

MAKALE ÇEVİRİSİ

AVUKATLAR, MİLLETVEKİLLERİ VE HÂKİMLER*

Ross CRANSTON

I. GİRİŞ

Ziyadesiyle insan tecrübelerini merkeze alan bu (yazı/makale), hukuk ve politika ilişkisinin bazı yönlerine, avukatlık yapmış (ve hâkim olarak atanan az sayıdaki) milletvekilleri ile bazı önde gelen içtihat hukuku (*common law*)¹ hâkimlerinin deneyimleri ve görüşlerini kullanarak ışık tutmaya çalışmaktadır. Bu bölümün ilk kısmı, avukatların Parlamentoda, en azından Avam Kamarası'nda önemli rol oynamalarına imkân tanıyan 19'uncu ve 20'nci yüzyıl kurumsal bağlamını açıklamaktadır. Geçtiğimiz on yıllarda söz konusu kurumsal bağlam değişmiştir. Basının yönlendirdiği ve şöhrete duyarlı bir çağda politikanın doğasından kuşkusuz ayrı olarak avukatların Avam Kamarası'ndaki önemlerinin azalması, Avam Kamarası'nın çalışma şekli ve üyelerine yüklenen beklentilerle, kısmen açıklanabilir. İkinci kısım, anayasal düzenlemelerimizin özellikle Parlamento, yürütme ve yargı arasındaki karşılıklı saygının önemine dikkat çekmektedir. Devlet işleyişinin kaçınılmaz çatışmalar karşısında mümkün olduğunca pürüzsüz olması için karşılıklı saygı elzemdir. Vaktiyle bu ilke, milletvekillerinin (genellikle bakanların) hâkim olarak atanmalarıyla desteklenmiştir. Artık böyle bir durum söz konusu olmadığından üç erk arasındaki uzlaşmanın artırılması için başka mekanizmalar geliştirmemiz gerekmektedir. Son kısımda yargı gücünün siyasi güç ile bağdaştırılmasını rasyonelleştirmeye çalışan 3 öncü içtihat hukuku hâkiminin (hukuk) felsefeleri kabaca incelenmektedir. Britanya'da söz konusu incelemenin yapılmasına olan ihtiyaç, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun kabulüyle daha şiddetli bir hale gelmiştir.

* Yazarının izni ile Türkçeye çevrilen bu makalenin özgün künyesi şöyledir:
Cranston, Ross. "Lawyers, MPs and Judges", Law in Politics, Politics in Law. Ed. David Feldman, London: Hart Publishing, 2013. 17–40.

Çevirenler: Beyhan KAPTIKAÇTI KAYATEKİN – Yağmur ŞEN.
1 Çevirmen notu (ç.n): *Common law* kelimesi Türkçe'de; teamül ya da içtihat hukuku, örf ve adet hukuku, müşterek hukuk veya Anglo-Sakson Hukuku şeklinde karşılık bulabilmektedir. Geniş anlamıyla içtihat hukuku, Parlamento tarafından gerçekleştirilen yasamanın dışında yer alan ve mahkemeler tarafından oluşturulan hukuk anlamına gelmektedir. Birleşik Krallık hukuk sistemi, Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nden farklı olarak içtihat hukuku olarak adlandırılan ve ağırlıklı olarak mahkeme içtihatlarına dayanan bir hukuk geleneği olarak tanımlanabilir. Bkz. Güveyi, Ü., "Türk Hukukunda ve İngiliz Hukukunda Yakalamaya Dair Kısa Bir Karşılaştırma", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:5, S:2, 2015, s.23, Erişim:07.01.2020, <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C5S2makale1.pdf>

II. MİLLETVEKİLİ OLARAK AVUKATLAR

JS Roskell'in 14'üncü yüzyılın sonları ve 15'inci yüzyılın başlarındaki Avam Kamarasını kaleme aldığı ve alanında öncü kabul edilen tarih çalışmasının giriş mülahasasında, Kral mahkemelerinde, kendilerine bu amaçla başvurmuş müvekkilleri adına iş takibi yapan avukatların (*gentz de ley*²) milletvekili (*knight of shire*³) seçilmelerini yasaklayan bir kararnamenin kabul edildiğine dikkat çekilmektedir.⁴ Avam Kamarası üyesi milletvekilleri, avukat olan milletvekillerinin bu sıfatlarını müvekkillerinin işleri yararına kötüye kullanmalarına karşı çıktıkları için söz konusu kararnameyi desteklemişlerdir. IV'üncü Henry 1404 yılında *Coventry*'de Parlamento'yı topladığında⁵ avukatların parlamento'ya dönmelerini yasaklamış, fakat bu şekilde bir Kraliyet müdahalesi, hiçbir zaman tekrarlanmamıştır. Profesör *Blair Worden*, *The Rump Parliament (Bakiye Parlamento)* adlı eserinde sıra dışı şekilde çekişmeli bir devir olarak tarif ettiği bir dönemde avukatların, insanların paralarını alan kişiler oldukları –“haşaratlı tırtıllar” kullanılan tanımlamalardan birisidir– ve birçoğunun milletvekili olarak faaliyetlerinde reform karşıtı olarak algılandıklarından ve Parlamento üyesi olmamaları yönündeki taleplerden bahsetmektedir.⁶ Avam Kamarası üyelerinin söz konusu yaklaşımları, Lordlar Kamarası'ndaki avukatların varlığına rağmen çağdaş bir görüşle tekrarlanmıştır: “...Radikallikleri/köktencilikleri koyu bir şekilde tutucu oldukları mesleklerinden başka her şeye yayılmış olan Üst Kamarayı şereflendiren seçkin sol-kanat avukatları...”. (Artık Lord unvanına sahip olan) *Nigel Lawson*'ın bu hassasiyeti, eminim daha geniş şekilde paylaşılacaktır.⁷ Böylece, başlangıçtan itibaren takdir edilmesi gereken husus, avukatların siyasette yer almasının her zaman ve her yerde/genel geçer olarak iyi şekilde karşılanmadığıdır.

İkinci husus avukat-milletvekillerinin sayısıdır. Profesör *Michael Rush* ve *Dr. Nicholas Baldwin* tarafından kaleme alınan, yüzyılların incelendiği faydalı bir araştırmada hukuk geçmişine sahip milletvekili sayısının, %10'un hemen altına düştüğü 1830'lara kadar, bazen %20'nin üzerinde, genellikle 10'lu rakamlarda olduğu ortaya

-
- 2 ç.n: Söz konusu terimin 14'üncü yüzyılda avukatlar için kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Cambridge University Press, “Bracton, the Year Books, and the ‘Transformation of Elementary Legal Ideas’ in the Early Common Law”, Erişim:07.01.2020, <https://www.cambridge.org/core/journals/law-and-history-review/article/bracton-the-year-books-and-the-transformation-of-elementary-legal-ideas-in-the-early-common-law/E0337028F15272BEFBF6F63D1BD6C910>
 - 3 ç.n: Ortaçağda Avam Kamarası üyelerinden bazılarına verilen ad. Bkz. UK Parliament, *Knights of the shire*, Erişim:07.01.2020, <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/knights/>
 - 4 JS Roskell, L Clark and C Rawcliffe, *The House of Commons 1386-1421* (Stroud, Alan Sutton for the History of Parliament Trust, 1993) 56–57.
 - 5 ç.n: Parlamento, çeşitli zamanlarda Westminster (Birleşik Krallık Parlamentosu'nun bulunduğu bölge) dışında toplanmıştır. Bunlardan birisi, Kral IV'üncü Henry tarafından 1404 yılında İngiltere'ye bağlı bir şehir olan Coventry'de gerçekleştirilmiştir. Bkz. UK Parliament, *Parliaments held away from Westminster*, Erişim:07.01.2020, <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06471>
 - 6 Blair Worden, *The Rump Parliament, 1648-1653* (London, Cambridge University Press, 1974) 110, 115.
 - 7 Nigel Lawson, *The View From No. 11: Memoirs of a Tory Radical* (London, Corgi, 1992) 620.

konulmuştur.⁸ Sonrasında hukukun, 19'uncu yüzyılın hızlı genişleyen ekonomisinde sosyal hareketlilik için bir yol olmasıyla sayı artarak %20'ye ulaşmış, bu yapı II. Dünya Savaşı'na kadar devam etmiştir. İlerleyen zamanda bir azalma ve 1997'de sert bir düşüş yaşanmış; bu durum, kısmen İşçi Partisi avukat milletvekillerinin hiçbir zaman eski Liberal Parti milletvekilleri sayısını yakalayamamasından kaynaklanmıştır. *Barrister*'ler⁹, muhtemelen o dönemde hem Baroya kayıtlı olarak faaliyet gösterme hem de Avam Kamarası üyesi olmanın hâlâ mümkün olması sebebiyle, ait oldukları meslek dalına bağlı olarak her zaman baskın görünmüşlerdir.

2011 yılında *Rush/Baldwin* tarafından ortaya koyulan sayılar Avam Kamarası Kütüphanesi tarafından güncellenmiştir.¹⁰ 1997 genel seçim sonuçlarından itibaren Avam Kamarası'ndaki *barrister* oranı %5-6 iken, *solicitor* sayısı her seçimde artarak 1997'de %4.5 iken 2010'da %6.1'e ulaşmıştır. Bu durum, 2010 yılında *solicitor*'ların ilk defa *barrister*'lerin sayısını geçmesi demektir. Genel olarak avukatların, Avam Kamarası'nın açık ara farkla en büyük meslek grubu olduğu söylenebilir. Bununla beraber bir meslek geçmişine sahip milletvekilleri hâlihazırdaki Parlamantonun 1/4'ünü oluşturmakta iken "siyaseti meslek olarak yapanlar"ın oranı 1997'de %3.4 iken şu an %14.5'dir. Bir kariyer seçimi olarak siyasetin dış dünyaya dair aşikâr bir deneyim eksikliği gibi önemli sorunlu yönleri bulunmaktadır. Madalyonun diğer tarafında ise *Bill Clinton* gibi hukuk eğitimi alıp yetişkinlik yıllarının büyük bir kısmını siyasette geçirmiş birisi, en etkili siyasi liderlerden biri olarak ortaya çıkabilmektedir.

Peki avukatların sayısı neden bu kadar fazla? Bu duruma ilişkin alışlagelen mantıklı açıklama, avukatların mevzuata ve yasama faaliyetine hâkimiyetlerinin daha fazla olduğu ve bilhassa analiz, tartışmalardaki görüşleri tanzim etme ve *barrister*'lar açısından sözlü savunma gibi hukuki yetkinliklerini, Parlamento faaliyetlerine kolaylıkla aktarabilmeleridir. En azından, *The Lawyer* dergisinin

8 M Rush and N Baldwin, 'Lawyers in Parliament' in D Oliver and G Drewry (eds), *The Law and Parliament* (London, Butterworths, 1998) 156–58.

9 ç.n: Birleşik Krallık'ta avukatlar *barrister* ve *solicitor* olarak ikiye ayrılmaktadır. *Barrister* ve *solicitor* bazı yönlerden birbirinden ayrılmaktadır. *Barrister*'lar, mahkemede peruk ve cübbe giyerler; belli alanlarda uzmanlaşmış olmaları sebebiyle hukuki tavsiye ve görüş bildirirler; *solicitor*'lardan farklı olarak daha yüksek dereceli mahkemelerde bulunabilirler. Yüksek Mahkeme huzuruna sadece *barrister*'lar çıkabilir. Hukuki bir uyuşmazlık olduğunda öncelikle *solicitor*'a başvurulur. *Solicitor*, hukuki tavsiye ve değerlendirme yapması ve ilgiliyi mahkemede temsil etmesi için söz konusu davayı *barrister*'a havale eder. *Solicitor* mahkeme dışında çalışır, *barrister*'a kıyasen halkla teması daha fazladır; bu anlamda (istisnası olmakla birlikte) *barirsiter*'lara genellikle *solicitor*'lar tarafından iş havale edilir. *Barrister*'lar bakımından *solicitor*'lardan farklı olarak, *inn of court* adı verilen Baro loncalarında eğitime ve staja devam etme zorunluluğu bulunmaktadır. Bkz. Cohen H., "The Divided Legal Profession in England And Wales—Can Barristers and Solicitors Ever Be Fused?", *The University of Alabama*, Erişim:07.01.2020, https://www.law.ua.edu/pubs/jlp_files/issues_files/vol12/vol12art01.pdf

10 R Cracknell and F McGuinness, 'Social Background of Members of Parliament' House of Commons Library Standard Note, 4 November 2011, 7–8.

2010 genel seçimindeki adaylarla yaptığı röportajda verilen cevaplar bunlardı.¹¹ Verilen cevaplardan biri de, geç saate kadar çalışma ve ağır iş yükü ile başa çıkabilme kapasitesinin söz konusu avukatların kendileri açısından avantaj olarak değerlendirildiğidir. *The Economist* dergisinde 2009 yılında yayınlanan bir makalede “Hukukun siyaset ile aynı türden sorularla ilgili olduğu: adil bir toplumu oluşturan unsurlar, özgürlük ve güvenlik arasındaki denge ve bunun gibi soruları ele aldığı ifade edilmiştir”.¹²

Bütün bunlar çok basitleştirilmiştir. Çok faydalı karşılaştırmalı araştırmasında *Economist* dergisi, tarih, kültür ve ekonominin hepsinin yasa yapıcıların mesleki geçmişleri üzerinde etkiye sahip olduğunu doğru bir şekilde ileri sürmüştür. Yasa yapıcı olarak Brezilya doktorları, Güney Kore kamu görevlilerini, Mısır akademisyenleri ve Çin mühendisleri tercih etmektedir. Aslında birçok komünist ülkede mühendisler sıklıkla yasa yapıcı olarak öne çıkmıştır. Mühendislik ve bilim övülerek öğrenciler bakımından bu alanlar, diğer bazı disiplinlerden çok daha az tartışılabilir hale gelmiştir. Doğu Avrupa ve Rusya’da komünizmin çökmesinden bu yana, söz konusu ülkelerde iş insanları siyasetçi olarak öne çıkmaya başlamıştır. Rusya’da 1991-2005 yılları arasında 259 valilik seçiminde aday olan 247 iş insanı ile ilgili yapılan bir çalışmada özgür basın gibi kurumların güçlü olması halinde, iş insanlarının aday olmaya eğilimli olmadıkları ifade edilmiştir. Seçilenlerin hesap verebilirliğinde rol oynayan kurumların güçsüz olması halinde iş insanları, demokratik sisteme yine de zarar verebilecekken seçilmişlere lobicilik yapmanın maliyetinden/külfetinden kaçınmak için seçimle göreve gelmeye çabalamaktadır. Bu bölgelerde meslekten siyasetçiler, milletvekilliğinin getirisi bilhassa büyükken iş insanlarını dışarı itmektelerdir.¹³ Söz konusu analizde avukatlar yer almamıştır.

Bununla beraber kendi sistemimizde dahi nedenselliğe ilişkin sorunlar bulunmaktadır. Avukat milletvekilleri mutlaka hukuka içten bağlı olmayıp hukuku siyasetin bir yolu olarak seçmişlerdir. 1930’larda İçişleri ve Dışişleri Bakanı, 1940-1945 yıllarında *Lord Şansölye* (*Lord Chancellor*¹⁴) olarak görev yapan ve 1906 yılında Avam Kamarası’na girdiğinde Baro’da hatırı sayılır bir deneyime sahip olan (daha sonra *Viscount* ismini alan) *John Simon*, hukuku insanlığın yüksek derecedeki

11 Gavriel Hollander, ‘Focus: Lawyer Parliamentary Candidates - Win Some, Lose Some’ *The Lawyer* (17 May 2010).

12 ‘Selection Bias in Politics. There Was a Lawyer, an Engineer and a Politician . . . Why Do Professional Paths to the Top Vary So Much?’ *The Economist* (16 April 2009).

13 S Gehlbach, K Sonin, E Zhuravskaya, ‘Businessman Candidates’ (2010) 54 *American Journal of Political Science* 718, 732.

14 ç.n.:*Lord Şansölye* geçmişi yüzyıllara dayanan çok eski bir devlet makamıdır. Başbakanın tavsiyesi üzerine Monark (şu an Kraliçe) tarafından atanır ve Kabinenin bir üyesidir. Adalet Bakanı (*Secretary of State for Justice*) olarak Adalet Bakanlığı’nın da başıydı. *Lord Şansölye*, 2005 tarihli Anayasa Reform Kanunu’ndan önce yargının başı, ve Lordlar Kamarası’nın yargı yetkisi bağlamında, en kıdemli hâkimiydi. İlgili Kanunun kabulünün ardından artık yargının başı, *Lord Chief Justice*’dir. Bkz. UK Parliament, *Lord Chancellor*, Erişim:07.01.2020, <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/lord-chancellor/>

bir başarısı olarak değil ve fakat basitçe kişinin geçimini sağlamasının bir yolu olarak görmüştür.¹⁵ Bu husus bana daha sonra Adalet Bakanı ve *Lord Şansölye* görevine getirilen, bir *Kraliçe Avukatı* (*Queen Counsel/QC*¹⁶) olan milletvekili *Kenneth Clarke* tarafından, kendisiyle Aralık 2011’de Londra Ekonomi Okulu’nun Hukuki Biyografi projesi için yaptığım röportajda olduğu gibi aktarılmıştır. Cambridge Üniversitesi’nde tarih bölümüne kabul edilen fakat başlamadan önceki yazda kararını değiştiren *Clarke* bu durumun sebebini şöyle açıklar.

Tarihe olan ilgim devam etti. Sonrasında oldukça faydacı bir yaklaşıma sahip oldum...Bir çok siyasetçinin avukat olması sebebiyle, avukat olursam siyasetçi olabilmenin daha kolay olacağına ve böylelikle avukat olmaya karar verdim. Bir bira fabrikasında çalışıp biraz para kazandım – Paskalya’da okuldan ayrıldım – Nottingham’da bir solicitor’un bürosunda hukuku sevip sevmediğimi ve bunun bana uygun olup olmadığını görmek için ücretsiz olarak çalışmaya başladım. Bir nevi hizmetli olarak çalıştığım bu yerde beni genellikle mahkemelerde avukatların buldukları yerin arka tarafında oturmam için gönderirdi... Bu solicitor bürosunu oldukça sevdiğime fakat bir barrister olmayı tercih ettiğime karar verdim. Mahkemede görünmeyi ve savunma yapmayı daha çok sevdim. Böylelikle muhtemelen Baro’ya kaydolmaya karar verdim...¹⁷

Aynı husus, milletvekili *Jack Straw* tarafından, 1974 yılında Kabine üyeliğine getirilen milletvekili *Barbara Castle*’ın siyasi danışmanı olması için kendisine teklif götürüldüğünde, muhafazakâr milletvekili ve *Kraliçe Avukatı Edward Gardner*’ın tavsiyesini istediğinde, dile getirilmiştir. *Gardner* 20 yıl içinde kendisini Kabinede mi yoksa Yüksek Mahkeme’de¹⁸ mi görmek istediğini sormuş, *Straw* ise cevap olarak birincisini istediğini belirtmiş¹⁹ hukuk vekilliğini bırakıp işi kabul etmiştir. Sonrasında, *Barbara Castle*’ın yerine milletvekilliğini devralmış ve nihayetinde İçişleri, Dışişleri, Adalet Bakanlığı ve Lord Şansölye görevlerine getirilmiştir.

15 Viscount Simon, *Retrospect* (London, Hutchinson, 1952) 61.

16 ç.n: *Kraliçe Avukatı*. Mesleğinde başarılı olup kendisini gösteren *barrister*’lara verilen bir payedir. Bu payenin verildiği bir *barrister* “ipek giyer”, “ipek giymek”ten kasıt, diğer sıradan *barrister*’ların cübbelerinden farklı olarak ipekten yapılmış cübbe giymeleridir. “İpek giyen” ve Kraliçe avukatı (*Queen’s Counsel/kısaca QC*) payesi alan bir *barrister*, sıradan *barrister*’ların aldığı davaları artık alamaz. Bkz. Hamson J C., “İngilterede Avukatlık Mesleği”, M. Kapani çev., *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C:6, S:1, 1954, s.296, Erişim:07.01.2020, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/358/3755.pdf>

17 Röportajın pod cast’i, *Hukuki Biyografi* web sitesinde mevcuttur. Ayrıca bkz. M Balen, *Kenneth Clarke* (London, Fourth Estate, 1994) 24.

18 ç.n: Yüksek Mahkeme (*High Court*), Temyiz Mahkemesi (*The Court of Appeal*) ile birlikte İngiltere ve Galler’ın üst derece mahkemesini oluşturmaktadır. Önemli ve karmaşık özel hukuk davalarını ve aile hukuku davalarını ilk derece mahkemesi olarak karara bağlar; *Queen’s Bench*, *Aile* ve *Chancery* olmak üzere üç ana daireye ayrılır. Bkz. Courts and Tribunals Judiciary, *High Court*, Erişim:08.01.2020, <https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/high-court/>

19 Jack Straw, *Last Man Standing, Memoirs of a Political Survivor* (Basingstoke, Macmillan, 2012) 94–95.

Nispeten yakın zamana kadar Baro'daki bir kariyer (yanı sıra diğer pozisyonlar) ile milletvekilliğini bağdaştırmak mümkündür. Seçim bölgesine ilişkin görevler hafifti veya yoktu ve Parlamento çalışma saatleri ve ücreti akla ikinci bir iş yapma fikrini getiriyordu. Bu nedenle I. Dünya Savaşı öncesinde (ilerleyen zamanda Başbakanlık yapan) *HH Asquith*, (ilerleyen zamanda Savaş Bakanlığı ve Lord Şansölye'lik yapan) *Richard Haldane*, ilerleyen zamanda *Lord Chief Justice*²⁰ ve Hindistan Genel Valisi) *Rufus Isaacs*, (ilerleyen zamanda *Lord Birkenhead* olarak *Lord Şansölye* olacak olan) *FE Smith*, *John Simon* ve (sonrasında *Lord Chief Justice*) *Gordon Hewart*, hem Baro'da hem de Parlamentoda eş zamanlı olarak çalışmışlardır. *Asquith* 1886 yılında milletvekili olmuş fakat Baro'daki kariyerinin uçuşa geçmesi bundan sonra olmuş ve *Asquith* 1890'da *Kraliçe Avukatı* seçilmiştir. 1892-1895 yılları arasında İçişleri Bakanlığı yaptıktan sonra eşi Margot'a alışık olduğu yaşam tarzını sağlamak için – *Cavendish Meydanı*'nda bir evleri ve 14 hizmetçileri bulunmakta ve müsrif bir yaşamları bulunmaktaydı ki bu durumdan ancak 1905 yılında Maliye Bakanı (*Chancellor of the Exchequer*) olduğunda vazgeçmiştir – Baro'ya geri dönmüştür (bu sırada hâlâ milletvekilidir).²¹ *Haldane*, 1890'lar ve 1900'lerin başında milletvekili iken temyiz mahkemesinde yoğun bir mesai yapmıştır.²² *Rufus Isaacs* 1904 yılında *Reading* milletvekili olduğunda halihazırda *Kraliçe avukatı* olup gün boyunca ya mahkemede ya da büroda idi. Akşamları, Avam Kamarası'nda bulunduğu Genel Kurul'da değilse, kütüphanede davaları ile ilgili olarak çalışırdı. Bu dönemle ilgili olarak “eve vardığımda çok yorgun oluyordum” demiştir.²³ Avam Kamarası üyesi olduğunda *Simon*'un kazancı ilk kez azalmış ve “iki yıl sonrasında, 1908'de *Kraliçe Avukatı* olana kadarki ara dönemde avukat olarak her zamankinden daha gayretli olmak zorunda” kalmıştır.²⁴ *FE Smith* 1906'da Avam Kamarası üyeliğine seçildiğinde, Liverpool'dan taşınmasının ardından Londra'da avukat olarak çalışmaktaydı. Siyasi ününü hızlıca yaymasına rağmen, Baro'da da yoğun olarak çalışıyordu ve hayatının önemli bir kısmını trenle yolculuk yaparak geçirmekteydi.²⁵ *Gordon Hewart*, 1913 yılında milletvekili seçilmesinden sonra Başsavcı tarafından *Northern* yargı dairesi içinde cinayet dâhil olmak üzere önemli davalarda bilgilendirilmeye devam etmiştir.²⁶

Aynı durum I. ve II. Dünya Savaşı arası ve II. Dünya Savaşı sonrası dönemde de devam etmiştir. *Stafford Cripps* 1920'lerde Baro'da deneyim kazanmış, 1930 İşçi

20 ç.n: *Lord Chief Justice* İngiltere ve Galler bakımından yargının başı olan kişi. Ayrıca İngiltere ve Galler Mahkemelerinin de başkanıdır ve yargının görüşlerinin Parlamento ve Hükümete karşı temsiliyle görevlidir. Bkz. UK Parliament, *Lord Chief Justice*, Erişim:07.01.2020, <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/lord-chief-justice/>

21 R Jenkins, *Asquith* (London, Collins, 1964) 38, 48, 50, 90–92; S Koss, *Asquith* (London, Allen Lane, 1976) 26, 29, 43–44, 74.

22 R Heuston, *Lives of the Lord Chancellors 1885-1940* (Oxford, Clarendon, 1964) 195–97.

23 H Montgomery Hyde, *Lord Reading* (London, Heinemann, 1967) 61

24 Viscount Simon, *Retrospect* (n 9) 47.

25 J Campbell, *FE Smith* (London, Jonathan Cape, 1983) 162.

26 R Jackson, *The Chief* (London, George G Harrap, 1959) 66.

Hükümeti'nde *Solicitor General*²⁷ olarak atanmasının ardından Avam Kamarası'na girmiştir. *Cripps*, 1931 seçimlerinde ayakta kalan nispeten az sayıdaki İşçi Partisi milletvekilinden birisidir. 1930'larda nihayetinde İşçi Partisi'nden ihracıyla sonuçlanan garip bir siyasi gidişatın ardından, *barrister* olarak, partiye mali yarar sağlaması olası önemli şekilde çalışmaya devam etmiştir.²⁸ Hem önde gelen bir *Kraliçe Avukatı* hem de Liberal (Parti) milletvekili olan (ilerleyen zamanda *Birkett J* ve *LJT* olan) *Norman Birkett*, bu sebeple rakibi Muhafazakâr (parti) milletvekilleri tarafından, Parlamenter yükümlülüklerine yeterince önem vermediği yönünde eleştirilmekteydi.²⁹ 1935 yılında Avam Kamarası'na girdiğinde 48 yaşında bir *Kraliçe Avukatı* olan *DN Pritt*, 1940 yılında İşçi Partisi'nden ihraç edilmesine rağmen 1950'ye dek milletvekilliği yapmayı sürdürmüştür. Sonraları avukatlık faaliyetleri ile Parlamenterlik görevlerini üç günlük işi bir güne sığdırarak yürüttüğünü söyleyecektir.³⁰ 1938'de çekişmeli *Oxford* ara seçimini kazanan (sonra *Viscount Hailsham LC* adını alan) *Quintin Hogg*, Muhafazakâr Parti'nin 1945 yılındaki yenilgisinin ardından (Genel Kurul'daki) bakanlık sıralarından inip Baroda tekrar çalışmaya başlamasından “basitçe söylemek gerekirse geçimimi sağlamak zorundaydım” şeklinde bahseder.³¹ “Westminster'daki *whip*'lerin³² talepleriyle” avukatlık işlerini birleştirmenin gittikçe zorlaşmasına rağmen kısa sürede önemli bir avukatlık faaliyeti ortaya koymuştur³³. Londra Ekonomi Okulu'nun röportajında *Ken Clarke* 1960 ve 1970'lerde bürosu *Birmingham*'da olmasına rağmen, avukatlık faaliyetini ne şekilde devam ettirdiğini tarafıma anlatmıştır.

27 ç.n: Resmî adı İngiltere ve Galler *Solicitor General*'ı olan *Solicitor General*, Tâc'ın (Kraliçe'nin) hukuki danışmanlarından (*law officer*) biridir. Bu sıfatla yürütme organı içindeki bütün mercilere hukuki tavsiyede bulunur ve mahkemede temsil eder. Görev alanına giren konularda *Attorney General*'ın yardımcısı konumundadır, havale ettiği işlerde ona vekâlet eder. Aynı zamanda Avam Kamarası ve Hükümet üyesidir; Avam Kamarası'nda Hükümete yöneltilen hukuki konuların cevaplanmasında rol alır; önemli davalarda Tâc/Kraliçeyi temsil eder. Bkz. Gov.uk, *Solicitor General*, Erişim:08.01.2020, <https://www.gov.uk/government/ministers/solicitor-general>; Pound R., “Legal Profession in England from the End of the Middle Ages to the Nineteenth Century”, *Notre Dame Law Review*, C:19, S:4, 1944, s.323, Erişim:08.01.2020, <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3938&context=ndlr>

28 Bkz. S Burgess, *Stafford Cripps* (London, Victor Gollancz, 1999) 72, 87. Söz konusu onyıllara ait hukuk raporlarında, esas olarak fikri mülkiyet, iş davaları ile (Bakanların Kabine üyesi olarak değil Danışma Kurulu üyesi olarak, tarihi ve diğer sebeplerle görev alanına giren konularda Hükümet-Parlamento ve Kraliçe arasında kurumlararası anlaşmanın sağlandığı bir mekanizma olan) Danışma Kurulu (*Privy Council*) temyiz davaları kayıt altına alınmıştır. *Stafford Cripps*, Avustralya Anayasası'nın 92'nci maddesi ile ilgili *James v Avustralya Federal Devleti* (1936) AC 578 (PC) davasında, Avustralya Adalet Bakanı, sonrasında Başbakan olan –bu bölümün ilerleyen kısmında kendisinden bahsedilecek *RG Menzies*'e karşı kazanan taraftır.

29 H Montgomery Hyde, *Norman Birkett* (London, Hamish Hamilton, 1964) 322.

30 DN Pritt, *From Right to Left* (London, Lawrence & Wishart, 1965) 87.

31 Lord Hailsham, *A Sparrow's Flight* (London, Collins, 1990) 241. See also G Lewis, *Lord Hailsham* (London, Jonathan Cape, 1997) 107–09.

32 ç.n: *Whip*'ler Avam Kamarası veya Lordlar Kamarası'nda, partileri tarafından, kendi partilerinin milletvekillerini bilgilendirmek ve organize etmek içini atanmış milletvekili veya Lordlardır. Sorumluluklarından birisi, kendi partilerinden olan milletvekili veya Lordların oylamalara katılması ve parti politikası dahilinde oy kullanmalarını sağlamaktır. Bkz. UK Parliament, *Whips*, Erişim:07.01.2020, <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/whips/>

33 ibid 245–46.

Bunu gerçekten yapan son kişi ben olmalıyım. . . Avukatlık faaliyeti ile Parlamento üyeliğini birleştirdim. . . [Mahkemelerde] duruşmalar genellikle 10.30’da başlar 16.00’ya kadar devam ederdi. New Street istasyonuna [Birmingham], oradan Londra’ya, Avam Kamarası’na giderdim. Avam Kamarası’nda Genel Kurul görüşmeleri, en azından genellikle, 22.00’ye kadar devam ederdi. Kendimi genelde Londra’dan hareket eden gece yarısı treninde bulurdum. Londra’da kalacak bir yerim vardı. İşlerimin yoğun olduğu zamanlarda bir duruşmaya katılmak ya da bir dava dosyasını eve döndüğümde okumak ve sabah mahkemeye gitmek için kuzeye seyahat ederdim. Epeyce yorucu olurdu. . . . [O] günlerde bir milletvekili olarak zamanınızı ayarlama şansınız vardı ve sekreterimin de yardımıyla – çok yardımcı ve destekleyici bir sekreterim vardı – mahkemelerdeki dava listelerinizi biraz olsun düzenleyebilirdiniz. . . . Gölge kabine (shadow cabinet)³⁴ üyesi olarak bir komisyona katılmak zorunda olduğumda, kâtime Salı günleri veya her ne zaman idiye, mahkemede olamayacağımı belirtir, belli davaları başka güne aldırılmaya çalışırdım.

Hukuk, en azından, milletvekili maaşlarının olmadığı veya düşük olduğu zamanlarda ek gelir kaynağı demektir.³⁵ II. Dünya Savaşı’na kadar, milletvekili olmak, bir avukat için mesleki şöhrete giden bir yol olması sebebiyle kariyer açısından cazipti. 19’uncu yüzyılda bu, kesin bir algı ve bir dereceye kadar gerçeklikti.³⁶ Bu nedenle *barrister* olan herhangi bir milletvekilinin, aksi takdirde mesleği gereği meşru olmayacak olsa bile *Kraliçe Avukatı* olması (Parlamentoda “ipek giymesi”³⁷) mümkündü. Milletvekili olmak ayrıca yargısal atamalar bakımından da bir yol olarak kullanılıyordu. Başbakanlık yaptığı dönemde *Lord Salisbury* üst düzey yargısal atamalar bakımından, yazılı olmayan hukukta parti taleplerine her zaman ağırlık verilmesi gerektiği kuralından daha açık bir hüküm bulunmadığını ifade etmiştir.³⁸ *Lord Halsbury*’nin, Lord Şansölye olduğu dönemde bazı fanatik partilileri Yüksek Mahkeme üyeliğine ataması bir skandala yol açmış ve halkın tepkisini çekmiştir.³⁹

34 ç.n: Gölge kabine, iktidardaki Hükümetin kurduğu Kabineyi “yansıtmayı” amacıyla muhalefet partisi lideri tarafından seçilen kıdemli sözcülerden oluşan bir ekiptir. Her bir Gölge Kabine üyesi kendi partisi bakımından belli bir siyaset alanından sorumlu olup bu alanda asıl Kabinedeki karşılık gelen Bakanı sorgular. Bu yöntemle Resmi Muhalefet, (sıradaki) alternatif hükümet olarak kendisini göstermeye çalışır. Bkz. UK Parliament, *Shadow Cabinet*, Erişim:08.01.2020, <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/shadow-cabinet/>

35 Milletvekillerine maaş ödemesine ilk olarak 1911 yılında başlandı. Yıllık £400 tutarındaki maaş 1937 yılında kadar değişmemiş, bu yıldan sonra düzensiz aralıklarla artmıştır. Lawrence Komisyonu’nun tavsiye kararlarının bir sonucu olarak 1964 yılında bir milletvekili maaşı yıllık £1,500’dan £3,250’a yükseltilmiştir. 1975’de Üst Düzey Maaşların İnceleme Kurumu’nun önerisiyle £4,500’dan £5,750’a çıkmıştır. 1997 yılı itibarıyla ise £43,860 idi; bkz Avam Kamarası, Milletvekili Giderleri Komisyonu, 2009 tarihli Parlamento Standartları Kanunu’nun İşleyişi Raporu (HC 2011, 1484) 8–11.

36 D Duman, *The Judicial Bench in England 1727-1875* (London, Royal Historical Society, 1982) 75–78.

37 Bkz. 15 no.lu dipnot.

38 R Andrews, *Lord Salisbury: Political Titan* (London, Weidenfeld & Nicolson, 1999) 684.

39 R Heuston, *Lives of the Lord Chancellors 1885-1940* (n 13) 40–63; J Hostettler, *Lord Halsbury* (Chichester, Barry Rose, 1998) 110–12.

Lord Devlin geçen yüzyılın ortasına kadar, mahkeme üyesi olarak atanmanın en kısa yollarından birinin, siyasi açıdan ipler elde tutulurken yapılan kısa bir Parlamento kariyeri (milletvekilliği) olduğunu söylemiştir.⁴⁰

Milletvekilliğinin yanı sıra avukat olarak mesleğini sürdürmek, seçim bölgesi ile ilgili görevlerin daha fazla ciddiye alınıyor olması sebebiyle artık mümkün değildir; (milletvekilleri sıklıkla yüceltilmiş sosyal hizmet görevlisi olarak davranılsa da, genel anlamda iyi de olmuştur) ayrıca Parlamento çalışma saatleri gün boyu mahkeme veya büroda çalışıp, akşamları Parlamento’da bulunmak açısından elverişsizdir. 1997 genel seçimlerinden sonra oluşan Parlamentoda, çalışma saatleri 14.30–22.30 idi (görüşmelerin 22.30’da tamamlanmasının mutlak olmaması göz önünde bulundurulur). Çalışma saatlerinin daha “aile dostu” hale getirilmesi amacıyla 1999’dan itibaren birleşimlerin Salı günü 11.30’da başlayıp 19.00’da sona ermesi öngörülmüştür. 2003 yılından itibaren ise birleşimlerin hem Salı hem de Çarşamba günleri 11.30’da başlaması düzenlemesine gidilmiştir.⁴¹ Ayrıca 9.30’da da toplanabilen daimi denetim komisyonları (*select committees*⁴²), hevesli *back-bencher*⁴³ milletvekilleri için daha uygun bir mecra haline gelmiştir. Baro’da dosya üzerinden çalışma mümkün olabilir iken, milletvekilinin olağan Parlamento faaliyetine katılması söz konusu olduğunda dava takip etmesi söz konusu olamaz. “İpek giymek” bakımından ise, *Lord Şansölye* olduğu dönemde *Lord Mackay* 1990’lı yıllarda bu görevini (*Kraliçe Avukatlığı*) sona erdirmiştir. Yargısal atamalar, II. Dünya Savaşı sonrası dönemde büyük çapta parti siyasetinden ayrılmıştır.⁴⁴ 2007 yılından bu yana yargısal atamalar siyaset eliyle değil ve fakat Yargısal Atamalar Komisyonu tarafından yapılmaktadır.

Avukat milletvekillerinin, Avam Kamarası’na seçtiklerinde, mutlaka hukuki müzakerelere veya komisyonlarla ilgili faaliyet yürütmeleri ya da bakanlık

40 Patrick Devlin, *Taken at the Flood* (Privately printed, 1996) 152. See also R Stevens, *The Independence of the Judiciary* (Oxford, Clarendon, 1993) 83.

41 R Kelly, ‘Sitting hours’, House of Commons Library Standard Note, 18 July 2012.

42 ç.n: Daimi denetim komisyonları, hem Avam hem de Lordlar Kamarası’nda bulunan ve bakanlıkların faaliyet alanından ekonomik işlere kadar farklı birçok alanda denetim ve raporlama yapmakla görevli komisyonlardır. Avam Kamarası’ndaki daimi denetim komisyonları Hükümet faaliyetlerini denetlemekle görevlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kayatekin K B., Çeliker E., Öksüz D. vd., İngiltere Avam Kamarasında Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri, TBMM Araştırma Merkezi Raporu, Aralık 2019, s.49,25-30, Erişim:08.01.2020, http://intranet.tbmm.gov.tr/webortak/arastirma/HKM_R_22677_INGILTERE_AVAM_KAMARASINDA_YASAMA__DENETIM_VE_BUTCE_SURECLERI.pdf (sınırlı erişim)

43 ç.n: Arka sıra milletvekilleri. Bu adlandırmanın sebebi, Genel Kurul salonunda ön sıralarda oturan ve ön sıra milletvekilleri (*frontbenchers*) olarak adlandırılan kendi partilerinin sözcülerinin arkasındaki sıralara oturmalarıdır. Söz konusu üyeler bakan veya muhalefet gölge kabinesi üyesi değildirler. Her iki kamarada da bulunabilirler. Avam Kamarası’nda *backbench* milletvekilleri tarafından ileri sürülen konuların görüşülmesine ayrılan zamanda hangilerinin görüşüleceğine karar veren bir *Backbench* İşleri Komisyonu bulunmaktadır. Bkz. UK Parliament, *Backbench (Backbenchers)*, Erişim:08.01.2020, <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/backbenches/>

44 D Woodhouse, *The Office of Lord Chancellor* (Oxford, Hart Publishing, 2001) 140–42; K Malleon, ‘Appointments to the House of Lords: Who Goes Upstairs?’ in L Blom-Cooper, Brice Dickson and G Drewry, *The Judicial House of Lords 1876-2009* (Oxford, Oxford University Press, 2009) 119. But see J Griffith, *The Politics of the Judiciary*, 5th edn (London, Fontana, 1997) 17.

görevinde bulunmaları gerekmez. Bazı açılardan bu durum yalnızca fırsat eksikliğine yol açabilirdi. Diğer açılardan, her halükarda beklenen ilerleme hukuki değil, siyasi olduğundan bu, açık bir tercihti. Hukuk, basitçe amaca götüren bir araçtı. Nitekim *John Simon* 1910 yılında, daha geniş anlamda bir siyasi kariyer istemesi sebebiyle *Solicitor General* olarak atanmaktan nasıl kaçındığını açıklar. Aynı sebeple 1915 yılında kendisine yapılan bir teklif olmasına rağmen *Woolsack*'⁴⁵ (Lordlar Kamarası Başkanlığı) reddetmiştir.⁴⁶ *Rufus Isaacs*, *Lord Chief Justice* görevinde olmasına rağmen hukukun faydacıl olduğu görüşündeydi. Daha sonra *Hindistan Genel Valisi* olarak atandığında: 'Elimde olursa bir daha bir hukuk dosyasına bakmayacağım!' demiştir.⁴⁷ Yukarıda sözü edilen röportajda *Ken Clarke* bu konudaki yaklaşımını şu şekilde açıklamıştır.

Farklı bir yol seçmiş oluyorsun. Siyasi avukat olmamaya oldukça kararlıydım. . . . Genel olarak siyasete çok ilgiliydim. Hukuk ve siyaseti ayrı tuttum. Avukatlık işlerim Batı Midland'da, siyasi işlerim ise Doğu Midland'da idi. Birmingham hukuk; Nottingham siyaset içindi. . . . Tam anlamıyla bir hukuk kariyeri isteseydim siyasete atılmanın bir anlamı olmadığına karar verdim. Neden sadece Baro'ya bağlı kalınmasın? Böylece siyasete, tam olarak ilgi alanım hukuktan çok daha geniş olduğu için girdim. Backbencher milletvekili iken, daha önce avukatlık yapmış olduğumun reklamını yapmadım. Hukuki konularda konuşmamaya özen gösterdim.

Bütün avukatlar mesleklerini aynı hevesle terk etmediler. 1905'de *Haldane*, *Woolsack*'ı (Lordlar Kamarası başkanlığı) çok istemiş fakat Savaş Bakanlığı ile yetinmek zorunlu kalmıştır.⁴⁸ Milletvekilliğinin ilk yıllarında *FE Smith*, ceza davaları temyiz mahkemesi kurulması, aile hukuku reformu ve uluslararası hukuk gibi bazı önemli hukuki görüşmelere katılmış ve bunu, o zaman karakteristik hale gelen partizanca bir tarzda yapmamıştır.⁴⁹ *Rush* ve *Baldwin* avukat milletvekillerinin rolünü sorular, konuşmalar ve komisyon çalışmaları gibi Parlamento faaliyetlerine bakarak ölçmeye çalışmıştır. 1994-45'inci döneme ilişkin yapılan daha ayrıntılı inceleme, avukat milletvekillerinin daimi komisyonlarda hukuk reformu öngören kanun teklifleri ve avukatların ilgi alanına giren konular dolayısıyla daha fazla yer aldıklarını ortaya koymasına rağmen, ham rakamlar önemli farklılıkları ortaya çıkarmamıştır.⁵⁰ Şaşırtıcı bir durum bulunmamaktadır; eğitimle ilgili görüşmeler öğretmenleri, tarımla ilgili olanlar çiftçileri, dişçilikle ilgili olanlar ise diş hekimlerini cezbeder. Tabii ki bu konularda başkalarının katılımı da olacaktır, bununla beraber geçmişte çok sayıda avukat milletvekilinin hukuki konular görüşülürken diğerlerini sıkıntıya soktukları olmuştur.

45 ç.n: *Woolsack*, Lordlar Kamarası Başkanının oturduğu yere verilen ad. Yünle doldurulmuş kare şeklinde kırmızı renkte büyük bir minder olan *woolsack*, yün ticaretinin ekonominin önemli bir kısmını oluşturması dolayısıyla çok uzun süreden beri kullanılmakta ve ülkenin zenginliğini simgelemektedir.

46 Viscount Simon, *Retrospect* (n 9) 75, 103.

47 Montgomery Hyde, *Lord Reading* (n 14) 327.

48 S Koss, *Lord Haldane. Scapegoat for Liberalism* (New York, Columbia University Press, 1969) 35–36.

49 Campbell, *FE Smith* (n 16) 169.

50 Rush and Baldwin, 'Lawyers in Parliament' (n 4) 160–62.

Niteliksel açıdan avukatların hukukla ilgili konuların değerlendirilmesine özel bir katkıları olmuş mudur? Fazlasıyla taraftara sahip olan bir görüş, kendi kişisel çıkarları dışında hiçbir şey getirmediği yönündedir. Haksız şekilde alaycı, küçümseyici bir yaklaşımdır. Bununla birlikte siyasete özgürlükler, insan hakları ve icracı hükümet yetkisi gibi konularda saf bir ilgi gösterenlerin sadece avukatlar olduğunu düşünmek yanlış olur. Önemlisi, haklarla ilgili kaygılar Parlamentoda bir dereceye kadar kurumsallaşmıştır. Şu anda örneğin, Ortak Komisyon⁵¹, Avam Kamarası İkincil Mevzuat Daimi Denetim Komisyonu ve daha önemlisi İnsan Hakları Ortak Daimi Denetim Komisyonu bu alanlarda faaliyet göstermektedir. Bu komisyonlardan ilki ikincil mevzuatı; mahkemede ihtilaf konusu olabilecek nitelikte hüküm içerip içermediği, dayanağı olan birincil mevzuatın bu konuda açık yetki tanımadığı hallerde geçmişe etkili hüküm taşıyıp taşımadığı, verilen yetki dâhilinde olup olmadığı, dayanağı olan birincil mevzuatın tanıdığı yetkilerin olağan olmayan ve beklenmedik şekilde kullanılmasını öngörüp öngörmediği açılarından inceleme -alelade fakat önemli- görevini üstlenmiştir.⁵² Daha yeni bir Komisyon olan İnsan Hakları Ortak Komisyonu, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu uyarınca çıkarılan Düzeltici Kararname'leri gözden geçirmekle görevlidir. Bununla birlikte Komisyon, birçok raporunda insan hakları ile ilgili konuları özellikle Parlamenta sunulan kanun önerilerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen haklarla uygunluğunu incelemiştir.⁵³ Söz konusu Komisyon üyelikleri hiçbir şekilde avukat milletvekillerine hasredilmemiştir.

Hükümet içinde bu konular özellikle Kraliyet hukuk müşavirlerinin (*law officers*⁵⁴) – İngiltere ve Galler'de *Attorney General*⁵⁵ ve *Solicitor General* – görev alanına girmektedir. Söz konusu bakanlar Parlamentodur ve en az bir tanesi Avam Kamarası'nda hazır bulunur. (1997 yılına kadar her iki Kraliyet hukuk müşaviri de hazır bulunurdu; bu uygulamaya 2010 yılında tekrar dönülmüştür.) Parlamenta

51 ç.n: Avam Kamarası milletvekilleri ile Lordlar Kamarası üyelerinden oluşan komisyonlara verilen ad. Daimi Denetim Komisyonları ile aynı yetkilere sahip bu komisyonların bazıları, İnsan Hakları Ortak Komisyonu gibi sürekli, bazıları ise geçici niteliktedir. Bkz. UK Parliament, *Joint Committees*, Erişim:08.01.2020, <https://www.parliament.uk/about/how/committees/joint/>

52 Avam Kamarası İçtüzüğü (Public Business, London, 2012) r 151.

53 ibid r 152B. Bkz. eg, J Hiebert, 'Governing Under the Human Rights Act' [2012] Public Law 27, 37–41.

54 ç.n: İngiltere ve Galler bakımından *Attorney General* ve *Solicitor General*, ve İskoçya bakımından *Advocate General for Scotland* (Kuzey İrlanda bakımından *Attorney General* bağımsız bir görev olarak *Advocate General for Northern Ireland* sıfatını taşır.), Birleşik Krallık'taki üç Kraliyet hukuk müşaviridir ve Adalet Bakanına (*Secretary of State for Justice*) bağlıdır. Bu kişiler Kraliçeye ve Hükümet bakımından hukuki danışmanlık vermek ve mahkemede temsil etmekle görevlidir.

55 ç.n: *Attorney General*, Tâc'ın (Kraliçe'nin) baş hukuk müşaviridir. Bundan bağımsız olarak kamuya ilgili başka görevleri de bulunmaktadır. Örneğin Hukuk Müşavirliği birimleri (Kraliyet Savcılık Birimi, Ağır Dolandırıcılık Ofisi, Kraliçe'nin Kraliyet Savcılık Birimi Müfettişliği, Hükümet Hukuk Birimi) üzerinde denetim yetkisine sahiptir. *Attorney General* Hükümetin bir üyesidir fakat tam olarak bir Kabine üyesi olmayıp diğer bakanlardan farklı bir statüdedir. Görüşüne ihtiyaç duyulduğunda Kabine toplantılarına katılan bir politikacıdır ve kıdemli bir avukattır. *Attorney General*'in esas görevi Hükümetin, bakanların hukuka uygun davranmasının teminidir. Bkz. Gov.uk, *Attorney General*, Erişim:08.01.2020, <https://www.gov.uk/government/ministers/attorney-general>; Gov.uk, *The role of the Law Officers*, Erişim:08.01.2020, <https://www.gov.uk/government/speeches/the-role-of-the-law-officers>

sunulmadan önce bütün kanun tekliflerinin, Avam Kamarası Başkanı'nın başkanlık ettiği ve *Attorney General*'ın üyesi olduğu şimdiki adıyla Parlamento Faaliyetleri ve Yasama Komisyonu tarafından onaylanması gerekir. Bu sebeple komisyon kanun tekliflerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygunluğu belirtir, Hükümet birimlerinde (bakanlık ve diğer) görevli avukatlar tarafından Kraliyet hukuk müşavirlerine yapılan incelemenin kapsayıcı olduğu ve güvenilir argümanlar içerdiğini temin için sunulan bir memorandumun eklenmesi zorunludur.⁵⁶ Kraliyet hukuk müşavirleri ayrıca kanun tekliflerindeki geçmişe etkili madde ve erken işlerlik kazanan hükümleri onaylamalıdır. Müşavirler tarafından, kanun tekliflerinde yer alan ve başkanlar veya diğer birimler tarafından kendilerine verilen yetkiye dayanarak yasal düzenleme yapma yetkisinin sınırları gibi vaktiyle 'müşavir konuları' olarak bilinen konulara çok dikkat edilir.⁵⁷

III. MİLLETVEKİLLERİ VE HÂKİMLER

2011 yılının başlarında Başbakan'a Sorular'da, Başbakan'a Yüksek Mahkemenin cinsel suç failleri kütüğü ile ilgili verdiği karar soruldu. Yüksek Mahkeme oybirliğiyle verdiği ilgili kararda 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu'nun bazı kısımlarının – ileride yapılacak bir kişisel gözden geçirme mekanizması olmadan cinsel suç faillerinin belirsiz bildirim yapılmasını öngören hükümlerinin – AİHS'in 8'inci maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁵⁸ Başbakan şöyle demiştir:

Saygıdeğer arkadaşım, mahkemenin ortak akla tamamen zıt olan bir karar almasının bütünüyle ne kadar incitici olduğunu, bir kere daha, ifade ederken pek çok kişi adına konuşmaktadır. Ağır cinsel suç faillerinin, hâlihazırda yapmakta oldukları gibi, hayat boyu bir kütüğe kaydedilmeleri, bu meclis ve ülke çapında geniş bir destek bulmuştur. Yüksek Mahkeme kararı karşısında dehşete düştüm. Bu karara karşı mümkün olan asgari yaklaşımı benimseyeceğiz... Kararların mahkemeler yerine Parlamentoda alınmasını sağlamanın tam zamanıdır.⁵⁹

Cameron, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin mahkûmların oy kullanma hakkına ilişkin verdiği karar hakkında benzer görüşler ileri sürmüştür.⁶⁰ Bu

56 Cabinet Office, Guide to Making Legislation, April 2013, 11.13.

57 ibid 12.9; House of Commons, Constitutional Affairs Committee, Constitutional Role of the Attorney General (HC 2007, 306) Ev 60; J Edwards, The Law Officers of the Crown (London, Sweet and Maxwell, 1964) 147–48); J Edwards, The Attorney General, Politics and the Public Interest (London, Sweet and Maxwell, 1984) 186–87.

58 R (on the application of F) v Secretary of State for the Home Department [2010] UKSC 17, [2010] AC 331.

59 Avam Kamarası 16 Şubat 2011 tarihli görüşme, Cilt 523, col 955. Ayrıca bkz. David Cameron'un yorumu: 'Hâkimler bir çeşit gizlilik hukuku yaratmaktalar, oysa ki bir parlamenter demokraside olması gereken kararların – seçip oraya koyduğunuz – Parlamentoda alınmasıdır. . .': The Guardian, 21 Nisan, 2011.

60 Hirst v United Kingdom (No 2) [2005] ECHR 681, (2006) 42 EHHR 41. Bkz. Başbakan'a Sorular, Avam Kamarası Tutanakları 24 Ekim 2012, cols 922–23.

düşünceler ve bunların kamuoyunun kayda değer bir kesimindeki yankısı kolayca göz ardı edilemez. Parlatmentonun, AİHS’de düzenlenen hakların hayata geçirilmesi yetkisini mahkemelere devrettiği şekilde bir karşılık, söz konusu hakların belli durumlarda farklı anlamlara gelebildiği durumlarda, yeterli bir açıklama değildir. Mahkemelerin 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu uyarınca sahip oldukları yasal düzenlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırı olduğunu ilan yetkisini, ABD ve Avustralya’da olduğunu aksine Britanya mahkemelerinin sahip olmadığı, Sözleşmeye aykırılık taşıyan yasal düzenlemeleri fesih yetkisi ile ayrıştırmak da ayrıca yeterli değildir. Siyasi gerçeklik şudur ki, mahkeme bir kez Sözleşme ile bağdaşmazlığı tespit ettikten sonra Hükümet üzerindeki ilgili düzenlemenin değiştirilmesi yönündeki baskı bariz hale gelir. Bu sebeple Başbakan, her ne kadar verdiği cevapta daha uygun sözcükler kullanabilir idiyse bile, demokratik bir toplumda mahkemelerin rolüne ilişkin makul bir endişe ortaya koymuştur. Parlamento mahkûmların oy hakkını, kötümserlerin beklemediği bir olgunlukla görüşmüştür.⁶¹

Bu alanda temel öneme sahip en az üç anayasal prensip bulunmaktadır. Bunlardan ilki, demokratik hesap verebilirliktir; ikincisi yargı bağımsızlığı ve üçüncüsü devletin üç erki arasındaki karşılıklı saygıdır. Birinci ilke, temsili demokrasi için yüzyıllar boyunca verilen başarılı mücadelenin Avrupalı birçok ortağımızınkine kıyasla anayasal tarihimizin ayırt edici özelliği olmasına karşın, yeteri kadar anayasa külliyatında belirgin şekilde ortaya çıkmamaktadır. Daha ayrıntılı bir inceleme başka bir zamanda yapılabilir. Yargı bağımsızlığı olan ikinci ilke, yargının toplumdaki rolü ve yargı kararlarının genel kabulü açısından önemlidir. Üçüncü ilke, Parlamento, yürütme ve mahkemeler arasındaki bazen hassas olan dengeyi tanıır.

Bazı ülkelerde, hâkimlerle – Hükümetin etkisi altında oldukları ve – durumun, bir kimsenin mal ve hizmet – özellikle tasarımcı etiketi taşıyan ürünler – satın alması gibi olduğu yönündedir. Kıyasen biz şanslıyız. Yargı bağımsızlığı anayasamızda teminat altına alınmıştır. 2005 tarihli Anayasal Reform Kanunu Lord Şansölye’ye yargı bağımsızlığının muhafazasında özel bir sorumluluk yüklemektedir: Buna göre Lord Şansölye söz konusu bağımsızlığın korunması; yargının görevini yerine getirebilmesinde gerekli desteğin sağlanması ile yargı ve adalet yönetimi ile ilgili konuların, bu konuları etkileyen kararlarda kamu yararının gereken şekilde yer almasına olan ihtiyacı göz önüne almalıdır.⁶² Bununla beraber ilgili Kanun, diğer Kraliyet Bakanlarına da yargı bağımsızlığını koruma ve ‘yargı veya adalet yönetimini ilgilendiren konulara ilişkin sorumlulukları’ yüklemektedir.⁶³ Önemlisi, söz konusu yükümlülük Hükümet Kılavuzu’nda milletvekillerini de dâhil edecek şekilde düzenlenmiştir.⁶⁴

61 Bkz. D Nicol, ‘Legitimacy of the Commons Debate on Prisoner Voting’ [2011] Public Law 681; S Fredman, ‘From Dialogue to Deliberation: Human Rights Adjudication and Prisoners’ Rights to Vote’ [2013] Public Law 292.

62 Sözkonusu Kanun m. 3(6)

63 2005 tarihli Anayasal Reform Kanunu, m. s 3(1).

64 The Cabinet Manual, 1. baskı, Ekim 2011, m. 6.38.

Lord Şansölye'nin 2007'den bu yana Avam Kamarası üyesi olması gerekmekte, 2012 yılından beri ise aynı zamanda avukatlık yapma yasağı bulunmaktadır. Bunda yanlış bir şey bulunmamaktadır. Bununla beraber gelişmekte olan Adalet Bakanlığı Ofisi, Lord Şansölye'nin daha çok politikleşmekte olduğunu göstermektedir. Ofis, şimdi yukarıda olanlar içindir, sadece yolun sonunda olanlar için değil (2007–2010 yılları arasında Lord Şansölye olan *Jack Straw* ve 2010–2012 yılları arasında *Lord Şansölye* olan *Kenneth Clarke* ikinci kategoriye girmektedir). Sonuç olarak, Kraliyet hukuk müşavirleri bakanlar olarak, yargı bağımsızlığının fiilen başlıca koruyucuları olabilirler.⁶⁵ Halihazırdaki *Attorney General* olan, *Kraliçe Avukatı* unvanına sahip *Dominic Grieve*, mahkumların oy hakkı kararının uygulanmasında Britanya'nın AİHS bağlamında sahip olduğu yükümlülükler konusunda, bir dereceye kadar, bu rolü üstlenmiş görünmektedir. Eğer durum böyle olsaydı, Kraliyet hukuk müşavirlerinin yarı-yargısal görevlerine doğal bir katkı olurdu. Aslında söz konusu yarı yargısal görevler yargı bağımsızlığı ile ilişkilidir.⁶⁶ Kraliyet hukuk müşavirlerinin yarı yargısal görevleri esasen kovuşturmalara ilgilidir ve bu durum 1920'lerdeki, İşçi Partisi Kabinesi'nin *Workers Weekly* dergisinin editörü hakkında Hükümete karşı kışkırtıcı yazısı dolayısıyla başlatılan kovuşturmanın durdurulmasındaki rolü hakkındaki, eleştirilerle vurgulanmıştır – Profesör Edward'ın görüşüne göre, *Lord Hewart* ve *Birkenhead* gibi *Attorney General*'ların faaliyetleri dikkate alınmamış, yanlış yönlendirilmiştir.⁶⁷

Devletin üç erki arasındaki karşılıklı saygı, yargıya riayet kavramı (muhtemelen yanlış şekilde adlandırılmış olsa da yine de önemlidir) ve aleyhte bir yargı kararı ile karşılaşmışlarında milletvekilleri ve bakanların sergileyecekleri ihtiyatın ne olması gerektiği gibi birtakım uygulamalar ve gelenekler ile kendisini göstermektedir. Milletvekillerinin yargı kararları hakkında yorum yapmalarını veya hâkimleri eleştirmelerini yasaklayan bir parlamento usul kuralı bulunmaktadır.⁶⁸ Bununla birlikte Yeni Zelanda Kabine Kılavuz'unda olduğu gibi, Bakanların Parlamento dışındaki söylemlerine kıyasen uygulanabilir bir şey bulunmamaktadır.⁶⁹ Karşılıklı saygı diğer kurumların görevleri hakkında bilgi sahibi olmakla geliştirilir. Bazı hallerde hâkimlerin, Parlamento komisyonları önünde bilgi vermeleri, Parlamenter kavrayışa katkıda

65 Bir başka olasılık, Adalet Bakanı ile *Lord Şansölye*'nin pozisyonlarının, *Lord Şansölye*'nin daha tarafsız/nötr, ama daha önceki rolüne tamamen dönmek üzere, ayrılmasıdır.

66 Edwards, *The Law Officers of the Crown* (n 38) 6.

67 Edwards, *The Attorney General, Politics and the Public Interest* (n 38) 317. Yarı yargısal bir şekilde görev yapan Kraliyet hukuk müşavirleri aynı zamanda kamu yararına başka şekillerde de hizmet ederler: örneğin mahkemeye karşı saygısızlık davası açılması yetkisinin kullanılması; karşı tarafa sırf zarar verme amacıyla hareket eden davacıların sınırlanması için işlem başlatmak; belli aile hukuku ve hayır amaçlı işlemlerin başlatılması veya müdahil olmak; ve en önemlisi kamu yararına olan diğer hukuki işlemleri başlatmak veya müdahil olmak. Bunların hiçbiri kendi içinde büyük çaplı olmayan fakat önemli açılardan Kraliyet hukuk müşavirlerinin partizanca hareket etmediğini vurgulayan hususlardır.

68 Avam Kamarası İçtüzüğü, *Public Business*, Londra, 2012, Ek 1, *Matters sub judice*; *Erskine May's Parliamentary Practice*, 24. baskı (Londra, Lexis Nexis, 2011) 444.

69 Bkz Lordlar Kamarası, *Anayasa, Yürütme, Yargı ve Parlamento Arasındaki İlişkiler Daimi Denetim Komisyonu: İzleme Raporu, 2007-08 Yasama Yılı 11. Raporu*, paragraf 8.

bulunmaktadır. Bununla birlikte bunlar genellikle belirli konulara ilişkin olmakta ve yargıya ilişkin halihazırdaki kılavuz ilke, bunun istisnai olması gerektiğidir.⁷⁰ Dahası, hâkimler için daimi denetim komisyonları bakımından halihazırdaki kılavuz ilke, münferit davaların esasları; görevdeki hâkimler, politikacılar veya kamuoyuna mal olmuş diğer kimseler ve daha genel olarak atamaların nitelikleri; herhangi bir kanun teklifinin hükümlerinin içeriği veya olası etkileri ve hakkında yargının resmi bir cevap verme eğiliminde olduğu hükümetten gelen istişare konularına ilişkin görüş bildirmemeleri gerektiğidir. Bütün bunlar yargının tarafsızlığının temini ve yargı bağımsızlığının muhafazası için görece sınırlayıcı ama makul niteliktedir.

Karşılıklı saygı – ve demokratik hesap verebilirlik – milletvekillerinin yüksek yargı atamalarında rolü olsaydı geliştirilebilirdi. Bir milletvekili olarak, özellikle Yüksek Mahkeme hâkimlerinin atanmasında, daha fazla derecede demokratik hesap verebilirliğin olması gerektiği görüşünü ifade ettim. Anayasa Reformu (hakkında) kanun teklifinin kabulü sırasında, Hükümet'in, atama komisyonunun, teklifin ilk halindeki üç isim yerine sadece bir adayın ismini Lord Şansölye'ye sunabileceği yönündeki, kararını eleştirdim.⁷¹ Müzakerelerde ayrıca 'siyaset-dışında tutulan-kült'e/anti-politik ekol'e, siyasetin *quango*'lara⁷² devredilen önemli kararlar dışına çıkarılabileceği yanılmasına dikkat çektim. Çeşitli müzakerelerde Profesör *Robert Hazell*'in yargısal atamaların hâkimlere bırakılamayacak kadar önemli olduğu ve hâkimlerin kendi atamalarını yapan bir oligarşi olarak algılanmalarının çok gerçek tehlikeleri olduğu yönündeki eleştirisini hatırlattım.⁷³ Ancak mevcut amaçlarla alakalı olarak, İngiltere Bankası Para Politikası Komisyonu'na seçilenlerin, Avam Kamarası Hazine Daimi Denetim Komisyonu önüne gelmelerinde olduğu gibi Yüksek Mahkeme üyeliği adaylarının da parlamento komisyonlarına aynı usulle çağırılması ihtimalini ileri sürdüm. Karşılıklı saygı ilkesi hâkimlerin böyle bir tecrübeden korkacak çok az şeyleri olduğu anlamına gelir.⁷⁴

Peki ya madalyonun öbür yüzü olan yargının hükümet ve Parlamento hakkındaki algısı nedir? Hâkimlere ilişkin etnografik çalışmada, *Penny Darbyshire*, hâkimlerin belli sorunlar bakımından hükümeti/yönetimi suçlamaya hazır olma durumunda olduklarını ortaya koymuştur.⁷⁵ Yazar hâkimler arasında, kaynak öncelikleri ve siyasi tercihlerin meşruluğuna dair bir takdir olup olmadığını açıklamamaktadır. Hazine danışmanları, mahkemelerde Hükümeti devamlı temsil eden *barrister*'lar, hükümetin karar alma (yapısına) dair değerli kavrayışlar kazanmaktadırlar. Her ne kadar Yargısal

70 Adli Yürütme Kurulu, 'Hâkimler İçin Daimi Denetim Komisyonlarına (Çağırılma/İfade Verme) Kılavzu', 2012.

71 Avam Kamarası, Anayasa İşleri Komisyonu, Yargısal Atamalar ve Yüksek Mahkeme, 2003-04 Yasama Yılı Birinci Rapor, cilt 1, 63–64.

72 ç.n: yarı otonom hükümet dışı örgüt/kuruluş

73 Bkz. Avam Kamarası Görüşmeleri, 27 Mayıs 2004, Cilt 1 col 499WH; 17 Jan 2005, cols 589–594.

74 Bkz. A Horne, Değişen Anayasa: A Case for Judicial Confirmation Hearings? (Group Paper No I, 2010).

75 P Darbyshire, *Sitting in Judgment. The Working Lives of Judges* (Oxford, Hart Publishing, 2011) 140–41.

Atamalar Komisyonu'nun kurulmasından sonra artık bu garanti edilemese de bir zamanlar Yüksek Mahkeme üyeliğine atanmada etkin bir hakka sahiptiler. Son zamanlarda *Lord Woolf*, *Lord Brown*, *Laws LJ*, *Stephen Richards LJ*, *Charles J* ve *Sales J* gibi eski Hazine danışmanları da hâkimler gibi kamu hukukunun idaresinde önemli rol oynamışlardır. Fakat yönetim ve Parlamento hakkında bilgi, daha doğrudan deneyimden gelmeyecektir. Yaklaşık 40 yıl içerisinde İngiltere ve Galler'deki Yüksek Mahkeme üyeliğine atanan ilk eski milletvekili ve hükümet bakanı olan kişi benim.⁷⁶ Vaktiyle bu, çok kullanılan bir yoldu. 1727 ila 1760 yılları arasında atanan hâkimlerin 25'i veya % 57'si; 1760–1790 arasında 16'sı veya %50'si; 1790–1820 arasında 17'si ya da %59'u; 1820–1850 arasında 23'ü veya %52'si milletvekili idi.⁷⁷ 1832 ila 1906 yılları arasında atanan 139 hâkimden 80 tanesi atama sırasında milletvekili idi, 11'i ise, bazıları birden fazla kere olmak üzere, milletvekilliğine aday olmuşlardır. Söz konusu 80 kişinin 63'ü kendi partileri iktidardayken atanmış, 33'ü ise daha önce Kraliyet hukuk müşaviri olarak görev yapmışlardır.⁷⁸

Bir kısmı yukarıda belirtilen süreç, 1906'dan sonra devam etmiştir. Örneğin, *Rufus Isaacs* 1910 yılında altı ay kadar *Solicitor General* görevinde bulunmuş, sonrasında 1913 yılında 53 yaşındayken *Lord Chief Justice* olarak atanmasına kadar *Attorney General*'lık yapmıştır. (*Lord Chief Justice* olduğunda zamanının pek çoğunu savaş sırasında ve sonrasında hükümetin gayri resmi danışmanı olarak geçirmiştir.) *Isaacs*'ın *Lord Chief Justice* olarak atanması, *Francis Bacon* tarafından açıkça belirtilen 'sıralı ilerleme' ilkesinin bir örneğiydi. 'Sıralı ilerleme' ilkesine göre *Attorney General* olan kişi, *Lord Chief Justice* olarak, *Solicitor General* Temyiz Mahkemesi'nde daire başkanlığı veya üyeliği gibi diğer yüksek dereceli bir makama atanmayı talep edebilir. *Attorney General*'lık bakımından bu halefiyet hakkı, 1922'de *Attorney General* olan *Sör Gordon Hewart*'ın nihayetinde başarılı da olduğu, *Lord Chief Justice* olmaya çalıştığı zaman *Lord Birkenhead* tarafından güçlü şekilde desteklenmiştir.⁷⁹ *Bacon*'ın söz konusu ilkeyi ifadesi, üst düzey bir makama gelmek için kendi planının bir parçasıydı ve *Edwards*'ın görüşü ise *Birkenhead*'ın *Attorney General*'ın *Lord Chief Justice* görevine getirilme hakkına verdiği desteğin *Hewart* ile olan yakın arkadaşlığı, muhtemelen de daha önce bulunduğu görevin yan gelirlerinin temininin önemine dair abartılı bir inançla oluşan göz boyamadan kaynaklanmıştır.⁸⁰

II. Dünya Savaşı sonrası dönemde hâkim olarak atanan milletvekili sayısı düşmeye başlamıştır. Hâkim olarak atanan Kraliyet hukuk müşavirlerine dört örnek

76 İskoçya'da biraz daha iyi bir durum söz konusu oldu: İskoçya Yüksek Mahkemesi'ni oluşturan ve hukuk davalarının temyiz mercii olan *Court of Session*'nin halihazırdaki hâkimleri -*Lord Mackay*, milletvekili olmamasına rağmen 1995-1997 yılları arasında bir İskoç Kraliyet Hukuk Müşaviri idi; *Lady Clark* 1997-2005 arası milletvekilliği, 1999-2006 arası İskoçya Advocate General'lık yapmıştır; *Lord Boyd* ise milletvekili olmamasına rağmen İskoçya *Solicitor General* (1997-1999 arası Birleşik Krallık Hükümeti için, 1999 yılında İskoç Yürütme Organı için) ve 2000-2006 arası İskoç kraliyet Hukuk Müşaviri olarak görev yapmıştır.

77 Dunman, *The Judicial Bench in England 1727–1875* (n 24) 78.

78 H Laski, *Studies in Law and Politics* (London, George Allen & Unwin, 1932) 168.

79 Jackson, *The Chief* (n 17) 127–30.

80 Edwards, *The Law Officers of the Crown* (n 38) 328.

bulunmaktadır: İskoç kraliyet Hukuk Müşaviri (*Lord Advocate*)⁸¹ olan *James Reid* 1948 yılında *hukuk lordu (law lord)*⁸² olmuştur; (*Viscount Dilhorne* ünvanına sahip) *Reginald Manningham-Buller*, *Solicitor General* ve *Attorney General* olarak görev yapmış, *Lord Şansölye* görevine getirilmiş ve *hukuk lordu* olarak atanmıştır⁸³; *Lynn Ungoes-Thomas* Ekim 1951'deki İşçi Partisi yenilgisinden önce sadece altı aylığına *Solicitor General* görevini yürütmüş ve 1962'de Yüksek Mahkeme'nin *Chancery* dairesine hâkim olarak atanmıştır.⁸⁴; ve (*Glaisdale Lord Simon* ünvanlı) *Jocelyn Simon*, *Solicitor General* görevinde bulunmuş ve 1962 yılında Yüksek Mahkeme Miras, Deniz ve Boşanma dairesi başkanı olarak atanmış, sonrasında bir *hukuk lordu* olmuştur. Sayılan Kraliyet hukuk müşavirlerine ek olarak, Yüksek Mahkeme üyeliğine atanan *backbench* milletvekillerine üç örnek mevcuttur: İşçi Partisi milletvekili olup zamanla *hukuk lord*'luğuna yükselen *Terence Donovan*⁸⁵; Muhafazakâr Parti milletvekili olup gezici mahkeme yoluyla Yüksek Mahkeme hâkimi olan ve sistemin kaldırılmasından önce İngiltere ve Galler'deki 61 *assize* mahkemesinin⁸⁶ tamamına başkanlık ettiği yönünde bir şöhret iddiası olan *Basil Nield*; ve 1961 yılında Yüksek Mahkeme'yi oluşturan dairelerden bir olan *Queen's Bench dairesine* atanan Muhafazakâr Parti *Cambridgeshire* milletvekili *Gerald Howard*.⁸⁷ Dikkat çekici bir durum da, sayılan yedi kişiden dördünün –*Donovan*, *Reid*, *Ungoes-Thomas* ve *Manningham-Buller*– terfi ettirilmesi tercihinin kendi partilerine değil, Kamara'daki karşıt partiye ait olmasıdır. Bu durum, II. Dünya Savaşı sonrasında Lord Şansölyelerin etkisi altındaki yargısal atamaların büyük oranda tarafsızlık özelliğine verilen güçlü bir destektir. Muhtemelen

-
- 81 ç.n: Esas olarak, İskoçya dahilindeki ceza kovuşturmaları mekanizmasına başkanlık etmekle görevlidir. Bkz. Crown Office & Procurator Fiscal Service, *Lord Advocate*, Erişim:08.01.2020, <https://www.copfs.gov.uk/about-us/who-we-are/lord-advocate-biography>
- 82 ç.n: *Hukuk Lordları*, 30 Temmuz 2009 tarihine kadar yüksek donanımlı, tam zamanlı hâkimler olarak Lordlar Kamarasının yargı işlerini gören kişilerdi. Fakat yapılan değişiklikle Lordlar Kamarasının bir temyiz mercii olarak söz konusu yargısal görevi sona ermiş ve 1 Ekim 2009'dan itibaren, Birleşik Krallık'ın tamamı bakımından bütün özel hukuk davalarının; İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda bakımından bütün ceza davalarının karara bağlanması yetkisi Birleşik Krallık Yüksek Temyiz Mahkemesi'ne devredilmiştir. Bkz. UK Parliament, *Law Lords*, Erişim:08.01.2020, <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/law-lords/>
- 83 R Heuston, *Lives of the Lord Chancellors* (Oxford, Clarendon, 1987); R Stevens, *Law and Politics* (London, Weidenfeld & Nicolson, 1979) 426ff. Ekim 1963'de *Macmillan*'ın halefi hakkındaki kabine görüşünün toplanmasındaki rolü ve baskın görüşün *Alex Douglas-Home*' dan yana olduğunu bildirmesindeki temel, Muhafazakâr Parti içinde gaddarca eleştirilmiştir. Saygın bir *hukuk lordu* olan *Lord Devlin*'in meşhur ifadesine göre, sıradan bir kariyer düşkünü kendisini yanlış veya başka şekilde kabul edilebilir kılar, *Reggie* ise kendisini kabul edilemez kılmakta ilerleme başarısını göstermiştir.
- 84 *Ungoes-Thomas*, *Lord Şansölye Jowitt* tarafından kendisine yapılan Yüksek Mahkeme hâkimi olarak atanma teklifini, partinin çok kötü bir durumda olduğu bir dönemde bir ara seçim yapılmasını sağlayamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir: Heuston, *Lives of the Lord Chancellors 1940–1970* (n 61). Önde gelen bir Kariyerini ön planda tutan bir kişi olarak, *Jowitt* bu tür rahatsızlıkların dile getirilmesi karşısında şaşkına dönmüş olmalı.
- 85 *Donovan* hakkında, bkz. Stevens, *Law and Politics* (n 61) 520–23.
- 86 ç.n: *Assize* mahkemeleri önemli şehirlerde kurulan, Londra'daki daha yüksek dereceli mahkemelerden gelen gezici hâkimlerin başkanlık ettiği periyodik mahkemelere verilen ad. 1971 tarihli Mahkemeler Kanunu ile kaldırılmıştır. Bkz. UK Parliament, *The Assizes*, Erişim:08.01.2020, <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/laworder/court/overview/assizes/>
- 87 Bkz. B Nield, *Farewell to the Assizes* (Londra, Garnstone, 1972).

en göze çarpan tarafsız nitelikli atamaları *Attlee* tarafından yapılmıştır: Kendisi *James Reid*'i *hukuk lordu*; 1930'ların muhafazakâr *Kraliyet hukuk müşaviri* olan *Donald Somervell*'i 1946'da Temyiz Mahkemesi üyeliğine ve eski bir muhafazakâr parti milletvekili adayı olan *Rayner Goddard*'ı 1946'da Lord Şansölye olarak atamıştır.

Söz konusu milletvekili-hâkimlerin tecrübelerinden öğrenebileceğimiz bir şey var mı? Lordlar *Reid* ve *Simon* daha yakın bir ilgiyi hak ediyorlar. *Cambridge*'in ardından, neredeyse hemen takip eden dört yılı uzakta I. Dünya Savaşı'nda muvazzaf olarak geçirdikten sonra *Reid*, Edinburgh Baro'sunda saygın ama çok büyük olmayan bir deneyim edindi. Boş zamanının bir kısmını hukuki konularda yazarlık yaparak geçirdi. 1920'lerde İskoçya'da aktif olarak Muhafazakâr siyasetle ilgilendi ve 1931'de *Stirling* ve *Falkirk* milletvekili seçildi. 1935'de kaybettiği sandalyesini 1937'de yapılan ara seçimle *Hillhead*'den geri kazandı. Profesör *TB Smith*, *Reid*'in kariyerinin, İskoç Baro'sundaki itibar ile siyasi kariyerin tatmin edici şekilde birleştirilemeyeceğini çarpıcı bir şekilde ortaya koyduğunu ifade etmiştir.⁸⁸ Bununla birlikte, *Reid* 1936'dan 1941'e kadar İskoçya *Solicitor General*'lığı (ilk kez atandığında Avam Kamarası değildi) ve 1941-1945 arasında ise İskoç kraliyet hukuk müşaviri olarak görev yapmıştır. 1945'den sonra muhalefette *Reid*, Avam Kamarası'nda *Attlee* Hükümeti'nin zorlu bir tenkitçisi olmuştur. Siyasetteki meslektaşlarının birçoğu görevde geçen yıllardan, savaştan yorgun düşmüş pek azı İşçi Partisinin çığ gibi büyüyen yasama faaliyetinin ayrıntılarını özümseyebilmişti. Muhtemelen bu durum 1949 yılında yapılan, *hukuk lordu* olarak doğrudan atanma teklifini daha da şaşırtıcı hale getirmiştir. Kendi partisine danışıp göreve dönmeyi tercih etmesi konusunda bir teşvik almayan *Reid*, *Attlee*'nin teklifini kabul etmiştir.

Reid İngiliz içtihat hukukuna önemli ve meşhur katkılarda bulunmuştur. 1974 yılının sonunda emekli oluncaya dek, *hukuk lordu* olarak görev yaptığı dönemde 500 kadar temyiz incelemesinde bulunmuş, söz konusu incelemelerin çoğunluğunda geneli nihai olmak üzere hüküm vermiştir. 1962'de kıdemli *hukuk lordu* olmasının ardından, çok az kişinin uyum sağlayabileceği yaratıcı ve sofistike bir yöntem kullanan, en etkileyici hâkim haline geldi.⁸⁹ Hukukta ilkeye dayandırılmış gelişmeler üzerindeki etkisi, hâlâ atıfta bulunulan kararlarla kanıtlanmıştır. Kamu hukuku, haksız fiilden doğan zarar alanlarından üç isim verilecek olursa *Ridge v Baldwin*⁹⁰, *Hedley Byrne v Heller, Partners Ltd*⁹¹ ve *Heron II* kararları sayılabilir.⁹² *Lord Reid*'in kendisi bunların ilkinden gurur duymaktaydı.⁹³ *Reid*'in yargısal yönteminin önemi/izahatı herkesçe bilinmektedir.⁹⁴ *Reid*, ilk derece yargılamasında hâkimlerin zamanın %90'ını davanın,

88 TB Smith, Oxford Dictionary of National Biography.

89 Stevens, Law and Politics (n 61) 468ff.

90 Ridge v Baldwin [1964] AC 40.

91 Hedley Byrne v Heller and Partners Ltd [1964] AC 465.

92 Heron II [1969] 1 AC 350.

93 Bkz. L Blom-Cooper ve G Drewry, 'Towards a System of Administrative Law: The Reid and Wilbeforce Era, 1945-82', Blom-Cooper, Brice Dickson and Drewry (n 29) 219-20.

94 Lord Reid, 'The Judge as Lawmaker (1972) 12 Journal of the Society of Public Teachers of Law 22.

birçok durumda uygulanacak hukukun belirgin hale geldiği, esasları hakkında karar vererek kullandıklarını ifade etmiştir. Bununla beraber temyiz aşamasında hâkimler kaçınılmaz şekilde hukuk yaratırlar. Yargısal hukuk yaratılmasının bir altın kuralı bulunmamaktadır; hukuk bir bilim olduğu gibi aynı zamanda bir sanattır. Hâkimin göz önünde tutması gerekenler sırasıyla sağduyu (ortak akıl), hukuki kural ve kamu düzenidir. Sağduyu (ortak akıl), statik değildir ve on dokuzuncu yüzyılda yalın şekilde akliselim olan, bugün abes olabilir. Hukuki ilke açısından bu durum tutarlılık sunabilir fakat içtihadı sıkı şekilde bağlı kalmaktan kaçınılması gerekir. Son olarak *Reid*'in nitelendirmesinde kamu düzeni, hukuku kamuoyundaki hareketlerle uyumlu tutmaktadır.

Lord Reid II. Dünya Savaşı sonrası dönemin milletvekili-hâkimleri arasında en ayırt edileni ise, *Glaisdale*'den *Lord Simon* ise muhtemelen en ilginçidir. *Jocelyn Simon* 1934'de Baro'da çalışmaya başlamış, Burma dâhil olmak üzere savaşta görev almış ve 1951'de *Middlesbrough* milletvekili olmuştur. 1957 ilâ 1959 yılları arasında İçişleri Bakanlığında bir devlet bakanlığı ve sonrasında Hazine Mali Sekreteri görevlerinde bulunmuştur. 1959'da *Solicitor General* olmuş ve 1962'de Yüksek Mahkeme Veraset, Boşanma ve Deniz Hukuku Dairesi⁹⁵ başkanı olarak atanıp Parlamentodan ayrılmasına kadar bu görevde kalmıştır. Bu, Kraliyet hukuk müşavirlerinin yargısal terfi 'hakkına' destek verilmesine son örnektir. *Simon* kıdemli hâkim olarak hatırı sayılır bir meslek geçmişi bırakmıştır. İctihat hukukunu değişen sosyal koşulların gerçeklerine göre şekillendirmeye ve kamu politikası konularını ele almaya açıkça hazırdı.⁹⁶ *Simon* kendisini güzel şekilde ifade etmiştir. Sahip olduğu siyasetçi geçmişi onu, mahkemeler ve Parlatentonun karşılıklı birbirlerine saygı göstermeleri ihtiyacını kesinlikle farkında olmasını sağlamıştır.⁹⁷

Ölümünden kısa bir süre önce *Lord Bingham*, *hukuk lordları*'nın siyasi geçmişleri olan üyelerinin olduğu önceki dönemin, gelecekte tekrarlamasının olası görünmediğini ifade etmiştir. En yüksek dereceli mahkemenin üyeleri arasında kamu yönetimi tecrübesine sahip olanların bulunmamasından üzüntü duymuştur. '[M] ahkemenin üyelerinden bazıları demokratik ve bürokratik süreçler hakkında doğrudan kişisel deneyime sahip olmuş olsalardı müzakereleri, zenginleşirdi. . .'⁹⁸ *Reid* ve *Simon*, siyasi geçmişe sahip hâkimlerin mahkemeye neler getirebileceğinin iyi örnekleridir. *Reid* emekliliğinde, *hukuk lordu* olarak görev yapan eşli siyasetçilerin yönetim mekanizmasının nasıl çalıştığını bildikleri ve idare ile ilgili konuları anlayabildiklerini söyleyen *Bingham*'ın bu düşüncelerini tekrarlamıştır.⁹⁹ *Reid* ayrıca bir hâkim olarak sıradan insanların deneyimlerini/yaşadıklarını bilmenin öneminin idrakinde olduğunu göstermiştir. I. Dünya Savaşı sırasındaki hizmetlerine ve milletvekilliği yıllarına

95 ç.n: Sonra bu dairenin görevleri başka dairelere aktarılmıştır.

96 Stevens, *Law and Politics* (n 61).

97 Verilebilecek en iyi örnek *British Railways Board v Pickin/ İngiliz Demiryolları Kurulu v Pickin Kararı*[1974] AC 765.

98 T *Bingham*, 'The Law Lords: Who Has Served, "Blom-Cooper, Brice Dickson and Drewry"' içinde (n 29) 125.

99 M Berlins, 'The One Judge We Will Really Miss', *The Times*, 14 Ocak 1975.

istinaden hiçbir şüpheye yer vermeden yargısal hukuk yaratılmasına dair kendi hesabına şunları söylemiştir:

Hukuk eğer kamuoyu hareketlerine ayak uyduracaksa hâkimlerin toplumun her kesimindeki sıradan insanların nasıl düşündüğü ve yaşadığını bilmesi gerekir. Bunu, kitaplardan veya kurs eğitiminden öğrenemezsiniz. Her türlü insanla karışmanız ve onları tanımanız gerekir. Sadece adını duyuranları dinlerseniz yanlış izlenim edirsiniz. Kamuoyu görüşü ile yönlendirilmeye gayret eden demokratik kişiler olarak kalacaksak temele, kaynağa inmeliyiz. Bu sebeple bir hâkim için ilk hizmet yıllarında kamu hizmetinde bulunmak çok kıymetlidir.¹⁰⁰

Hem Reid hem de Simon ayrıca, yargısal hukuk yaratılmasının sınırlarına dair bir bilinç/algısı -daha fazla kurumsal yeterliliğe sahip olması ve devlet yönetiminin diğer kollarının görevlerine saygının önemi gereğince belli konuları Parlamentaoya bırakma ihtiyacı- oluşturmuştur.¹⁰¹

IV. HÂKİMLER VE SİYASET¹⁰²

Anayasa mahkemelerinin demokratik yollarla seçilen hükümetleri sıkıştırma gücü bulunmaktadır. Sonuç olarak, anayasa mahkemeleri hem siyasetçilere hem de kamuoyuna bu gücün kullanılmasının nasıl gerçekleştirileceği, açıklanacağı ve meşruiyet kazandırılacağı hususuyla mücadele etmek zorunda kalmışlardır. Tarihsel olarak, Birleşik Krallık anayasası mahkemelere mukayese edilebilir bir güç vermemiştir. 1960'lardan sonra mahkeme denetiminin gelişmesi, hükümetin planlarının bozulmasında mahkemeler için uygun bir role dair bazı tartışmalara yol açtı. 1990 yılındaki *Hamlyn Dersleri*'nde Lord Woolf, yargısal denetimin fazla yayılan bir kullanımından kaynaklanabilecek tehlikeleri, bir dengenin kurulması ihtiyacını ve tedbirlerin esnek yapısı gibi suistimale karşı önlemleri kabul etmiştir.¹⁰³ Bu zamandan itibaren yasama ve yürütme erkine karşı yargısal mutavaat hakkında çok miktarda eser yazılmıştır.¹⁰⁴

1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu ile birlikte konu, katıyetle merkeze yerleşmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni hayata geçirmedeki mahkemelerin rolü, ciddi bir kamuoyu tartışması meselesi olmuştur. Tartışma sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ne yaptığı meselesi değildir. Mahkemelerimiz de dâhil edilmektedir. Yani nasıl yargı gücü demokratik yolla seçilen siyasetçilerin gücüyle başarılı bir biçimde uzlaştırılabilir?

100 Lord Reid, 'The Judge as Lawmaker' (n 71) 27.

101 Bkz.Stevens, Law and Politics/Hukuk ve Siyaset (n 61) 474, 574; A Paterson, The Law Lords, (London Macmillan, 1982) 178, 197-98.

102 Bu bölüm benim 2012 yılında Londra Üniversitesi Kraliçe Mary'de verdiğim Hukuk ve Toplum dersi üzerinden yazılmaktadır.

103 Sir Harry Woolf, *The Protection of the Public-The New Challenge* (London, Stevens, 1990).

104 Örneğin A. Kavanagh, 'Defending Defence in *Public Law* and Constitutional Theory' (2010) 126 *Law Quarterly Review* 222; I King, 'Institutional Approaches to Judicial Restraint' (2008) 28 *Oxford Journal of Legal Studies* 409. Lord Dyson'ın görüşleri için, 'Some Thoughts on Judicial Deference' [2006] *Judicial Review* 103.

21 Nisan 1952 tarihinde geçtiğimiz yüzyılın en büyük avukatlarından biri olan *Sör Owen Dixon*, ülkenin en yüksek mahkemesi olan Avustralya Yüksek Mahkemesi Başkanı olarak göreve başladı. İkinci Dünya Savaşı boyunca Avustralya'nın Birleşik Devletler büyükelçisi olarak hizmet vermek üzere yargı görevine ara vermesine rağmen, öncesinde yaklaşık çeyrek asır Yüksek Mahkemenin bir yargıçısı olarak görev yapmıştı. Daima pürüzsüz olmasa da, uzun yıllar Avustralya siyasetinde etkili olan *RG Menzies* ile yakın bir ilişkisi vardı.¹⁰⁵ Göreve başlama seremonisinde *Dixon*, Avusturalya anayasasındaki ihtilafları karara bağlamadaki yargı fonksiyonu anlayışını tanımladı:

“Anayasa Mahkemesinin yegane görevi, gücün veya gücün üzerindeki kısıtlamanın anayasal bir tarifini yorumlamak ve belirtilen tedbirin sonuç itibariyle çizilen çerçevenin içinde olup olmadığını ifade etmektir.... Tedbirin kusurlarının kıymetiyle alakası yoktur.... Yasal akıl yürütmeye yakın bağlılık, federal sorunlardaki tüm tarafların güvenini muhafaza etmenin tek yoludur. Belki de mahkemenin aşırı biçimde yasalara bağlı olduğu düşünülebilir. Mahkemenin farklı bir şey olmasını düşünmekten üzgün olurdum. Büyük uyuşmazlıkların hukuki çözümünde sıkı ve tam bir yasacılıktan başka bir güvenli rehber yoktur.”¹⁰⁶

Dixon bu ifadeleri kullandığında aklında, Yüksek Mahkeme'nin Komünist Partisi Davası (*Australian Communist Party v Commonwealth*¹⁰⁷) olarak bilinen davada vermiş olduğu karara yönelik yakın zamandaki kamuoyu eleştirileri vardı.¹⁰⁸ Bu kararda Mahkeme, hükümetin 1950 tarihli Komünist Partisini Fesih Kanunu'nu anayasal gerekçelerle iptal etmişti. Bu Kanun Komünist Partisini yasaklamış ve yürütmeye bireylerin ve kurumların partiyle bağlantılı olup olmadığına ve ülkenin güvenliğini tehdit edip etmediğine karar verme yetkisi vermişti. Mahkeme, Kanunun sonuç itibariyle partinin, ülkenin güvenliğine zararlı olduğunu ilan etmek anlamına geldiği, vatandaşları nesnel fiilleri yüzünden değil de irtibatlarından dolayı cezalandırmayı amaçladığı ve savunma alanında kanun çıkarmanın, Federal Hükümetin yetkisi altında meşru olmadığı gerekçelerine dayanmıştır. Mahkemenin kararından sonra, Hükümet seçime gitmiş ve kazanmış, ancak akabinde partiyi yasaklama ve üyeleriyle ilgilenme yetkisi veren anayasa değişikliği referandumunu kaybetmiştir.¹⁰⁹

105 Menzies, *Dixon*'ın barda talebesiydi.

106 (1952) 85 CLR xiv. See P Lane, 'High Court Techniques' (169) 43 Australian Law Journal 172; L Zines, *The High Court and the Constitution*, 3rd edn (Sydney, Butterworths, 1993) 340ff.

107 *Australian Communist Party v Commonwealth* (1951) 83 CLR 1. See P Ayres, *Owen Dixon* (Melbourne, Miegunyah Press, 2003) 233. See also DP Derham, 'The Defence Power' in R Else-Mitchell (ed), *Essays on the Australian Constitution* (Sydney, Law Book Co, 1961) 177-81.

108 *Australian Communist Party v Commonwealth* (1951) 83 CLR 1. Bakınız P Ayres, *Owen Dixon* (Melbourne, Miegunyah Press, 2003) 233. Ayrıca bakınız DP Derham, "The Defence Power" in R Else-Mitchell (ed), *Essays on the Australian Constitution* (Sydney, Law Book Co, 1961) 177-81.

109 J Molony, *History of Australia* (Ringwood, Victoria, Penguin, 1987) 305.

Yüksek Mahkemenin birkaç yıl öncesinde *Avustralya Ulusal Havayolları Pty Ltd v Commonwealth (Australian National Airways Pty Ltd v Commonwealth)*¹¹⁰ ve *Commonwealth v Yeni Güney Galler Bankası (Commonwealth v Bank of New South Wales)*¹¹¹ davalarındaki kararları, yukarıdaki karar kadar tartışma konusu olmuştu. İlkinde İşçi (Partisi) Hükümeti, eyaletler arası seyahatte tekeli olan bir kamu havayolu şirketi kurmaya teşebbüs etmiştir. Mahkeme, anayasada bir kamu havayolu şirketine izin verilmesine rağmen 92'nci maddenin buna tekel statüsü vermeyi yasakladığını kabul etmiştir.¹¹² İkinci dava daha da tartışmalı idi. 1947 tarihli Bankacılık Kanununun 46'ncı maddesi Federal Hükümete herhangi bir özel bankanın faaliyetlerini devam etmesini yasaklama yetkisi vermektedir. Bankalar yasaya karşı kapsamlı bir kampanya harekete geçirmiş ve bu durum 1949 yılında İşçi Partisi Hükümetinin yenilgisinde ve başbakan olarak *RG Menzies*'in iktidara dönmesinde önemli bir etken olmuştur.¹¹³ Danışma Kurulu (*Privy Council*), Bankacılık Kanunu'nun 46'ncı maddesindeki yetkinin, Anayasanın 92'nci maddesinde yer alan eyaletler arası ticaret özgürlüğünün ihlali olduğu yönündeki Avustralya Yüksek Mahkemesinin çoğunluk kararını onamıştır.

Bu nedenle *Dixon*'ın yasacılığı, son derece siyasi alanlarda alınan yargı kararlarını bir meşrulaştırma girişimidir. 1955 yılındaki Yale Hukuk Fakültesi konuşmasında *Dixon*, yargısal yönetime yönelik doğru olduğunu düşündüğü yaklaşımı uzunca açıklamıştır.¹¹⁴ (Kendisini öncelikle ilgilendiren hususun, anayasal kararlar değil yüksek mahkemelerdeki içtihat hukuku kapsamındaki karar alma (sistemi) olduğunu ifade etmiştir. Ona göre anayasal yorumlama, 'özel hukuk mahkemeleri tarafından idarenin objektif davranma karakterine ehil değildir'). *Dixon*'ın anlayışında hukuk, belirli davalardaki kararlara hükmeden bir doktrin gövdesi sağladı. Saptanmış hukuki prensiplere uygun oldukça ve hâkimlerin kişisel olmayan akıl yürütmesine göre uygulanırsa kararlar 'hatalı' veya 'hatasız', 'doğru' veya 'yanlış' olurdu. (*Dixon*'a göre) Hâkim, belirli bir davanın sonucunun vereceği memnuniyetsizlik yüzünden hukuki doktrinle sağlanan dış standardı görmezden gelemezdi. *Dixon*, *Maitland*'ın içtihat hukuku metodunun tarihi tanımlamasını sıkı mantık ve yüksek teknik yöntemi olarak hatırlatmıştır.¹¹⁵ *Dixon* bunun çağımızda tamamen doğru bir tanımlama olmayabileceğini kabul etmesine rağmen, bu gelenekten keskin bir ayrışmanın olmadığını kanaatini taşımaktaydı.

Dixon yasacılığın sürekli değişen bir yasal düzene yeteri biçimde karşılık veremeyeceğini kabul etmekteydi. Ancak hukuk doktrininin, hukuk yenilikçileri

110 *Australian National Airways Pty Ltd v Commonwealth* (1945) 71 CLR 29.

111 *Commonwealth v Bank of New South Wales* (1949) 79 CLR 497 (PC). The Privy Council purported to apply, inter alia, *James v Commonwealth of Australia* (n 18).

112 S Brogden, *Australia's Two-Airline Policy* (Melbourne, Melbourne University Press, 1968) 58-65.

113 R May, *The Battle for the Banks* (Sydney, Sydney University Press, 1968); LF Crisp, Ben Chifley (Croydon, Victoria, Longsman, 1961) 338-40.

114 Sir Owen Dixon, 'Concerning Judicial Method' (1956) 29 *Australian Law Journal* 468.

115 Ibid 469.

tarafından açık şekilde değiştirilmesinin yasak olduğuna inanmaktaydı.¹¹⁶ Ancak *Dixon*, – kendi anladığı biçimde – içtihat hukuku metodunun, hukuki değişime engel olmadığını, yine de değişimin eldeki davada karar vermeye gerekenle sınırlı tutulması gerektiğini iddia etmiştir. (*Dixon*'a göre) fakat uzun süredir kabul görmüş bir hukuki prensipten kaynaklanan sonuçtan hoşnutsuz bir hâkimin adalet, sosyal gereksinim veya sosyal uygunluk adı altında bu prensibi bilerek terk etmesi yanlıştı. Hatırlanacağı üzere Yüksek Mahkeme Başkanı olarak yemin etme töreni konuşmasında *Dixon*, yasacılığın kamuoyu güvenine olan önemini vurgulamıştır. Yale dersinde *Dixon*, hâkimin bilerek hukuk yaratmasının iktidarı gasp ettiğini ifade etmiştir. (*Dixon*'a göre) değişimdeki ihtiyat, hâkimlerin sonuçlarını öngörmedeki sınırlı kapasitesi ışığında çekingenliğin değil, aksine erdemini işaretiydi.

Yasacılık Avustralya'nın hukuk metodunu gölgede bırakmıştır. Yasacılık, iktidarın üstünlüğü ve metne özenli dikkat gösterilmesi anlamına gelmektedir. İstikrarın faydasını taşımakta ve mahkemelerin yetkilerini meşrulaştırma imkânı sağlamaktadır. Ancak olumsuz bir yönü de bulunmaktadır. *Dixon*'ın metodunun, yerleşik ilkenin tarafsız uygulanması olarak değerlerin uygulanmasını maskeleydiği, eleştirenlerce uzun süredir ileri sürülmektedir.¹¹⁷ Avustralya'da toplumsal değişimin yaşandığı bir zaman olan 1980'lerde bir istikamet değişimi meydana gelmiştir.¹¹⁸ Avustralya Yüksek Mahkemesi hâkimleri değerler konusunda daha açık hale geldi. Bir kısmı Sidney Üniversitesinde Profesör *Julius Stone* tarafından eğitilmiş ve yargısal karar almada *Stone*'un ifadesiyle 'tercih serbestlikleri' bulunduğu mefhumunu iyice öğrenmişti.¹¹⁹ Mahkemenin 1972 yılından beri bir üyesi ve 1987 ile 1995 yılları arasında Başkanı olan *Sör Anthony Mason*, Mahkemenin anayasal rolünün, hâkimlerin kendi değerlerinin değil toplumun değerlerini hesaba katmadan (gerçekleşmesinin) imkansız olduğunu ifade etmiştir. Hâkimlerin hüküm verme yetkisinin doğal parçası olarak kanun yapma otoritesine sahip olduğunu savunmuştur. (Ona göre) 'yasama ve yargı organlarının kanun yapması arasında hiçbir apaçık ayrım olamaz.¹²⁰ Hâkimin yaratıcı rolü, 2003 yılında *Hamlyn Dersleri* verdiği zaman (Yüksek) Mahkemenin önde gelen bir üyesi olan *Michael Kirby* tarafından açıkça benimsenmiştir.¹²¹

116 İbid 472. Özel yazışmalarından biliyoruz ki bu Lord Denning'e bir atıftı: Ayres, *Owen Dixon* (n 83) 253.

117 B. Gallighan, *Politics of the High Court* (St. Lucia, Qld, University of Queensland Press, 1986) 32-33, 40-41, 232; F Carrigan, 'A Blast From The Past: The Resurgence of Legal Formalism2 (2003) 27 *Melbourne University Law Review* 163, 17273.

118 M Coper, 'Concern About Judicial Method' (2006) 30 *Melbourne University Law Review* 554, 565-66.

119 J Stone, *Legal System and Lawyers' Reasoning* (London, Stevens, 1964) 274-76. See Justice Michael Kirby, 'Julius Stone and the High Court of Australia' (1997) 20 *University of New South Wales Law Journal* 239.

120 Sir Anthony Mason, 'Legislative and Judicial Law-Making: Can We Locate an Identifiable Boundary?' (2003) 24 *Adelaide Law Review* 15.

121 Justice Michael Kirby, *Judicial Activism* (London, Sweet & Maxwell, 2004): Ayrıca bakınız AJ Brown, *Michael Kirby* (Sydney, Federation Press, 2011) 209-10, 359-75.

Yüksek Mahkemenin bu dönemdeki öncülük eden kararları, anayasada özgür siyasi tartışma ve içtihat hukuku bakımından bağımsız bir isim/titr hakkını keşfetti.¹²² Yoğun bir kamuoyu tartışması vardı. Mahkemenin kanun yapım rolünün tanınmasına taraftar hâkimler, yasama alanına müdahale tehlikesini gördü. Yüksek Mahkemenin ilk kadın üyesi olan *Mary Gaudron* bu kategorideydi. Ona göre, eğer değişiklik savı ilkeselden ziyade pragmatikse, konuyu yasama organına bırakmak daha yerinde olurdu. *Breen v Williams* davasında o ve *McHugh J*, içtihat hukukundaki ilerlemelerin geleneksel yasal muhakeme metotlarına göre olması gerektiğini ve içtihat hukuku mahkemelerinin her toplumsal, siyasi veya ekonomik sorun için bir çözüm sağlama otoritesi olduğunu düşünmenin ciddi bir anayasal hata olduğunu ifade etmiştir: ‘Demokratik bir toplumda mevcut içtihat hukuku kurallarına ve ilkelerine mantıken veya kıyas yoluyla münasebeti kurulamayan hukuktaki değişiklikler yasama organının yetki alanıdır’.¹²³ Beklenebileceği üzere, bu açık ve aktivist dönemde Yüksek Mahkeme’ye karşı siyasi bir reaksiyon vardı.¹²⁴ Bu durum, dönemin Avustralya Hükümetinin hâkimlerin atanmasındaki – daha az aktivist bir yaklaşım sergileyen – bilinçli politikasında çok bariz idi. Hâkimlerin bazılarının arasında *Dixon*vari yasacılığa kısmi bir dönüş olmuştur.¹²⁵

Oliver Wendell Holmes, Birleşik Devletler tarihinin muhtemelen en meşhur hâkimidir. *The Common Law* adlı kitabının açılış bölümünde *Holmes*, içtihat hukukunun mantıktan daha fazlası olduğu yönündeki felsefesini şu ünlü pasajda özetlemiştir:

Kanunun canı mantık olmamıştır: Zamanın hissedilen ihtiyaçları, hüküm süren ahlaki ve siyasi teoriler, aleni veya bilinçaltı kamu politikası sezgileri, hatta hâkimlerin toplumlari ile birlikte paylaştıkları önyargılar, insanların hangi kurullarla yönetilmesi gerektiğinin karar verilmesinde kıyastan çok daha fazla öneme sahiptir.¹²⁶

Dolayısıyla, *Dixon*’ın iddia ettiğii gibi, içtihat hukuku sadece mantık ve teknik vasıtasıyla gelişmemişti. Herhangi bir zamanda içtihat hukukunun içeriğii, bir toplumun ihtiyaçlarına ne münasipse ona yakından tekabül ediyordu. *Holmes*’ün kabul ettiğii gibi mantık bir ögeydi, fakat hâkimler bazen takdir yetkisini kullanmakta

122 Bakınız örneğii *Australian Capital Pty Ltd v Commonwealth* (1988) 165 CLR 360; *Mabo v Queensland* (1992) 175 CLR 1.

123 *Breen v Williams* (1996) 186 CLR 71. Gaudron hakkında bakınız P Burton, *From Moree to Mabo* (Perth, U Western Australia Publishing, 2010) 296. McHugh için bakınız McHugh ‘This Law-Making Function of the Judicial Process’ (1988) 62 *Australian Law Journal* 15 (Pt1), 116 (pt2). Daha fazla işçi sınıfı geçmişleri olan Gaudron ve McHugh hiç kuşkusuz, daha asilzade olan Mason’a nazaran kendilerini toplumsal değerlerin daha iyi barometreleri olarak addetmişlerdir.

124 Bakınız J Pierce, *Inside the Mason Court Revolution* (Carolina Academic Press, 2006).

125 Örneğii Hâkim Dyson Heydon, ‘Judicial Activism and the Death of the Rule of Law’ (2003) 47(1) *Quadrant* 9; (Baş Yargıç) AM Gleeson, ‘Individualised Justice – The Holy Grail’ (1995) 69 *Australian Law Journal* 421; Justice K Hayne, ‘Concerning Judicial Method-Fifty Yeras On’ (2006) 32 *Monash University Lw Review* 223. Bakınız ayrıca F Wheeler and J Williams, ‘Restrained Activism in the High Court of Australia’ in Brice Dickson (ed), *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts* (Oxford, Oxford University Press, 2007) 30-32.

126 Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* (London, Macmillan, 1882) 1.

ve toplumsal değerlere mukabele etmektedir. *Holmes*, kendi yargı metodu yaklaşımını esasen bir Amerikan hukuk ansiklopedisi olan *Kent'in Yorumları*'nin on ikinci baskısını hazırlamak üzere üstlendiği detaylı bir içtihat hukuku çalışmasından geliştirmiştir.¹²⁷ *Holmes*, bu çalışmasını Boston'da avukatlık yaparken ve kısmen Harvard Hukuk Fakültesinde ders verirken yapmıştır. Daha sonra bazıları Amerikan pragmatistleri olarak nitelendirilen bir felsefe grubunun üyesi olan *Holmes*'ün, 1870'lerden beri Harvard Hukuk Fakültesi Dekanı olan *Langdell*'in olguculuğuna çok az yakınlığı vardı. *Langdell* hukuku bir bilim olarak tahayyül eder ve tüm hukuk bilgisinin nihai kaynağını, gelecekteki kararlara uygulanabilecek hukuk ilkelerinin keşfedilmesi için tümevarımla kullanılabilen davalarda gördü.¹²⁸

1881 yılında 41 yaşındayken *Holmes*, Massachusetts Yüksek Yargı Mahkemesine atanmış ve yaklaşımını, hâlâ esasen içtihat hukuku davaları kapsamında olmak üzere, iyileştirmiştir. Yazılarında içtihat hukukunun somut uyuşmazlıklara çözüm bulmasıyla oluşmasını içtihat hukukunun bir meziyeti olarak ileri sürmüştür. *Holmes*, davaların birer birer karara bağlandığını, ama bir noktada hususi bir alanda farklı kararları uzlaştıran bir doktrin veya ilkenin sistemli şekilde oluşturulmasının gerekli hale geldiğini iddia etmiştir. İlke bu nedenle tekamül etmekte ve birden çok, aslında birçok, aklın çalışmasına dayanmaktadır. Eğer kararlar farklı yönlerde gelişmekteyse, ilkenin şeklinin ve yönünün seçilmesi gerekli hale gelmektedir. Bu, açıkça ihtiyari bir biçimde yapılabilir. Mesele, sonraki davalardan ilkeyle tasavvur edilmemiş yeni konular ortaya çıkarılabileceğinden, burada sona ermemektedir. İlkenin bunlar ışığında uyarlanması gerekmektedir. Hâkimler ve jüriler somut uyuşmazlıklar çerçevesinde karar verdikleri için hukukun gelişiminde toplumsal standartlar önemli rol oynamaktadır. Toplumsal standartlar içtihat hukukunda bir yargısal kısıtlama sebebidir. *Holmes*, politika meselelerinin ortaya çıkması halinde bunların yasama meselesi olduğunu ifade etmiştir.¹²⁹

1897 yılında hâlâ Massachusetts Yüksek Yargı Mahkemesinde bir hâkimken *Holmes*, Boston Üniversitesinde bir yüzyıl sonra bile tartışılmakta olan 'Hukukun Yolu'¹³⁰ başlıklı bir ders vermiştir.¹³¹ *Holmes* dersin bir bölümünde yargısal kısıtlamanın temelini ele almış, hâkimlerin bir kuralın arkasındaki –kendi ifadesiyle toplumsal avantaja dair düşünceleri- kamu politikasını tartma görevini yeterince tanımadada başarısız olduğunu söylemiştir. (*Holmes*'e göre) böyle yapmadaki yargısal anlamda isteksizlik, hükümlerin temelini anlaşılmaz ve çoğu zaman bilinçsiz hale getirmiştir. (*Holmes*'e göre) bu nedenle hâkimler, doğal olduklarını düşündükleri ama aslında kendi toplumsal tercihlerini temsil eden kararlar almışlardır. *Holmes*, bilinçli

127 S Novick, *Honorable Justice. The Life of Oliver Wendell Holmes* (New York, Dell, 1989) 121-22.

128 Bakınız B Kimball, *The Inception of Modern Professional Education: C C Langdell 1826-1906* (Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2009).

129 F Kellog, Oliver Wendell Holmes Jr, *Legal Theory and Judicial Restraint* (New York, Cambridge University Press) 27-31, 58, 76.

130 Oliver Wendell Holmes, 'The Path of the Law' (1897) 10 *Harvard Law Review* 457. Ayrıca bakınız onu 'Privilege, Malice, and Intent' (1894) 8 *Harvard Law Review* 1; 'Law in Science and Science in Law' (1899) 12 *Harvard Law Review* 443.

131 Symposium, 'The Path of the Law After One Hundred Years' (1997) 110 *Harvard Law Review* 989.

olmasa bile, sosyalizm korkusunun hem Birleşik Devletler’de hem de İngiltere’de yargı faaliyetini etkilemiş olmasından şüphelendiğini ifade etmiştir. (*Holmes*’e göre) bu, yasama organlarını kontrol edemeyen kişilerin, Anayasada keşfedilebilecek ilkelere dayanan lehte kararlar alması için mahkemelere yönelmesine yol açmıştır. *Holmes*, hukukçuların, kamu politikasını daha açık bir şekilde dikkate almış olmaları halinde, şimdi emin oldukları alanlarda tereddütte düşebileceklerini ve ‘tartışmalı ve çoğu zaman ateşli meselelerde taraf tuttuklarını’ görebileceklerini ilave etmiştir.¹³²

1902 yılında Yüksek Mahkemeye atanmasından sonra *Holmes*, bu anlayışı bir anayasal kısıtlama felsefesi olarak kullanmıştır. *Holmes* anayasal kararların, tartışmalı olan kamu politikası görüşlerini değil, sadece halihazırda öne çıkanları somutlaştırması gerektiği inancını taşımaktaydı. Teminatların öncü satışları hakkında bir (Kaliforniya) anayasal kısıtlamasına ilişkin Mahkeme için yazdığı ilk görüşünde *Holmes* ilk olarak, telafi edilmesi amaçlanan zararlar makul bir bağlantı kurulmasında bir düzenleme bulunmasına olan ihtiyaç gibi, genel önermelerin, analizi çok ileri taşımadığını izah etmiştir.¹³³ *Holmes* daha sonra, mahkemeler kendi kararlarını vermek zorundayken hâkime aşırı gelen, iddia edilen amacına uymayan veya hâkimlerin hemfikir olmadığı ahlaki kavramlara dayanan her kanunun geçersiz olduğunun hiçbir şekilde doğru olmadığını ifade etmiştir. Hiç değilse, görüş farklılıklarının yanı sıra Mahkemenin tam olarak bilgi sahibi olmayabileceği muhtemel tuhaf durumlara da hayli müsamaha gösterilmeliydi. Diğer türlü, bir anayasa, tüm İngilizce konuşan topluluklar tarafından genel olarak anlaşıldığı üzere, sadece hakkın görece temel kurallarının somutlaştırılmasının yerine hiçbir şekilde evrensel olarak benimsenmeyen, belli bir dizi ahlaki veya ekonomik fikirlerin tarafgiri haline gelirdi.¹³⁴

Holmes’in, bugün hâlâ atıfta bulunulan *Lochner v New York*¹³⁵ davasındaki muhalif görüşü, onun yargılama felsefesini somutlaştırmıştır. Söz konusu kararda çoğunluk, Anayasanın on dördüncü değişikliğindeki usule uygunluk (*due process*¹³⁶) şartı uyarınca, fırıncılar için günde 10 haftada 60 saat (çalışma) zorunluluğu getiren New York kanununu iptal etmiştir. *Peckham J* tarafından çoğunluğun önüne konulan mesele kanunun

132 Wendell Holmes, ‘Privilege, Malice, and Intent’ (n 105) 467-68.

133 *Otis v Parker* 187 US 606 (1903).

134 İbid 609.

135 *Lochner v New York* 198 US 45 (1905).

136 ç.n: *Due process* kavramı, aslında ilk şekilde sadece usuli güvenceleri sağlamak amacı ile düzenlenmiş bir kavramdır. Nitekim, Amerikan Anayasası’nın Ek 5. ve Ek 14. maddeleri sadece “hiç kimsenin hukuki usule uygun olmaksızın; yaşam, hürriyet ve mülkiyetinden mahrum edilemeyeceğini” düzenlemektedir. Ancak bugünkü anlamı usuli bir güvenceyi fazlasıyla aşmış ve gerek federal gerekse federe devletlerin tasarruflarının içeriğini de denetleme imkanı yaratan maddi (substantive) *due process* mahkeme içtihatlarıyla Amerikan hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Bugün, Yüksek Mahkeme tarafından uygulanan haliyle *due process*, Alman doktrinindeki “hukuk devleti”, İngiliz hukukundaki “rule of Law” kavramları ile benzer hususları kapsamaktadır. Amerikan hukukunda da hukukun üstünlüğü anlamında “rule of law” kavramı kullanılmakla beraber, bu kavram “*due process of law*” gibi anayasal bir kavram olmadığı gibi Yüksek Mahkeme’nin kararlarında kullandığı ölçüt de “*due process of law*” olmaktadır. Bkz. Altıparmak, K., “‘Due Process of Law’ Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:45, S:1, 1996, s.219-220, Erişim:16.01.2020, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1139/1727.pdf>

Kendisine uygun gözükene işe dair sözleşmelere dahil olmaya... devletin polis gücünün adil, mantıklı ve uygun bir kullanımı veya... bireyin hakkına mantıksız, gereksiz ve keyfi bir müdahale olup olmadığıydı.¹³⁷

On dördüncü değişiklik kişinin işiyle alakalı sözleşme yapma hakkını korumaktaydı. Devletin müdahalesi olmadan fırıncılar kendilerini koruyabilirlerdi. Dahası pazarlık polis gücü altında yasama faaliyetini meşrulaştıracak kadar özellikle marazi değildi.¹³⁸ *Holmes*'ün muhalif görüşü kısaydı:

Bu dava, ülkenin büyük bir bölümünün kabul etmediği bir ekonomik teori üzerinde karara bağlanmaktadır. Eğer mesele benim bu teoriyi kabul edip etmediğim olsaydı, karar vermeden çok önce onu daha fazla çalışmayı arzulardım. Fakat bunun görevim olduğunu düşünmemekteyim, çünkü kendi mutabakatımın veya ihtilafımın çoğunluğun görüşlerini kanunda somutlaştırma hakkıyla alakası olmadığına kuvvetli bir biçimde inanmaktayım... Bir anayasa paternalizm ve vatandaşın devlete organik bağı veya serbest ticaret olsun olmasın belirli bir ekonomik teoriyi somutlaştırmak için tasarlanmamıştır... Anayasa esas itibarıyla farklı görüşlerdeki insanlar için yapılmıştır ve bizim bazı görüşleri doğal ve tanıdık veya asil ve hatta şartıcı bulmamızın rastlantısı, bu görüşleri somutlaştıran hükümlerin Birleşik Devletler Anayasası ile çatışıp çatışmadığı meselesi üzerindeki kararımızı neticelendirmemelidir...¹³⁹

Yüksek Mahkemedeki 30 yılı boyunca *Holmes*'ün yargı metodu bu ilk davalarda açıklanan düşünceler paralelinde devam etti.¹⁴⁰ *Holmes*'ün mirası çok önemli olmuştur. 7. Bölge Temyiz Mahkemesi ve Chicago Üniversitesi Hukuk Fakültesinde görevli ve jenerasyonunun en fazla atıf yapılan hukuk bilim insanı olan Yargıç Richard Posner'in zoraki faydacılığı, *Holmes*'ün mirasından etkilenmiştir.¹⁴¹ Yüksek Mahkemenin ilk kadın üyesi olan ve 2006 yılındaki emekliliğine kadar Mahkemedeki 25 yılı boyunca liberal ve liberal olmayan bloklar arasında çoğu zaman sallanan oyu¹⁴² kullanan *Sandra Day O'Connor* da *Holmes*'ün mirasından etkilenmiştir.¹⁴³ Yargıç

137 İbid 56.

138 Bu yaklaşım, 1930'ların Yeni Sistem döneminde son bulan sonradan adlandırılan müstakil adil sürecin bir derece önceden haberini vermiştir. Hikayenin karmaşıklıkları hakkında bakınız GE White, *The Constitution and the New Deal* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000) 245-53

139 *Lochner v New York* (n 110) 75-76.

140 S Novick, *Honorable Justice* (n 102) 298, 327, 352, 456-57, 463. Bakınız ayrıca GE White, *The American Judicial Tradition*, 3rd edn (New York, Oxford University Press, 2007) 134; GE White, *Patterns of American Legal Thought* (New Orleans, Quid Pro Books, 2010) 135-36.

141 Richard Posner, *How Judges Think* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2008). Ayrıca bakınız C Sunstein, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999).

142 ç.n: oylamanın sonucuna etki edecek nitelikte belirleyici, anlaşmazlıkları karara bağlayacak olan oy

143 W Huhn, 'The Constitutional Jurisprudence of Sandra Day O'Connor' (2006) 39 *Akron Law Review* 373, 379.

O'Connor, anayasal odak noktasının *Holmes*'ün zamanından oldukça farklı meseleler üzerinde olduğu bir zamanda Yüksek Mahkemede görev yaptı. *Lochner* davasında olduğu gibi *Holmes* için anahtar anayasal mesele, ekonomik regülasyonun anayasal olarak geçerli olup olmadığıydı. 1950'lerden beri anayasal meseleler ekonomik değil, bireysel ve toplumsal haklar etrafında dönmeye meyletmiştir. Okullardaki ırk ayırımını kaldırmayı zorunlu kılan *Brown v Board of Education*¹⁴⁴ davası ilk önemli örnekti, bunu oy verme, okulda ibadet etme, doğum kontrolü, ifade özgürlüğü ve kürtaj gibi çok çeşitli meselelere ilişkin kanun ve yasal düzenlemeleri iptal eden bir takım kararlar takip etti. Bu tür kararlar hem siyasi hem de entelektüel tepkiler üretti. Yargısal metot alanında bir kol, 1959 yılında Harvard'da Profesör *Herbert Wechsler*'in *Oliver Wendell Holmes* dersinde ifade edilen tarafsız ilkeler çağrısıydı. Tarafsız ilkeler hâlihazırdaki sonucu aşan mantık yürütme ve analize yol açan ilkeleri ifade etmekteydi.¹⁴⁵ Diğer bir kol *John Hart Ely*'nin demokratik süreçleri sağlamaya yönelik anayasal eylemciliğin sınırlandırılması kavramıydı.¹⁴⁶ Öte yandan başka bir kol, anayasal ve kanuni hükümleri yorumlayan mahkemelerin metne odaklanması gerektiği inancını taşıyan Yüksek Mahkeme Yargıç *Scalia* ile aynı görüşteydi.¹⁴⁷

Bireysel ve toplumsal hakları Amerikalı gözüyle dikkate sunmaktansa, neslinin seçkin İngiliz yargıç *Lord Bingham*'a dönmeme izin veriniz. *Bingham* sırasıyla Temyiz Mahkemesi (*The Court of Appeal*) Hukuk Dairesi başkanlığı (*Master of the Rolls*¹⁴⁸), İngiltere ve Galler *Lord Chief Justice*'ı ve 2000'den 2008'e kıdemli hukuk lorduydu. Yargının geri kalanıyla birlikte, ama daha ziyade bir lider olarak *Bingham*, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu ile yapılan hukuk sisteminin dönüşümüne yön vermek zorunda kalmıştı. *Bingham*'ın yargısal metodu, İngiliz pragmatizmi olarak tanımlanabilecek bir metottu. Bildirimsel teori veya geleneksel yargılama ekolü olarak muhtelif zamanlarda tanımlandığı şeyin reddi ile başladı. *Bingham* bunları, 1962 yılındaki emekliliğine kadar iki on yıl boyunca Lordlar Kamarasını idaresi altına alan *Viscount Simonds* ve *Sör Owen Dixon* ile birleştirmektedir. Burada *Bingham*, hukukun bildirimsel teorisini bir masal olarak tanımlayan *Lord Reid* gibilerinin ayak izlerini takip etmekteydi. *Bingham*, hâkimlerin kanun yapıcılar olarak hiçbir rolünün olmadığı yönündeki geleneksel ekolü reddetmiştir, çünkü geleneksel ekol özellikle temyiz seviyesindeki hâkimlerce karşılaşılan yargılamanın yeterli bir açıklamasını sunmamaktaydı. Bu hâkimlerin tecrübeleri, önlerine gelen davalar, esas itibarıyla, anlamlarında açık ve şüpheye yer vermeyen hükümlerin bölümlerini açmadığı yönündeydi.¹⁴⁹

144 *Brown v Board of Education* 347 US 483 (1954).

145 Herbert Wechsler, *Principles, Politics and Fundamental Law* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980).

146 John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980).

147 Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law* (Princeton, Princeton University Press, 1997).

148 ç.n:Temyiz Mahkemesi'nin bir hakimi ve bu Mahkemenin Hukuk Dairesinin başkanıdır. Aynı zamanda Danışma Kurulu (*Privy Council*) üyesidir. Bkz. Courts and Tribunals Judiciary, *Master of the Rolls*, Erişim:17.01.2020, <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/judges/profile-mor/>

149 T *Bingham*, *Lives of the Law* (Oxford, Oxford University Press, 2011) 130-33.

Simonds ve Dixon'dan yelpazenin diğer ucunda Lord *Denning* bulunmaktaydı. *Denning* 1940'larda görece genç bir yaşta yargıç olarak atandı ve kendisini hukuk yenilikçisi olarak hızlıca tanıttı. *Denning*'in yargı felsefesi açık ve basitti: Hâkimler, adaleti sağlamak için kanunun otoritesini kullanmak üzere oradaydı. 1955 yılında bazı konuşmalarını¹⁵⁰ bir araya getiren *The Road to Justice* kitabında *Denning*, gereğinden fazla açıdan kanunların modern toplumun ihtiyaçları bakımından yetersiz olduğunu ifade etti. (*Denning*'e göre) bazı hukukçular gereğinden fazla kanuna ve gereğinden az adalete önem verdi; onlar kanunu zamanın ruhuna uygun hale getirmek yerine kelimelerin anlamlarını ayrıntılarıyla söyleyen teknisyenler haline gelmişti. *Denning* için adalete giden yol; içtihadan vazgeçilebilmesi, içtihat hukuku varsayımlarının zamana uygun hale getirilebilmesi ve boşlukları doldurmak ve Parlatmentonun niyetini icra etmek için hükümlerin amacına uygun bir biçimde okunması anlamına gelmekteydi.¹⁵¹

Bingham, Denning'i oldukça takdir etmekteydi, ama birçoğu gibi onu sinir bozucu bulmaktaydı. Bir defasında *Denning*'in mahkemesinde dava vekili olarak bulunduğu Lordlar Kamarasının oybirliği kararını beyan ederek Lord *Simon*'ın gözlemine fazlasıyla bel bağladığı esnada *Denning* tarafından kesintiye uğradığını ve *Denning*'in 'ama Lord *Simon*'ın bunu söylemiş olmaktan çok üzgün olduğunu kendisine söylediğini' aktarmıştı.¹⁵² *Bingham, Denning*'in yerleşik hukuk kurallarının, münferit bir davada adaletin sağlanmasına mani olduğunda, hâkimlerin kanun yapım rolü tatbik edebilir yönündeki savını kabul etmemekteydi; (*Bingham*'a göre bunun sebebi), ilk olarak eğer hâkimler yürürlükteki kanundan gereğinden fazla bağımsız ise veya içtihadı gereğinden fazla görmezden geliyorsa, kanunun tenkit edilebilir bir biçimde belirsiz ve tahmin edilemez bir hale gelmesi; ikinci olarak hâkimlerin bireysel mizaç ve temayülüne olması gerekenden fazla bağımlı olunması; üçüncü olarak belirli bir gündemle çalışan hâkimlerin önlerindeki davanın esaslarını karşılayamamaları ve son olarak hâkimlerin genel anlamda hukuk reformcuları olmak üzere donatılmamış olmalarıdır.¹⁵³

Bingham, sınırlar içinde kaldığı müddetçe, hâkimlerin bazen hukuk yapması ve bunun tamamen uygun bir yargı fonksiyonu olduğu yönündeki İngiltere ve Galler'de çoğunlukçu ekol olarak gördüğü ekolü tercih etmekteydi. 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu öncesindeki yazılarında *Bingham*, ya geçilmemesi gereken ya da geçerken dikkat edilmesi gereken beş olası sınır tanımlamıştır: Birincisi makûl insanların belli bir hukuk yaklaşımı temelinde işlerini tertip ettiği zaman; ikinci olarak hukukun kusurlu olduğu ama islahının bir araştırma veya mahkemenin üstlenemeyeceği bir türde bir danışma icap ettirmesi durumunda; üçüncü olarak bir mesele hakkında toplumda bir uzlaşmanın bulunmadığı durumda; dördüncü olarak meselenin hâlihazırda Parlatmenter faaliyetin konusu olduğu zaman ve son olarak konunun

150 Lord *Denning*, *The Road to Justice* (London, Stevens, 1955).

151 Bakınız C *Stephens*, *The Jurisprudence of Lord Denning* (Newcastle, Cambridge Scholars Publishing, 2009) vol 3, 73-86.

152 T *Bingham*, *The Rule of Law* (London, Allen Lane, 2010) 167.

153 İbid 32-33.

sıradan yargı tecrübesinin çok uzağında bulunduğu durumda. *Bingham* ayrıca, bazı davalarda hâkimlerin farklı hukuki çözümler arasında seçim yapmak ve aslında yeni hukuk yaratmak zorunda kaldıklarını düşünebilecekleri, ama genellikle sorunun hangi yerleşik yasal ilkenin uygulanması olduğu yönünde uyarıda bulunmuştur. (*Bingham*'a göre) hâkimlerin dengeleme uygulamalarıyla meşgul oldukları durumlarda bile – bu 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu öncesinde yazılmıştı – takdir yetkisinin onunla hiçbir işi yoktu, çünkü farklı hâkimlerin etkenlere farklı ağırlık yüklemesine rağmen dengeyle giden meseleler ihdas edilmişti. Ancak *Bingham*'ın kaçamadığı gerçek, hâkimlerin bazen seçim yapmak zorunda kaldıkları ve yasayla yerine başka bir şey konmadığı müddetçe bu seçimin hukukun ne olması gerektiğini belirlemesi, olmuştur.

Bingham'a göre insan hakları mekanizmalarının yorumlanması da dâhil olmak üzere anayasal yorumlamayı yöneten ilkeler, bir bakıma kanun yapımına uygulanan ilkelerle aynıdır. Başka açıdan ilkeler, anayasal hükümlerin daha açık terimlerle ifade edildiği kadar farklıydı ve çünkü onların bağlam ve uygulaması zaman içinde değişmekteydi. Yargısal görev, diğer dava türlerindeki yapılanlarda olduğu gibiydi. Gerçekler bulunmalı, (yasal) metin ve yetkiler incelenmeli ve makul bir hüküm verilmeliydi. Farklılık, iç hukukta aşına olunmasına rağmen, daha ziyade bir değerlendirme yapılarak alınan karar çeşidinde bulunmaktadır. *Bingham*'ın görüşünde yargısal hukuk yapmanın sınırları bulunmaktaydı. *Bingham*, içtihat hukukunun parlamenter egemenliğe sınır koyduğu fikrini kesinlikle reddetmekteydi.¹⁵⁴ İnsan Hakları Kanunu içindeki iddialara istinaden *Bingham*, (hâkimler tarafından) hukuk yapılmasının kapsamının dar olduğunu düşünmekteydi. (*Bingham*'a göre) mahkemeler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin metnini hayata geçirmeliydi ve bu, Sözleşmeye taraf tüm devletlerde aynıni ifade etmek zorundadır. (*Bingham*'a göre) hâkimler kararlarının Avrupa uzlaşmasının bir (nevi) Konseyini yansıttığından emin olmalıydı. Mahkemelerin Strasbourg hukuk sistemine uyum sağlamak zorunda oldukları açık bir yetki bulunmaktaydı. Serbestçe hareket etme ehliyeti bulunmamaktaydı.

Bingham'ın hukuk sisteminde bu yaklaşım açıktır.¹⁵⁵ Açık ve anlaşılır bir biçimde ifade edilen önemli bir endişe kurumsal yeterlilikti. Bu durum, *A v Secretary of State for the Home Department* (Belmarsh davası)¹⁵⁶ davasında açıktır. Dava, güvenlik veya diğer sebeplerden ötürü Birleşik Krallık'tan uzaklaştırılmayan ama Bakanın ulusal güvenliğe bir tehdit ve terörist olarak addettiği yabancı uyrukluların tutuklanmasına karşı başarılı bir sınamaydı. Hükümet, Birleşik Krallık'ın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5(1) maddesinin devre dışı bıraktığı bir düzenleme getirdi, böylelikle temyizde bulunan dokuz kişi tutuklanabilecekti. Hükümet, Sözleşmenin 15'inci maddesinin anlamı kapsamında ulusun yaşamını tehdit eden bir kamu aciliyeti bulunduğu gerekçesiyle böyle davrandı. Lordlar Kamarası derogasyonu destekledi. Ancak, Mahkeme, temyiz edenlerin tutuklanmasına yetki veren 2001 tarihli Anti-

154 T *Bingham*, *The Rule of Law* (London, Allen Lane, 2010) 167.

155 Bakınız R Clayton ve H Tomlinson, 'Lord *Bingham* and the Human Rights Act 1998' in M Andenas and D Fairgrieve (eds). *Tom Bingham and the Transformation of the Law* (Oxford, Oxford University Press, 2009).

156 *A v Secretary of State for the Home Department* (2005) 2 AC 68.

Terörizm, Suç ve Güvenlik Kanununun 23'üncü maddesi ile İnsan Hakları Kanunu arasında uyumsuzluk bulunduğuna hükmetti; söz konusu hüküm meşrulaştırılmayacak bir biçimde temyiz edenlere karşı ayırında bulunmuş ama aynı tehdidi arz eden Birleşik Krallık uyrukluları için hiçbir hüküm getirmemiştir. *Bingham* (bu konudaki görüşünü) şöyle ifade etmiştir:

... bir mesele (geniş veya dar anlamda) daha saf bir biçimde siyasetleştirilince siyasi karar için daha uygun ve yargı kararı için daha az uygun bir mesele haline gelir. Bu nedenle mahkemenin olası rolü daha az olacaktır. Siyasi meseleleri çözüme kavuşturmak yargı organlarının değil siyasi organların vazifesidir. Bunun tersine, bir meselenin yasal içeriği ne kadar çoksa mahkemenin potansiyel rolü o kadar çoktur, çünkü anayasamız uyarınca ve Parlatentonun egemen kuvvetine bağılı olarak yasal meseleleri çözüme kavuşturmak, siyasi organların değil mahkemelerin vazifesidir. Eldeki mesele bana göre yelpazenin pek bir siyasi ucunda bulunmaktadır...

V. SONUÇ

Bizim sistemimizde avukatlar daima siyasette önemli bir kuvvet olmuşlardır. Avukatların katkılarının kendi çıkarlarına ve özel istihlamlara bazen açık gözükmesi yüzünden, bu durum bazıları için bir pişmanlık meselesi olmuştur. Bunda doğruluk payı olsa da, avukatlar Parlatentoda değerli bir rol oynamıştır. Ancak, avukat milletvekillerinin yasamayı denetlemede ve sivil özgürlükler ile insan haklarını korumada diğer milletvekillerinden daha iyi olduğunu varsaymak saçmalığın zirvesidir. Geçmişte Avam Kamarasında avukatların belirgenliğinin bir açıklaması, özellikle baroda olmak üzere hukuk icrasının, siyasi bir kariyerle birleştirilebilmesiydi. Bu yol en azından bir Başbakan (*Asquith*), birçok Lord Şansölye, İçişleri bakanı ve Kraliyet hukuk müşaviri tarafından izlendi. Bu durum Parlatento çalışma saatleri, parlatento ve seçmen işlerinin gereksinimleri nedeniyle, artık geçerli değildir. Görece erken yaşta parlatentoya giren ve bir kariyer olarak sadece siyaseti bilen meslekten siyasetçinin ortaya çıkması doğal bir sonuç olmuştur. Bu, bazen gösterildiği kadar kötü değildir, ama dış dünyanın tecrübesiyle mayalanmamış gereğinden fazla meslekten siyasetçi alaşimsız bir iyi olamazdı.

David Feldman, onların (meslekten siyasetçilerin) farklı görüş açılarının; Parlatento, yürütme ve yargının bizim anayasal düzenlememize dair farklı görüşlerinin bulunduğu, anlamına geldiğini iddia etmiştir.¹⁵⁷ 19'uncu ve 20'nci yüzyılların tersine, hâkim kürsüsü şimdi siyasi bir geçmişi bulunan hâkimlerden yoksundur. Yargısal Atama Komisyonunu, eski milletvekillerini (veya yerel meclis üyelerini) yüksek mahkemelere atamaktan alıkoyacak bir şey bulunmamaktadır, ama bu bir başvuranlar arzı gerektirmektedir. Bunun bir sonucu yargının, Lord *Bingham*'ın

157 D Feldman, 'None, One or Several? Perspectives on the UK's Constitution(s)' [2005] *Cambridge Law Journal* 329.

ifadesiyle, demokratik ve bürokratik süreçlerin ilk elden tecrübesine sahip kişilerden mahrum kalmasıdır. Daha önemlisi, kaçınılmaz çatışmaları uzlaştırmak için gerekli, devletin üç erki arasındaki karşılıklı saygıya katkı sağlayan kurumsal mekanizmadan eksik kalınması anlamına gelmektedir. Hâkimlerin, parlamento daimi denetim komisyonları önünde delil sunmada oynadıkları rol gibi, söz konusu karşılıklı saygıya katkı sağlayan diğer mekanizmalar bulunmaktadır. Bu diğer mekanizmalar çok yük taşıyamaz. Yapılması gereken bir bina bulunmaktadır.

İçtihat hukuku hâkimleri, kararların siyasi çıkarımlarını uyumlaştıran metotlar geliştirmiştir. Sıradan davalarda *Dixon* tarzı yasacılık tatmin edici ve doğru bir açıklamadır. Hâkimler yerleşik ilkeyi uygular, aslına bakarsanız uygulamak zorundadır. Hâkimlerin kendi özel gündemlerini takip etmek üzere ilkeyi görmezden gelemeyeceği temyiz seviyesinde bile geçerlidir. İlkeyi, sorulara cevap verirken hukuku gerçeklere (esasa) uygulaması söylenen hukuk fakültesi birinci sınıf öğrencileri tarafından çok iyi bilinen bir biçimde, uygulamaktadırlar. Haksız bir biçimde mantıksal olarak tanımlanmasına karşın metot, karakterinde kurallara bağlıdır, ilke özel bir kapsamda uygulanmakta ve savunulabilir bir sonuca dayandırılmaktadır. Hiç kuşkusuz herhangi bir meslekte olduğu gibi bazı analiz ve mantıki sonuçların diğerlerinden daha iyi olduğunu söylemek mümkündür. Fakat *Dixon*, hâkimlerin hukuk yaratma fonksiyonunu ve bunda değerlerin rolünü inkâr ederken yanılmıştır. *Bingham*'ın izah ettiği gibi, hâkimlerin bazen seçim yapmak zorunda kalması kaçınılmaz bir gerçektir ve hukuk yaratmanın yerine başka bir şey konulmazsa bu seçim, hukukun ne olması gerektiğini belirlemektedir. Değerler, *Holmes*'ün ünlü aforizmasında bahsettiği tecrübe, buna dâhil oldu. *Holmes*'ün ifade ettiği gibi, bu değerler hâkim tarafından bilinmeyebilir veya belirsiz olabilir, *Holmes*'ün düşüncesi, kararların bir şekilde doğal olduğunu varsaymamaları için hâkimlerin, karar almaya dahil ettikleri değerleri ortaya çıkarmaya çabalamak zorunda olduklarıydı. Bir karara nüfuz eden değerlerin farkında olmamak, *Holmes*'ün ifadesiyle, tartışmalı ve çoğu zaman ateşli meseleler hakkında taraf tutmak anlamına gelebilir.

Tam bu noktada yargısal karar almanın sınırları başlamaktadır. *Dixon* sınırları tanımlamadı, ama kendisinin yargısal metodunun mantık ve tekniğinden doğan sonuçların bir kabulünden kamuoyu güveninin doğacağını varsaydı. O dönemde gerçek durum bu değildi ve kamuoyu bilgisi arttıkça ve riayet azaldıkça bu durum daha da azaldı. *Lanchner*'de ifade edilen *Holmes*'ün görüşü, anayasal bir enstrümanın çok çeşitli bir halk için yapıldığı ve çoğunluğun düşüncesini hukukta somutlaştırma hakkına sahip olduğu yönündeydi. Bu fikir, bireysel ve toplumsal haklar çağında sınımla karşılaşmıştır. Çoğunlukların azınlıkları dezavantajlı konuma getirme ve hatta baskılamaya yönelik her zaman mevcut olan eğilimi, içtihat hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki mahkemelerde koruyucu bir görev tesis etmektedir. Fakat *Bingham*'ın doğru şekilde öne sürdüğü gibi, bazı kararlar haddi zatında siyasidir, bireysel hakları içerse bile buralarda mahkemeler maceraya atılmamalıdır. Denge, parlamento ve yürütme fonksiyonunu destekleme lehine oluşacaktır. Mahkemelerin tüm sorunları çözebileceğini ve siyasetin (çoğu zaman olan) cefasından, harekete geçmeleri için mahkemelere müracaat ederek, kaçınılabileceğini düşünmek basitçe bir hatadır.