

İYİ ANAYASA

Yazar: Sir John LAWS¹

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Galip Engin ŞİMŞEK*

I. Giriş

İyi bir anayasa nedir? Bu soru toplumda yaşayan herkesi ilgilendirir; bu yüzden hepimizin -Pericles'in yararsız adamı, *idiotis*², hariç hepimizin- bunu bulmakta menfaati vardır. Bu konuşmada iyi bir anayasanın önemli bir unsuru olduğunu düşündüğüm şeyi tanımlayacağım: bir anayasanın iki politik ahlakı içermesi ki bunlara hukuk ahlakı ve yönetim ahlakı diyeceğim.

“Anayasa” terimi ile egemen bir devlette yöneten ile yönetilen arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar dizisini kastediyorum. Bu nedenle bir anayasa yöneteni tanımlayan, devletin temel organlarını tayin eden (Batı modelinde yasama, yürütme ve yargı), ve bunların yetki ve yükümlülüklerini tespit eden koşulları ortaya koymalıdır. İyi bir anayasa makul erkek ve kadınların rıza göstereceği bir özelliğe haiz olmalıdır ki bu yönetenin devletin gücünü kendisinin değil halkın menfaatine kullanmasıdır. Ancak insanlığın haşarı doğası gereği neyin halkın yararına olduğu her zaman tartışmalıdır. Kamusal iynin kesin olarak tespit edilebilen tek bir fikirler setine bağlı olduğu iddiası akıl ve bilim tarafından yalanlanmaktadır. Böyle bir iddia yalnızca seküler veya dini bir inanç gereği mümkün görülebilir. Böyle bir inanç ise sadece baskıcı ve keyfi bir idarenin sahte meşruiyetine geçerlilik kazandırır: tekelci bilgelik iddiasındaki bir yönetici zorunlu olarak zorbalığa özenir zira tanım gereği her zaman haklıdır. İnsanlar bazen bu tür iddialara kolayca kendilerini kaptırabilmektedir. Bir dönüm noktası olan eseri, *The Power of The Powerless*'da, Vaclav Havel'in dediği gibi:

İdeoloji dünya ile ilişki kurmanın aldatıcı bir yoludur. İnsanlara bir kimlik, onur ve ahlak hayali verirken aynı zamanda bunlardan yoksun kalmalarını da kolaylaştırır.³

* Yrd. Doç. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.gesimsek@hotmail.com.

¹ Bu yazı Kraliyet Mahkemesi Yargıcı Lord Laws tarafından 4 Mayıs 2012 tarihinde Cambridge'de verilen 12. Sir David Williams Konuşması'nın revize edilmiş halidir. Orijinal makalenin referansı: John Laws, Sir (2012). THE GOOD CONSTITUTION. The Cambridge Law Journal, 71, s. 567-582 doi:10.1017/S0008197312000827; http://journals.cambridge.org/abstract_S0008197312000827.

² The Funeral Speech: Thucydides, History of the Peloponnesian War, trans. R.Crawley (London 1910), 2.40.

³ Trans. Paul Wilson, (London 1985), Section III.

Bu nedenle insanların menfaatini sağlama almak ve zorbalıktan kaçınmak için iyi bir anayasa farklılık ve tartışmaya müsaade etmelidir; yani kısaca çoğulculuğa. Çoğulculuk mecburiyeti demokratik yönetimin en iyi gerekçesidir. Demokrasi bir sonuç değil bir araçtır. Çoğulculuğu teşvik eder ve olası zorbaları engeller, zira seçim sandığının onayı düzeltici bir ilaçtır: gerçi bir panzehirden ziyade bir kusturucudur.

O halde içinde hukuk ahlakı ve yönetim ahlakı şeklinde iki politik ahlakı bulduran iyi anayasa demokratik bir anayasadır. Mevcut demokratik düzenlemelerimiz tartışmanın başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Kamusal meselelerimiz son zamanlarda mahkemeler ile seçilmiş hükümet arasındaki bir yetki mücadelesini gösteren tartışmalarla damgalanmıştır. Bir mahkeme cezasını çekmekte olan mahkumlara seçme hakkı verme yetkisine sahip olmalı mıdır? Yoksa bu mesele seçilmiş hükümete mi bırakılmalıdır? Bir mahkeme yabancı bir suçlunun İngiliz vatandaşı bir çocuğun babası olduğu için burada kalmasına izin verilmesi gerektiğine karar vermede tamamen serbest bırakılmalı mıdır? Ülkenin milli güvenliğine tehdit oluşturan birisinin başına bir şey gelmesi ihtimali nedeniyle başka bir ülkeye sınır dışı edilmekten kurtulması kararını kim vermelidir? Şayet hem yürütmenin hem mahkemelerin oynaması gereken bir rol varsa, bu roller nasıl paylaşılmalıdır? İyi bir anayasa bu konularda neler söyleyebilir?

Bu tartışmalara üç farklı soyutlama seviyesinden bakılabilir. Tartışmalar genellikle birinci bazen de ikinci seviyede ele alınmaktadır. Bu konuşma üçüncü soyutlama seviyesi üzerinedir. Burada amaç iki değer arasındaki tezatı ortaya çıkarmaktır. Bunlar iki farklı politik ahlak alanı olan hukuk ahlakı ve yönetim ahlakıdır. Birinci ve ikinci seviyeler bu iki politik ahlaka başvurmadan tam olarak anlaşılabilir. Bu yüzden bunların iyi bir anayasanın doğası hakkında öğretecek çok şeyi vardır.

II. Üç Soyutlama Seviyesi

Son dönem tartışmalarımızın ele alınabileceği soyutlama seviyelerinin ilki bunların, ister Strasbourg Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ister 1998 İnsan Hakları Kanunu'nun yürürlüğe girişinden itibaren bizim kendi mahkemelerimiz tarafından uygulansın, insan hakları hukukunun bir fonksiyonu olduğu algısıdır. Bu konuda mahkemelerimizin kendi insan hakları hukukumuzu Strasbourg içtihatlarına biraz fazla sıkıca bağlamış olup olmadığı sorusu üzerine değerli katkılarının yapıldığı⁴ ve benim de birşeyler söylemek istediğim canlı ve önemli bir

⁴ Bkz., örnek olarak Savcı'nın 24 Ekim 2011'de Lincoln Inn'de yaptığı konuşma: *The European Convention on Human Rights: Current Challenges* (<http://www.attorneygeneral.gov.uk>, 25

tartışma bulunmaktadır. Ancak bu soyutlama seviyesinde kamu oyunundaki ifadeler özellikle insan haklarının gerçekleşmesi zor idealleri için zamanı az olanlar tarafından sıkça yapılan düşüncesizce bir retoriğin izlerini taşımaktadır. 22 Nisan 2012'de *The Sunday Telegraph*'da okuduğum mektubun yazarının şu ifadesi moralimi bozmuştu: “Burası bir demokrasidir. Şayet çoğunluk Abu Qatada'nın ülkeden gönderilmesini isterse, Hükümet bunu yapmak zorundadır. Hükümet bu ülkeyi veya bu halkı umursamayan bir mahkeme tarafından yıldırlılmamalıdır.” Bu demokrasiye yapılan bir gönderme değildir. Bu Yunanlıların oklokrasi dediği yığınların yönetimine dair bir ifadedir.

Amacım açısından bu ilk soyutlama seviyesi değinmiş olduğum tartışmalar bakımından yalnızca bir vesile ancak çok önemli bir vesile sunmaktadır. İyi bir anayasanın kökleri çok derinlerdedir. İkinci soyutlama seviyesi bizi bunun merkezine daha yaklaştırır. Bu şu şekilde tanımlanabilir. Tartışmalar anayasal bir fenomenin belirtileridir: yani anayasamızın doğasının parlamenter üstünlükten anayasal üstünlüğe doğru geçişi. *International Transport Roth GmbH v. Secretary of State* davasında,⁵ Kanada Yüksek Mahkemesi'nden Yargıç Iacobucci'nin yorumuna⁶ referansla şunu söylemiştim:

Uzun olmayan bir zaman önce, İngiliz sistemi saf ve basit bir parlamenter üstünlüğe dayalıydı. O zamanlarda, anayasal hakların kendi başına ileri sürülmesi yanlış bir kullanım olurdu, zira genelde bir haklar hiyerarşisi, 'anayasal' ve diğer haklar arasında bir ayırım yoktu. Parlamentonun her kanunu diğerleri ile hukuken aynı mertebededeydi, hakimlerin yaptığı hukukça verilmiş haklar bakımından ise bunların kanunların statüsü ile yarışması söz konusu değildi. Mahkemeler bazı temel özgürlüklerin korunması lehine yorum kuralları geliştirmiş olsalar da esas olarak Parlamento temel haklara dair bu iddialarla sınırlanmaksızın yasama yapabiliirdi. Şu andaki evrimsel durumda, Kanada davasındaki dili kullanmak gerekirse, İngiliz sisteminin parlamenter üstünlük ile anayasal üstünlük arasında ortada bir yerde durduğu söylenebilir. Parlamento egemen yasa koyucu olarak devam etmektedir; uyması gereken daha üst bir belge yoktur (Avrupa Birliğine üyeliğimizin ardından gelen güncelleştirmeleri bir kenara koyuyorum); hukuken yapamayacağı hiçbir kanun yoktur. Ancak aynı zamanda teamüli hukukumuz da

Eylül 2012; Lord Irvine of Lairg, *A British Interpretation of Convention Rights*, UCL Judicial Institute and the Bingham Center for the Rule of Law, 14 Aralık 2011 (http://www.biiicl.org/files/5786_lord_irvine_convention_rights.pdf, 25 Eylül 2012); ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üzerine Brighton Konferansı raporu, Nisan 2012 (bkz <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/Reform+of+the+Court/Conferences>, 25 Eylül 2012)

⁵ [2003] Q.B. 728.

⁶ *Vriend* [1998] S.C.R. 493, 563.

anayasal veya temel haklar kavramını tanımakta ve onaylamaktadır. Bunlar genel olarak Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Konvansiyonu'nda ifade edilmiş olan haklardır..., ancak bunların tanınması teamüli hukukun kendisi tarafından yapılmaktadır...

Bununla beraber parlamentlerden anayasal üstünlüğe doğru geçişte temel hakların hukuken tanınması çabası önemli bir zorlukla karşılaşmaktadır. Temel haklar ve yönetim politikaları birbirleri ile çatışma içine düşebilmektedir. Temel haklar hukuki bir kurgu olarak genellikle yargıçların elindedir. Yönetim politikası ise elbette yürütmenin elindedir. Bu yüzden Strasbourg Konvansiyonu'nun sonuçları bir yana, parlamentlerden anayasal üstünlüğe doğru ilerleyiş mahkemeler ile politikacılar arasında ortaya çıkan yetki savaşının başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Profesör Vernon Bogdanor *The New British Constitution*⁷ adlı kitabında Sir Stephen Sedley'in "Kraliyet'in Parlamentodaki hakimiyeti ve mahkemelerdeki hakimiyetinden oluşan çift-kutuplu egemenliğine [dair] yeni ve henüz ortaya çıkmakta olan bir paradigma"ya yaptığı referansı hatırlatmaktadır. Bogdanov şöyle devam ediyor⁸:

Böyle bir paradigmanın güçlüğü elbette şudur ki yeni çift-kutuplu egemenliğin iki ucu yetkinin paylaşılması için işbirliği yapmak yerine çok kolaylıkla çatışma içine düşebilir.

Mevcut veya potansiyel bu çatışma ışığında bu ikinci soyutlama seviyesinin-parlamentlerden anayasal üstünlüğe ilerleyiş- bahsetmiş olduğum tartışmalara ilişkin düşüncelere yakın zamandaki katkılarını eklemek faydalı olur. Jonathan Sumption geçen yıl Lincoln's Inn'deki F. A. Mann Konuşması'nda⁹ şu soruyu sormuştu: "Bir demokraside yargısal denetim hükümetin ve yasamanın düzgün çalışmasına tecavüz etmeden nereye kadar gidebilir?" Daha sonra da şu soruyu: "Hukuk nerede biter ve politika nerede başlar?" Bu sorulara genel olarak cevabı yargıçları politik alana tecavüz etmemeye davet eden bir yargısal kendini sınırlama çağrısıydı:

Demokratik kurumlarımızın düzgün işlemesi hakkında kaygı duyanlar açısından, özünde politik olan meselelerin yargısal olarak çözümünü savunmak zordur. Kamusal rızada bunun meşru bir temeli yoktur, zira yargıçlar kararları bakımından haklı olarak kamuya karşı sorumlu değildir... Mahkemelerin ge-

⁷ (Oxford 2009), ch. 3, s. 82.

⁸ a.y.

⁹ *Judicial and Political Decision-Making: The Uncertain Boundary* (http://www.legalweek.com/digital_assets/3704/MANNLECTURE_final.pdf.)

leneksel olarak karışmaktan imtina ettiği politika-yapım alanlarındaki çekimser tavırlarına ilişkin en ikna edici neden uzun zamandır devam eden anayasal geleneklere göre bunların yürütme veya yasamanın özel alanı içinde yer almalarıdır. Asıl meselenin devletin farklı organlarınca yapılan kamu tercihlerinin uygunluğu olduğunda, demokratik hesap verilebilirlik, bu yaklaşımın hükümet faaliyetlerinin bütün alanlarına genelleştirilmesi için bir neden olmalıdır.

Lord Sumption kendi görüşüne göre bu imtina kuralının dikkate alınmadığı örnekleri de vermektedir. Bu durumun İnsan Hakları Kanunu'nun işlemeye başlaması ile kötüleşmeye başladığına açıkça inanmakta ve Strasbourg mahkemesinin içtihatları hakkında da söyleyecek şeyleri bulunmaktadır, ancak yargısal geri çekilmeyi savunması bunu geleneksel anayasal alana saygı duyma erdemi olarak görmesine dayanmaktadır.

Lord Sumption'ın tezi bu yılın Şubat'ındaki *London Review of Books*'da¹⁰ Sir Stephen Sedley tarafından eleştirilmiştir. Sir Stephen, Lord Stumption'ın Fransa ve Birleşik Devletler'deki anayasal ilerleme yorumuna ciddi bir eleştiri getirmiştir ve bütün saygıyla aralarındaki bu tarihsel tartışmanın canlanmasını temenni ederim. Sir Stephen kendi adına kamu hukukumuzu idare eden yargıçların bulunmamaları gereken bir alanı ihlal edecek bir geçiş yapmadıklarına yönelik güçlü ve ciddi bir tezi savunmaktadır. Lord Sumption'ın bu konuda aksi yöndeki örneklerini de inkar etmektedir. Bu açıdan şunu söylemekte:

Mahkemeler Parlamento'nun anayasal üstünlüğüne saygı duymak için ellerinden geleni yapmaktadır; Sumption aksini gösteren hiçbir ciddi örnek vermemektedir. Bakanların yönettiği devlet departmanlarından -yarı hükümet dışı kuruluşlar ve yerel idareler dahil-oluşan yürütme kamu hukukunun kontrollerine tabidir.

Kanaatimce Lord Sumption birincil yasama ile idari eylem arasındaki farkın ve mahkemelerin birinciye devam edegelen saygısının hakkını vermemektedir; ve yasamanın İnsan Hakları Kanunu ile yargıya stratejik konular diyebileceğimiz meselelere girmekten başka seçenek bırakmadığı gerçeğine, her ne kadar kabul etse de, gereğinden az bir önem vermektedir. Ancak Sir Stephen da kendi adına parlamentodan anayasal üstünlüğe ilerleyiş ve bunun yargı ve politik otoriteler arasında devlet gücünün dağılımına etkisiyle açıkça yüzleşmemektedir.

Bunlar mahkemeler ve politikacılar arasındaki ihtilaf tartışabileceğimiz ilk iki soyutlama seviyeleridir: insan hakları hukukunun etkisi ve parlamentlerden

¹⁰ Sir Stephen Sedley, *Judicial Politics*, London Review of Books Vol.34 No.4, 23 Şubat 2012.

anayasal üstünlüğe ilerleyiş. Ancak bu soyutlamalar cevaplar sunmaktansa ikilemler ortaya çıkarmaktadır. Şayet iyi bir anayasa yönünde daha fazla kavrayış elde etmek istiyorsak zannediyorum hem bu ihtilaflar bakımından hem de genel olarak iki politik ahlak alanıyla yüzleşmeli ve bunları anlamalıyız: hukuk ahlakı ve yönetim ahlakı. Bu da üçüncü soyutlama seviyesidir.

III. İki Politik Ahlak

Bu iki ahlak nedir? Bunlar iyi bir anayasaya göre Devlet otoritesinin kararlarını verirken veya onaylarken çaba göstermesi gereken iki zıt değerdir. Bunları şöyle özetleyebiliriz (1) her bir bireyin irade özgürlüğü ve (2) halkın bir bütün olarak menfaatleri. Bunlar hukuk ve yönetime ait ahlak alanlarıdır. Bunların ilki ister devletin veya vatandaşların genel menfaatini iyileştirsün veya aksi olsun, borçların ifa edilmesi ve hakların korunması gerektiği kavramı ile alakalıdır. Ancak ikinci ahlak alanı devletin ve vatandaşların refahını merkeze alır: “en fazla kişiye en fazla mutluluk”. Açıktır ki bunlar birbirleri ile kolaylıkla çatışabilir.

Bu iki ahlak Profesör Ronald Dworkin’in prensip ve politika arasındaki meşhur ayrımının yakın ve güçlü izlerini taşır.¹¹ Daha geniş olarak da ahlak felsefesinin Aydınlanma sonrası iki temel ve oldukça tanıdık geleneklerini yansıtır: bir yanda haklar ve borçlar felsefesi, diğer yanda faydacılık felsefesi: Kant ve Bentham. Bu gelenekler karmaşık ve zordur. Mesela Kant’ın kategorik zorunluluk fikri ile ilişkili pek çok problem vardır; bu fikrin bir biçimi şöyle ifade edilmekte “Aynı zamanda evrensel bir kural olmasını isteyeceğin bir ilkeye göre hareket et”.¹² Bununla alakalı kişilere bir araç olarak değil bir amaç olarak muamele edilmesi fikri de ancak ciddi koşulların bulunması halinde ikna edicidir. Faydacılık da teorik ayarlamalara ve kural-faydacılığı ve eylem-faydacılığı olarak adlandırılan sonuçlara götüren kötü şöhretli problemler ile kuşatılmıştır.

Bu birbirine muhalif teorilerin üzerinde düşünürken filozofların çetin zorluklarla karşılaşmalarının bir nedeni de Teklik Kutsal Kadehi’ni aramadaki ısrarlarıdır-bütün durumlar için doğru olduğu gösterilebilen tek bir ahlak teorisi arayışı. Nitekim, şimdiden büyük felsefi önemde bir çalışma olarak kabul edilen yeni kitabı *‘On What Matters’*da,¹³ Derek Parft, Kantçılık, sözleşmecilik ve (faydacı-

¹¹ Örnek olarak bkz., *Law’s Empire* revised edition (Oxford 1998), s. 221-4, 243-4, 310-12, 338-9, 381.

¹² Metinde referans gösterdiğim *On What Matters’*da (Oxford 2011), Derek Parfit bu ilkenin değiştirilmiş bir versiyonu olan “Herkes rasyonel olarak herkesin isteyeceği evrensel olarak kabul gören prensipleri takip etmelidir” ilkesinin Kant’ın bulmaya çalıştığı şey olabileceğini: üstün ahlak prensibi” ifade etmektedir (ch.14, s. 342).

¹³ Örnek olarak bkz., Peter Singer’in 20 Mayıs 2011 *Times Literary Supplement’*daki yorumu.

lığın bir çeşidi olan) sonuççuluktan oluşan üç temel normatif geleneği sentezleyerek 'Triple Theory' adını verdiği tekçi bir bütüne ulaşmaya çalışmaktadır.¹⁴ Ancak teklik kadehi arayışına devam etmeyi önermediğimden bunu yapanların karşılaştıkları kavramsal zorluklar hakkında her hangi bir şey söyleme ihtiyacı duymuyorum. Bireyin irade özgürlüğü ve halkın bir bütün olarak menfaatleri şeklinde iki değer arasında pratikte karşılaşılan zıtlığı anlamak için bunlara temel oluşturan iki politik ahlaka işaret etmem yeterli olacaktır. Bu ikisinden her birinin kuşatıcı bir ahlaki teori olarak problemleri ne olursa olsun, bunlar farklı değerler olarak kendi içlerinde tamamen tutarlıdır ve aralarındaki zıtlık kesin olmasa da tamamen gerçektir.

İyi bir anayasayı anlamak için bu zıt değerlerin olası sonuçlarını açıklığa kavuşturmakla ilgileniyorum. İnsan hakları hukuku ve parlamenterden anayasal üstünlüğe ilerleyişe dair başlangıçtaki karşı görüşlerin ele alınabileceği ilk iki soyutlama seviyesindeki konular ve tartışmalar bu iki politik ahlak arasındaki gerilimin bir fonksiyonudur. Bunun daha fazlası: anayasamızın genel anlamı, yöneten ve yönetilen arasındaki ilişkiler hukukumuzun bu iki ahlaka verdiği izafi ağırlığa göre belirlenir. İyi anayasa bu iki politik ahlakın uyum içinde olmasını, her birinin diğerine en az zarar verecek şekilde korunmasını zorunlu kılar.

IV. İki Ahlak Arasındaki Tezat

İki ahlak alanı arasındaki tezadı ve dolayısıyla bunların her birinin doğasını daha fazla açıklamalıyım. İlk olarak, her bir bireyin irade özgürlüğünün adaletin bir fonksiyonu olduğu ve bu nedenle mahkemelerin doğal yetki alanı içinde olduğu artık bariz şekilde ortada olduğu gibi halkın bir bütün olarak menfaatleri de demokratik yönetimin bir fonksiyonudur ve bu nedenle politikacıların doğal yetki alanına dahildir. Devletin bu iki temsilcisinin diğerinin alanına tecavüz edebilecek olması tartışmamın önmeli bir kısmını oluşturacak olup yetki alanının bunlar arasında paylaşımı esas paradigmadır.

İkinci olarak, mahkemelerin doğal yetki alanı en azından geniş biçimde Kantçı felsefe tarafından belirlenirken yönetimin alanının faydacı felsefe tarafından belirlenmesi sürpriz değildir. Adaletin idaresi zorunlu olarak belli bir davada, haklar ve borçların yerleşmiş kural ve prensiplere göre kararlaştırılmasıyla ilgilidir. Faydacı bir felsefenin sistematik olarak uygulanması bu yargısal fonksiyon ile çelişkili olabilecektir. Bu durum yargıçların kamunun menfaatine olduğunu düşünmeleri halinde varsayılan daha büyük bir iyi adına uygulanması gereken

¹⁴ Parfit, age., s. 411-17.

hukuku bir kenara bırakmalarına yol açabilir. Ancak bu adaletin inkarı olur; hukukun inkarı olur.

Buna karşı politikacılar, yönetimler zorunlu olarak faydacıdır. Zira bunların özel vazifesi yerleşik hakları ve borçları değil -hastaneler ve okullar arasında, sosyal güvenlik ve savunma arasında, yüksek ve düşük vergi politikalarıyla ilgili zıt talepler arasında- çatışan ve çoğunlukla stratejik olan *menfaatleri* dikkate almaktır. Elbette yönetimin zaman zaman haklar ve borçlarla ve yargının idaresi ile (her ne kadar bu konuya bireysel adalet ile kolay uyuşmayan faydacı politikaları uygulasalar da) ilgilenebileceğini ve ilgilendiğini kabul ediyorum. Gerçekten de ceza avukatları ve yargıçlar sıklıkla ceza hukukunu karmaşık hale sokan yasa fazlalığından şikayet etmektedir. Ayrıca yönetim her konuda söz söyleyebileceği (veya eylemde bulunabileceği) için bütün politika ve yasaların arkasındaki itici gücün ister faydacı veya aksi olsun tek bir normlar setine indirgenemeyeceğini de kabul ediyorum. Yine de özellikle demokratik bir yönetimin fonksiyonu her alanda genel menfaat açısından en iyi *sonuç* olarak gördüğü şeyi teşvik veya temin etmektir. Bu ise sonuca yönelik bir pozisyonudur ve faydacı olarak adlandırılabilir, zira halkın bütünü veya her halükarda dikkate alınan sınıf veya sınıfların bütün üyeleri bakımından en iyi sonucu gözetir.

Bu cihetle politikanın felsefi paradigması faydacılığın itici gücüne dayanır. Dolayısıyla haklar ve borçlar zorunlu ve haklı olarak adaletin ve bu nedenle hukukun ahlaki dili iken faydacılık zorunlu ve haklı olarak yönetimin ahlaki dilidir.

Burada politik ahlakların kendi içerikleri hakkında bir hususa değinmek gerekiyor. Elbette her iki ahlak da eksikliği halinde diğer her şeyin boşa gideceği akıl ve samimiyeti varsayar. Ancak şu zıtlığa dikkat: hukuk ahlakına yerleşmiş prensipler vasıtasıyla etki kazandırılır fakat yönetim ahlakında bu yoktur. Hukuk ahlakını ifade eden prensipler nadiren tartışmalıdır. Bunların arasında tutarlılık, orantılılık, adil süreç ve özgürlük varsayımı bulunur. Hukuk prensiplere dayanmak zorundadır, zira bu olmazsa, sonuç yargıcın basit tercihlerinden başka bir şey olmaz ki bu da hukuk değil yalnızca güç kullanımıdır. Fakat yönetim ahlakının bir parçası olan böyle prensipler yoktur. Daha önce söylediğim gibi neyin halkın genel menfaatine olduğu her zaman tartışmalıdır ve rekabet halindeki iddialar bütün rakiplerin kabul edeceği yerleşik prensiplere indirgenemez veya bir takım prensiplerden çıkartılamaz. Elbette küçümseyici bir anlamda yönetim sürecinin genel olarak kuralsız olduğunu hiçbir şekilde iddia etmiyorum. Yönetim bir çok faktörle sınırlanabilir: seçim sandığı, partiler, parlamenter aritmetik, dış koşullar, kamu oyu ve politik aktörlerin taahhütleri. Politik muhalifler de kendilerine ait güçlü prensiplere sahiptir; ancak bunlar zorunlu ve haklı olarak partizanca

olup değişkenlik gösterebilir. Politik bölünmeler arasında gezinen önemli özellikler vardır: bunların arasında akıl ve samimiyetin yanında iyiniyet varsayımı ve liyakat çabası bulunur. Ancak bunlar kararlara uygulanan prensipler değildir. Bunlar karar alıcıların kişisel özellikleridir.

Özet olarak: politikacılar tekerleği yeniden icat edebilir, yargıçlar edemez. Hukuk evrimcidir. Politika devrimcidir. Hem hukuk hem de yönetim yeni icatlar çıkarabilir; ancak hukuk ve özellikle teamül hukuku yeni bir icadı eskisinden yola çıkarak yapmak zorundadır. Bu nedenlerden ötürü yönetim ahlakı hukuk ahlakından çok daha fazla açıktır. Hukuk ahlakının temel prensipleri -tutarlılık, orantılılık, adil süreç ve özgürlük varsayımı- tabiatları itibarıyla bireysel haklar ve borçların tayini ile çok yakından ilgilenmek zorundadır ve ilgili oldukları ölçüde yargısal kararların sonucuna doğrudan etki ederler. Fakat yönetim ahlakının temel özellikleri -iyiniyet ve liyakat- her ne kadar çok önemli olsalar da yönetim faaliyetinin sonucu olan politika yapımı üzerinde sadece stratejik etkiye sahiptir. Hukuk yönetime kıyasla çok daha evcil bir yaratıktır.

V. İki Ahlakın İyi Anayasa Açısından Sonuçları

Bunlar hukuk ahlakı ve yönetim ahlakının başlıca zıt hatlarıdır. Şimdi bunların iyi anayasa açısından sonuçlarına değinmemeye izin verin. Burada en kolay sorudur: her iki ahlakın da yer almadığı bir anayasa neye benzer? Bu artık bir anayasa olamaz, ya da bu ismi hakeden bir şey sayılamaz. Bu gibi bir durumda şayet hukuk denen bir şey kalırsa bu her türlü prensip bakımından eksik bir şey olacaktır. Şayet yönetim diye bir şey kalırsa bu da acımasız ve gayri insani olacaktır. Acımasız bir otokrasinin işareti her iki ahlak bakımından eksik olmasıdır.

Araştırmamızla daha yakından alakalı bir başka soru ise şudur: politik ahlaklardan her birinin diğerine göre daha yüksek veya daha yumuşak bir sese sahip olması halinde anayasal meseleler ne halde olur? Şurası açıktır ki iyi anayasa iki ahlaktan her birinin devlet gücünün dağılımında esaslı ağırlık taşıdığı bir dengeyi gerektirir. Şayet biri diğerinin öne çıkışı ile tamamen ortadan kalkıyorsa iyi anayasa artık iyi olmaktan çıkar. Her iki uç noktayı ele alalım. İlk olarak yönetim ahlakının hukuk ahlakından çok daha büyük bir güç olduğu durumu ele alalım. Böyle bir durumda bireysel haklar -adalet talepleri- yönetimin faydacı öncelikleri tarafından ezilebilecektir. Aksi durumu düşünürsek: yani hukuk ahlakı yönetim ahlakından çok daha büyük bir güce sahip ise. Bu halde de genel kamu menfaatinin sesi boğulacaktır: yani onun sesi yarışan bireysel taleplerin patirtisinde duyulmayacaktır.

O halde iyi anayasanın her birinin esaslı bir ağırlığa haiz olduğu iki ahlak ara-

sında bir dengeyi gerektirdiğine dair hiçbir şüphe yoktur. Hukuk ahlakı bireysel taleplerin toplum üzerindeki etkisini unutmamalıdır; ve yönetim ahlakı da toplumsal taleplerin bireyler üzerindeki etkisini unutmamalıdır. Ancak her iki ahlaka da yalnızca kendi iyiliği için ihtiyaç duyulmaz. Zira her bir uç durumda hakim olan ahlak kendi içsel zayıflığı yüzünden yozlaşır. Bu zayıflıklar nelerdir? Yönetim ahlakının zayıflığı demokrasi ilacının iyileştirici gücünün yan etkisidir: seçim sandığının bedeli olan popülizm. Fakat uygulanabilir hakların tesisinin pratikteki etkilerine bakıldığında hukuk ahlakının da kendi zayıflığı vardır. Büyük Amerikan hukukçusu Oliver Wendell Holmes 1908’de Yüksek Mahkeme önündeki bir davada şöyle söylüyordu “bütün haklar kendi mantıksal uç noktalarında kendilerini mutlak ilan etmeye eğilimlidir”.¹⁵ Bu kesinlikle doğrudur. Hakların doğasında bir santim verildiğinde bir kilometre talep etme vardır.

Bu zayıflıkların her biri ait oldukları ahlakın kesin olarak yükselişte olduğu zamanlarda en güçlü hale gelebilir. Ancak yönetim hukuku ve hukuk da yönetimi sınırlar. Bu sayede popüler baskı bireysel hakların aşırı taleplerini frenler. Aynı şekilde bireysel davalardaki adalet popülist aşırılıkların ateşlediği tedbirleri frenlemeye meyillidir. Şu halde iyi anayasa hem kendi iyilikleri için hem de her biri diğerinin zayıflığını azalttığı için her iki ahlaka da ihtiyaç duyar.

İngiltere’de bu esaslı denge en azından bir dereceye kadar A.V. Dicey’in ikizleri adı verilen parlamenter egemenlik ve hukukun üstünlüğü tarafından korunmaktadır. Hukukun üstünlüğü ortak kullanımına rağmen zorluğu yüzünden kötü şöhretli bir kavramdır. Bu konuda bir “ince” teori vardır: buna göre devletin eylemleri geriye yürümeyen yayınlanmış yasalara dayanmalıdır, ancak bu teori yasaların içeriği ve niteliği hakkında hiçbir şey söylemez. Bir de “kalın” teori vardır. Buna göre hukukun üstünlüğü yalnızca bir yasa eğer belli açılardan esaslı bir biçimde erdemli ise ortaya çıkar.¹⁶ Ancak her ne kadar kalın teorisinin taraftarları genellikle bireysel otonominin ateşli savunucuları olsalar da, nasıl anlaşılırsa anlaşılırsın Dicey’in ikili yapısının iki politik ahlak arasındaki zıtlığı ve bunları dengelemek üzere bir anayasa ihtiyacını yeterince aydınlatmadığını düşünmüyorum.

Bu zıtlıklar başlamış olduğum tartışmaların ele alınabileceği ikinci soyutlama seviyesi tarafından aydınlatılır: yani parlamenterden anayasal üstünlüğe ilerleyiş; zira bu yönetim ahlakından hukuk ahlakına bir geçişi temsil eder. Bu geçiş

¹⁵ *Hudson County Water Co v McCarter*, 209 US 349, 355 (1908).

¹⁶ Bkz., genel olarak T. Bingham, *The Rule of Law* (London 2010). Ch. 7 (s. 66). Lord Bingham “ince” teori konusunda Joseph Raz’a atıf vermektedir (J.Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford 1979), s. 211, 221). Lord Bingham’ın kendisi tamamen “kalın” teori kampındadır: bkz. *The Rule of Law*, s. 67.

son on bir yıl içinde ve özellikle İnsan Hakları Kanunu'nun Ekim 2000'de yürürlüğe girmesinden itibaren çok daha fazla ileri gitmiştir. Profesör Bogdanov'un şu düşüncesi¹⁷ ile bir benzetme yapacak olunursa "anayasal reformlar 1997'den beri [İnsan Hakları Kanunu'nu da eklemektedir] İngiltere'nin Avrupa Birliği'ne üyeliği ile birlikte bize yeni bir İngiliz anayasası sunmuştur".

O halde demokratik bir devlette politik ahlak alanları arasındaki denge nasıl kurulmalıdır? Bu denge koşulların etkisi altında değişkenlik göstermeye mahkumdur. Milli bir tehlike zamanında yönetim ahlakının sesi haklı olarak daha güçlü çıkacaktır. Ancak yine de bir denge kurulmalıdır; güvenliğin talepleri ve bireysel hakların talepleri arasındaki gerilim hem gerekli hem de alışıldaktır;¹⁸ ve tam da başlamış olduğum tartışmalardan birini oluşturmaktadır. Genel olarak denge devletten devlete değişecek farklı kültürel ve politik geleneklerin etkisi altında şu veya bu yola yönelecektir. Her devletin özeneceği tek bir mükemmel denge noktası, evrensel bir ideal yoktur. Bir anayasa için hiçbir Platonik Form mevcut değildir. Bu durumun kendisi anlamlıdır: özellikle bu iki ahlakın bir devletten diğerine farklılaşan paylaşırılışı, anayasalar arasındaki bu farklılıklar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına yol gösteren takdir payı doktrini meşrulaşmakta ve gerekli hale getirmektedir: Lord Sumption'un düşüncesine göre¹⁹ Strasbourg mahkemesi tarafından "neredeyse yok" hükmüne düşürülmüş bir doktrin. Ancak bir anayasa için hiçbir Platonik form bulunmaması nedeniyle, takdir payı doktrini taraf devletlerin milletlerarası insan hakları mahkemesine güven duymaları koşulunun tam olarak kendisidir.

Bundan sonra şunu vurgulamalıyım politik ahlaklar arasında birinin diğerini ezmemesi için bir denge bulunmasında önemli bir zorluk vardır. Önceden öngördüğüm üzere her biri diğerinin alanını bir seviyeye kadar işgal edecektir. Meşhur bir örneği ele alırsak: Avrupa Konvansiyonu'nu iç hukukda kabul etmiş olmamız nedeniyle, Madde 8 altındaki haklarını talep eden istenmeyen yabancıların geri gönderilmesinde orantılılığın mahkemeler tarafından değerlendirilmesi gerekli hale gelmiştir. Bu yargıçları yönetim ahlakının alanına davet etmiştir. Hükümetin buna cevabı politika adına bireysel haklar üstüne baskı uygulayarak hukuk ahlakının alanını işgal etmek olmuştur. Bu karşılıklı işgaller Strasbourg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dahil bütün mahkemeler ile hükümetler arasında gö-

¹⁷ Age., s. 271.

¹⁸ Bkz., diğer konuşmalar arasında, Professor Aharon Barak, Human Rights and their Limitations: The Role of Proportionality, FLJS Annual Lecture in Law and Society, 4 Haziran 2009 (<http://www.fljs.org>).

¹⁹ Age.

rünürdeki yetki alanı savaşının gerçek nedenidir. Ancak bütün bunlar devletin huzurunu bozmaya da meyillidir. Söylediğim gibi iki politik ahlak biri diğerine en az zararı verecek şekilde uygulanarak uyum içinde bulunmalıdır.

Madde 8'e ilişkin talepler elbette bu alansal tecavüzlerin oldukça canlı da olsa yalnızca küçük bir örneğidir. Ancak her bir ahlakın diğerinin alanını işgal etme eğilimi bunlardan her birine esaslı ağırlık atfetmenin genel bir sonucudur. Bunu akılda tutarak, politik ahlaklar arasında dengeyi bulmak için önemli olan, İngiltere'de devlet gücünün dağılımına dair düzenlemelerin belirli özelliklerini ele almama izin verin.

VI. İngiltere Anayasası'nda İki Ahlak

Yerel özelliklerden ilki yazılı, kodifiye bir anayasaya, egemen bir belgeye sahip olmayışımızdır. Bu sunumda böyle bir belge ile daha iyi bir durumda olmuyoruz meselesine fazla girmeyeceğim. Yalnızca şunu söyleyeceğim üç nedenden ötürü kendi adıma böyle olabileceğimizi düşünmüyorum. Birincisi yazılı bir anayasa esasa dair soruları yoruma dair sorulara dönüştürmeye meğillidir. İkincisi anayasanın kurucu babaların saf sesi veya yaşayan bir belge olarak mı ele alınması gerektiği tartışmasına çok fazla zaman harcanabilir ve bu da çok fazla gerilim üretilir. Üçüncüsü teamül hukukunun esnekliği ve uyum yeteneği zarar görebilir. Ancak ben burada sadece böyle bir egemen belge eksikliğimizin önemli bir sonucu ile ilgileniyorum. Bu yargıçların iki ahlak arasında dengeyi bulmak üzere ağır bir sorumluluk taşımak zorunda olmasıdır. Parlamento yasa çıkartabilir fakat teamül hukukunun evrimci metodu böyle hassas bir şeyi şekillendirmede daha iyi bir araçtır. Parlamento'nun kanunu bir defada ve tek bir sesle konuşur, gerçi yeniden konuşabilir de. Hukuk ise zaman içinde ve bir çok sesle konuşur. Bu bağlamda yargısal rol fenomeninin yazılı bir anayasa yokluğunun gerçek önemini ortaya koyan başka bir olası sonucu vardır. Konvansiyon davalarına nasıl yaklaşılacağına karar verirken yalnızca İnsan Hakları Kanunu'nun bize dediklerini yapmıyoruz. İki politik ahlak arasında bir denge de buluyoruz; ve bu sayede kendi anayasamızı da şekillendiriyoruz. Bu kendi mahkemelerimizin niçin bir yerel insan hakları hukuku geliştirmeleri gerektiğine dair güçlü bir nedendir. Bu konuda *R v Special Adjudicator ex parte Ullah* davasında,²⁰ Lord Bingham'ın mütalahasındaki şu tavsiyelere saygı duymakla birlikte dikkatle yaklaşmamız gerekiyor: "Milli mahkemelerin görevi zaman içinde evrimleşen Strasbourg içtihatları ile uygun adım gitmektir: ne daha fazla, fakat ne de kesinlikle daha az." Kendi ana-

²⁰ [2004] 2 A.C. 323 [20].

yasamızdaki yetki dağılımını şekillendirmek, kendi anayasamıza biçim vermek *her şeyden önce* yerel bir sorumluluktur.

Dengeyi kurarken aklımızda tutmamız gereken kendi düzenlemelerimizin ikinci özelliği bu hukuk düzeninde her iki politik ahlakın da çok güçlü geleneklere oturduğudur. Politik geleneğimizin en belirgin özelliği, her ne kadar özellikle Avrupa Birliği ve Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu hukukunun çifte etkisiyle ve ayrıca parlamenterden anayasal demokrasiye doğru genel ilerleyişin gücüyle artan bir değişime uğrasa da, yasamanın egemenliğine dayalı olmasıdır.²¹ Hukuki geleneğimiz de teamül hukukunun çekişmeli yargılama adaletine ve yargının yürütmeden tam ve tartışmasız bağımsızlığına dayanır. Bu kuvvetli gelenekler bize hukuk mahkemeleri ve yürütme arasında bariz ve belirgin bir ayırım sunmaktadır. Politika sanatının uygulayıcıları hakkında mevcut şüpheciliğin derinliği ne olursa olsun ortak iyiye dair faydacı soruları yargıçların yetki alanına teslim etmeye yönelik hiçbir etkili kamusal istek yoktur. Ne de böyle olması gereklidir.

Bu gelenekler iki ahlak arasındaki ideal uyuma ek bir ağırlık katmaktadır. Bu geleneklerin gücüne, erdemi de diyebiliriz, ahlaklardan her birinin diğerinin alanını işgal etme ihtimalini arttırmak yerine azaltacak bir dengeyi gözeterek en iyi şekilde hizmet edilir. Aynı şekilde kanaatimce anayasal düzenlemelerimiz, mahkemeler yönetim ahlakının alanına doğru işgal girişiminde bulduklarında, mahkemelerin kendilerini sınırlaması gerekliliğine hizmet etmelidir. Bu gereklilik yargıçlar bu alana İnsan Hakları Kanunu gibi bir kanunun buyruğu ile girdikleri için daha az önemli hale gelmez. Bu anayasal geleneklerimizin oluşturduğu arka plan açısından da meşrudur zira yönetim ahlakının bekçileri seçilmiş gücün meşruiyeti ve seçim sandığının otoritesidir. Yargının kendini sınırlaması yalnızca bir demokratik hesap verebilirlik sorunu değildir. Daha önce çizmiş olduğum iki ahlak arasındaki zıtlığı hatırlayacaksınız: hukuk ahlakına yerleşik prensipler yoluyla etki tanınırken yönetim ahlakında durum böyle değildir. Bu nedenle yargıçlar diğerinin alanına girdiklerinde, hukuku savunmak için kullandıkları yerleşik hukuk prensipleri cephaneliği onlara yardımcı olamaz. O alanda işleyen şey genel menfaatin faydacı algılanışıdır; ve bu yargıçların *işi* değildir.

Kendi kendini sınırlama emrini nasıl uygulamalı? Bu açıdan bir prensipler cephaneliği ihtiyacının kendisi bir cevap önermektedir. Yargıçlar yönetim politikalarına verilecek güç veya ağırlığı ölçmek için kendilerine ait hiç bir araca sahip olmadıklarından, bu konulara ilişkin yargıları müdahale edici olmaktan çok

²¹ Lord Steyn ve Lord Hope'un *Jackson & Ors v Attorney General* 'deki görüşleri [2005] UKHL 56 [102] ve [159].

mesafeli olmalıdır. Mesela bir Madde 8 davasında sıkı bir göçmen kontrol politikasına verilecek ağırlık veya yabancı suçluların geri gönderilmesinin kabul edilebilirliği yargıçların haklar ve yükümlülükleri tayin ederken uyguladıkları hukuk prensipleri çeşidine referansla ölçülemez; zira bu konular bu türde prensiplere bağlı değildir. Bu tür politika konuları yönetimin faydacı tercihlerine bağlı olup yargıçların bu bakımdan kendine ait bir sözü olamaz. Aynı şekilde bir politika hukuka aykırı olmadıkça (ki bu tamamen farklı bir durum olur), buna verilecek güç veya ağırlık verili bir şeye, bir aksiyoma benzer bir şeydir ve mahkemelerin de genel olarak onu böyle ele almaları gerekir.

Bu bakımdan açıktır ki mahkemeler bir yönetim politikasının etkilerinin orantılılığı sorularına karar vermek üzere çağrıldıklarında seçilmiş gücün meşruiyetinin ve politikayı yargılayacak prensip eksikliğinin akılda sıkıca tutulması gerekmektedir. Bu politik haklar olarak adlandırılan şeyleri garanti eden Konvansiyon'un 8-11. Maddeleri altındaki taleplerin yargılanması sırasında tipik olarak ortaya çıkan bir meseledir. Ancak politika ve buna verilecek ağırlık aksiyom olarak doğru olsa veya olması gerekse de yönetim kendi politikasının taslağını çizer ve uygularken mahkemeler bu politikanın müdahale ettiği haklara uygun ehemmiyetin verilmiş olduğundan da emin olmalıdır. Bu açıdan kendini sınırlama veya sınırlamama üzerinde bir çeşit denge bulunmak zorundadır. İnsan Hakları Kanunu ve gerçekte teamül hukuku da en azından bunu talep etmektedir. Zorluk bu dengeyi kendi kendini sınırlama zorunluluğu ile uyumlu şekilde ortaya koyacak bir yöntemi bulmaktadır. Politik haklara dair orantılılık meselelerini yargılarken sorun politikanın hakka nereye kadar müdahale ettiği ile ilgili gibi görünmektedir. 8-11. Maddelerin her birinin 2. paragrafı böyle bir soru açısından düzenlenmiştir. Genel olarak içtihatlar da bu yöndedir. Acaba teleskobun öbür ucundan durum nasıl görünüyor? Kendi kendini sınırlama ihtiyacı dikkate alındığında karşı soru için bir yer açmak mümkün ve uygun olur mu, yani haklar politikaya nereye kadar müdahale edebilir? Özel hak ile kamusal menfaat arasında kesin veya katı önyargılar olmaksızın dengeye varabilecek bir içtihatın geliştirilmesi mahkemelerimize bırakılmalı mıdır?

Hatırlayın: bu sorular yalnızca İnsan Hakları Kanunu veya Avrupa Konvansiyonu'nun yorumu ile alakalı meseleler değildir; bunlar bizim anayasamızı da ilgilendiren meselelerdir. Mahkemelerin yaklaşımındaki böyle bir değişiklik bizi, sanırım, idari eylemin meşruiyeti için *Wednesbury*²² aşırılığı adı verilen klasik kamu hukuku testine yaklaştırır ve bu test de buradaki ve Strasbourg'daki

²² *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation* [1948] 1 K.B. 223.

modern Konvansiyon içtihadının çok uzağına düşmektedir. *Wednesbury*'e döneceğimize ihtimal vermiyor ve bunun böyle olması gerektiğini de söylemiyorum. Ancak o davanın da kesinlikle hukuk mahkemeleri ve yürütme, nihai olarak da iki politik ahlak arasındaki belirgin ve açık bir ayrıma ilişkin kuvvetli geleneğimizden doğduğunu düşünmekte fayda var.

O halde yargıçlar yürütmenin ahlak alanına istemeden sürüklendiklerinde bir kendi kendini sınırlama buyruğunu uygulamalıdır. Bunun nasıl yapılacağı, ifade ettiğim üzere, gelecek için çok önemli bir sorundur. Ancak kendi alanlarında, yani hukuk ahlakı alanında, yargıçların yetkisi geniştir ve böyle de olmalıdır. Madde 2 (hayat hakkı), 3 (işkence yasağı), 5 (hukuksuz tutuklama), 6 (adil ve makul yargılanma hakkı) ve 7 (suçların geriye yürümezliği) hepsi bu alana aittir. 5. Madde İkinci Dünya Savaşı'nın zirvesinde 1943'de Winston Churchill'in önleyici tutuklama hakkında iyi bilinen sözlerini anımsatmaktadır:

Yönetimin bir insanı hukuken bilinen herhangi bir suçlama formüle etmeksizin hapse atma gücü, ve özellikle kendi akranları tarafından yapılacak bir yargılamadan mahrum bırakması, en üst seviyede nefret uyandırıcıdır ve Nazi veya Komünistlerinki gibi tamamen totaliter bir yönetimin temelini oluşturur.²³

Mahkemeler kendi alanlarında etkin olmaya -isterseniz aktivistliğe diyelim- devam edecektir. Politik haklar arasında, gerçi bunlara yürütme tarafından kamusal fayda temelinde müdahale edilebilir, Madde 10 -ifade özgürlüğü- bulunmaktadır; ve bu hukuk ahlakının tam temelinde, bireyin özerkliğinde içkin olan bir haktır. Bu madde 9. Madde'deki düşünce ve din özgürlüğü ile birlikte hukukun temel prensiplerinden birininin -özgürlük varsayımı; ve iyi bir anayasanın başlangıçta ifade ettiğim zorunlu özelliklerinin: farklılık ve tartışma, yani çoğulculuğun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu yüzden yargıçların özel korumasına ihtiyaç duymaktadır. Ayrıca zannediyorum ki şu anda tehdit altındadır. Geçtiğimiz yıllarda bazı ifadelerin incitici olması nedeniyle yasaklanması gerektiğine ilişkin sinsi bir eğilim ortaya çıkmıştır. İncitici bir ifadenin yalnızca incitici olması gerekçesiyle hukuken yasaklanması gerektiğini düşünmüyorum.

Politik ahlaklar arasındaki denge için önemli olan Birleşik Krallık'daki devlet gücünün dağılımına dair düzenlemelerin belirleyici özelliklerini ele alacağımı söyledim. Bunların yalnızca ikisini tartıştım: yazılı bir anayasa ihtiyacı ve mahkemeler ile yürütme arasındaki ayrıma ilişkin güçlü gelenek. Bunların derin sonuçları vardır: insan hakları yargısında olduğu gibi yargıçlar yönetimin ahlaki alanına

²³ Referans veren A.W.B. Simpson, *In the Highest Degree Odious: Detention without trial in War-time Britain* (Oxford 1992), 391.

çekildiklerinde ve iki ahlak arasında bir denge tutturulması gerektiğinde sadece Parlamento'nun bir kanununu uygulamakla kalmadıklarını; anayasamızı şekillendirdiklerini; yönetim ahlakı konularında kendilerini sınırlamaya zorlayan bir gerekliliği; ve hukuk ahlakı alanında da canlılık ve aktivizmin olabileceğini kabul etmelidirler.

Bütün bunlarda teamül hukukunun araç ve yöntemleri yardım sağlar. Bu yaratıcı bir süreçtir. Bu gün bile kanunları Parlamento'nun yaptığının ve yargıçların onları yorumlamaktan başka bir şey yapmadıklarının -veya yapmamaları gerektiğinin- söylendiğini duyarsınız. Ancak bu hemen hemen daima yanlış veya en azından kısmen doğru bir ifadedir ve bu nedenle yanıltıcıdır. Teamül hukukunu yargıçlar yapar ve bu daima yaratıcı bir faaliyettir. Bu her zaman böyle kabul edilmese de 1970lerin başlarından itibaren buradaki sis dağılmaya başlamıştır. Lord Reid'in 1972'deki aforizmasını hatırlayacaksınız:

Bir zamanlar yargıçların hukuk yaptığını ileri sürmenin neredeyse ahlaksızlık olduğu düşünülürdü -onlar hukuku yalnızca ortaya koyardı. Masallardan hoşlanan birileri Alaaddin'in mağarası gibi bir yerde Teamül Hukukunun bütün görkemi ile saklı olduğunu ve yargıcın görevlendirilmesi üzerine Açıl Susam kelimeleri hakkında sihirli bir bilginin yargıca indiğini düşünmüş olmalı... Ancak bizler artık masallara inanmıyoruz.²⁴

Elbette masallar değil; ancak gerçeklik bize herhangi bir masaldan daha fazla yol gösterir. Önümüzdeki görev anayasamızı şekillendirirken hukuk ahlakı ve yönetim ahlakından her birinin esaslı bir rol oynaması; ve bunu uyum içinde yapmalarının sağlanmasıdır. Bu eskilerden yeni icatlar çıkaran ve bir zaman süreci içinde, bir çok sesle konuşan teamül hukuku tarafından gerçekleştirilebilecek bir amaçtır.

Son olarak çalınacak daha yumuşak bir nota daha var. İyi bir anayasadan ne-ler ummalıyız? Platon'un diyalogu *Euthyphro*'daki meşhur ikilemi hatırlayacaksınız: ahlaki eylemler iyi olduğu için mi Allah tarafından istenir, yoksa Allah istediği için mi bunlar iyidir? Immanuel Kant'ın da aklında benzer bir soru vardı ve cevap olarak şunu söylemişti:²⁵

Onu yapanlar ahlaklı insanlar olduğu için iyi bir anayasanın yapılacağını ummamalıyız. Daha ziyade iyi bir anayasa sayesinde ahlaklı insanlardan oluşan bir toplumu umabiliriz.

²⁴ Lord Reid, "The Judge as Lawmaker" (1972) 12 *Journal of the Society of Public Teachers of Law* 22.

²⁵ Alıntılayan Lon Fuller, *The Morality of Law*, revised edition (New Haven 1969), 152.

Bu düşünceden çok emin değilim. Sanırım insanların karakteri de oldukça belirleyicidir. İnsanlar demokrasilerinin kıymetini bilmeli: zira onsuz hukuk yalnızca zorbanın isteklerinin kuklasıdır. Ancak onlar hukukun da kıymetini bilmeli: zira onsuz demokrasi yalnızca çoğunluğun zorbalığıdır.