fuller, haklı olarak hukukçuların toplumsal örgütün mimarları olduklarını söylemiştir.<sup>13</sup> Yapıyı tasarlamak ve ticari bakış açısından anlamlı olan kuralları tanzim etmek ve aynı zamanda yönetimin kararlarından etkilenen herkesin hak ve çıkarını korumak onların işidir.

Bu çok geniş çaplı bir konu ve üzgünüm detaylara inmek için zamanım yok. Bu yüzden kamunun gözünde bir meslek olarak hukukla ilgili yorumlarımla konuşmamı bitireceğim. Etiği öğretmemize ve politika liderlerine sorun

<sup>13</sup> LON L. FULLER, *The Lawyer as Architecht Of Social Structure*, in *THE PRINCIPLES OF SOCIAL ORDER: SELECTED ESSAYS OF LON L. FULLER* 264 (1981).

### *Amerikan Toplumunu ve Hukukun Üstünlüğü*

oluşturmamıza rağmen, hatip veya politikacılar gibi olmasa da kamu yararına hizmet ediyoruz. Dahası, doğru idarenin ve yargının idealleri ile bizi bu ideallerden uzaklaştıran yasal amaçlar ve talepler arasındaki mesafeyi kavramalarında topluma yardım ederek kamu yararına çalışmış oluyoruz. Önemli görev, özellikle de çıkar ve güçleri doğru organize ederek ahlaki değerleri onaylamaktır. Ancak bunu toplumun ilerlemesini de sağlayacak şekilde yapmak gerekir. Zor olan, hukuka zayıf/güvenilmez bir nam vermektir, çünkü her zaman kabul edilebilir takasların, pratik uzlaşmaların, girişimciliği engellemeden ve işletmeleri sıkmadan kişisel çıkarı ehlileştirme arayışı içindeyizdir.

Demokrasi ruhunun, insan sevgisinin ve ideallere bağlılığın her zaman sizinle olması dileğiyle.

BOŞ