

Ferdî Hürriyetler

GASTON JEZE (1)
Paris Hukuk Fakültesinde
Profesör

Çeviren: **MUKBİL ÖZYÖRÜK**
Ankara Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Asistanı

Ferdî hürriyetlerin taazzuvu ve teminat altına alınması, bütün modern devletlerde, hükûmetin, yegâne gayesi telâkki edilmektedir.

Birleşik Devletler, Fransa ve bunların peşi sıra diğer milletler, fert hakları, fert hürriyetleri mevzuunda beyannameler neşretmişlerdir.

Bu beyannameler, hürriyet yolundaki dilekleri açıklamaları noktasından çok ilgi vericidirler. Fakat her hukukçu bilir ki, bir hürriyetin sadece prensibini koymak yetmez. Bu hürriyetin hakikatte mevcut olması, insanların bu hürriyetten hakikaten istifade edebilmeleri için, bir prensip beyannamesinden daha fazla şeyler, «teminatlar» lâzımdır.

Her memlekette, her devirde, ferdî hürriyetler, âmme otoriteleri tarafından ihmal edilmeğe, ihlâl edilmeğe maruzdur.

Bu tehlike çok büyüktür. İdareciler, âmme otoriteleri, ahvalin tazyiki altında, ferdî hürriyetlere şu veya bu şekilde dokunmağa mütemayildirler. Gerçekten bunların vazifesi de, nizamı devam ettirmektir.

Bu ise, ferdî hürriyetlere dokunulmaksızın olmaz. Bütün memleketlerde, hattâ en hürriyetseverlerde bile, bütün ferdî hürriyetlerin zımnî bir hududu olarak kabul edilen «âmme nizamına saygı», bir temel prensip teşkil eder.

Bundan dolayı da, ferdî hürriyetlerden birini ileri süren fert ile, âmme nizamını muhafaza ve teminle mükellef âmme otoritesi arasında mütemadiyen anlaşmazlık çıkar.

(1) Kamu Hukuku Devletlerarası Enstitüsü'nün 1928 oturumundaki tebliği. — Annuaire de l'Institut International de Droit Public, 1929, P, 162-186.

Bu anlaşmazlıkta, taraflar bir eşitlik esasına dayanmamaktadırlar; eşitlik yoktur.

1° Bir taraftan âmme kuvveti, silâhlı kuvvet, idarecilerin ve âmme memurlarının elindedir. Âmme kuvveti, önünde durulamaz bir kuvvettir ve kötüye kullanıldığı takdirde ferdi ezebilir. Silâhlı kuvveti bu suretle elde bulunduruş o kadar karakteristik bir olaydır ki, idarecilere «âmme kudreti», «âmme otoritesi» adı bile verilmektedir.

2° Diğer taraftan, herkes elindeki kuvveti kötüye kullanmağa mütemayildir. İdareciler de nihayet insandır.

Herkes, kendi mükellefiyetinde olan menfaatların, karşısına çıkan engellerden çok daha mühim ve çok daha kıymetli olduğuna pek kolay kanaat getirir. İdareciler ve âmme memurları da, âmme nizamını idame ile ne derece mükellef iseler, tehlike de o derece büyüktür. Hususî menfaatlara karşı umumî menfaatin müdafileri sıfatıyla ortaya çıkarlar. Umumî menfaatin ehemmiyetini kendi kafaalarında mubalâğa etmeğe ve hususî menfaatin kıymetini de küçümsemeğe mütemayildirler.

Hükûmet ve âmme memurları bir tarafta, fertler diğer tarafta olmak üzere bu iki taraf arasında vukua gelen anlaşmazlıklar bitmez tükenmez.

Umumiyetle, ferdî hürriyete karşı tecavüzlerden bahsedilince, zecrî hareketler, hükûmet darbeleri denilen müheyyiç ve hükûmet idaresine şâmil büyük ameliyeler akla gelir. Bu, büyük bir istisnadır. Pratik hayatta, ferdî hürriyetlerle âmme otoritesi arasındaki anlaşmazlıklar daimîdir. Her dakika vukua gelirler.

Âmme hukukunda «polis» (= police) adı verilen, yâni âmme sükûnunun, emniyetinin ve hıfzıssıhasının muhafazası müessesesini ele alalım. *Polis, âmme hürriyetleriyle âmme nizamının telif edilmesinden başka bir şey değildir.*

Modern medenî hükûmetin hallededeceği en büyük ve yegâne meselenin, âmme nizamı ile ferdî hürriyetlerin telifi meselesi olduğu söylenebilir.

Bu telif nasıl yapılmıştır, nasıl yapılmaktadır?

Bu meselenin sahih olarak halli yolunda çok büyük müşküllere rastlanmaktadır. Karşımızda iki büyük engel vardır:

1° Âmme otoritelerinin tecavüzlerine set çekebilmek için, ferdî hürriyetleri kâfi derecede sarahatle târif mümkün müdür?

2° Ferdî hürriyetlerin sahası sarıh bir şekilde tâyin edilse bile,

bu hürriyetlerin hâmilleri olan fertlerin menfaatine olarak, müessir müdafaa vasıtaları temin ve teşkili mümkün müdür?

Netice itibariyle halledilmeleri lâzımgelen iki büyük mesele şunlardır:

1° Ferdî bir hürriyet nedir?

2° Fert, âmme otoritelerinin tecavüzlerine karşı ferdî hürriyetleri müessir ve pratik bir şekilde nasıl müdafaa edebilir?

Muayyen bir memlekette, ferdî hürriyetlerin tatbikî kıymetinin ne olduğunu anlıyabilmek için, anayasa, kanunlar, teâmül, mahkeme kararları ve halkın örf ve âdeti tarafından bu iki suale verilmiş olan cevapları yakından tetkik etmek lâzımdır.

Bu çok nâzik bir tetkiktir. Bu tetkiki vicdanlıca, objektif olarak, ihtirassız ve taraf tutmaksızın yapmak lâzımdır.

Ferdî bir hürriyet ne demektir?

Nereye kadar uzanır? Ferdin hürriyetiyle hükûmetlerin veya bunların âmme memurlarının müdahale salâhiyetini ayıran hududu kat'î bir şekilde tesbit mümkün müdür?

Ferdî hürriyet, her fert için, faaliyetini, istediği gibi ve her istediği istikamette icra etmek hakkıdır. Ferdî faaliyetin, içinde vuku bulduğu istikametlere göre, ferdî hürriyetlere sahip olunur: gidiş geliş hürriyeti (fizik hürriyet), tahakkümü (mülkiyeti) altında bulunan maddî eşyadan ve hayvanlardan istifade ve bunları kullanma hürriyeti, ticarêt hürriyeti, vicdan hürriyeti, görüş ve düşünüşünü ifade hürriyeti (söz hürriyeti, matbuat hürriyeti), kendi faaliyetini diğer fertlerinkiyle birleştirme hürriyeti (içtima hürriyeti) vesaire.

Mutlak hürriyet mevcut olamaz; mutlak hürriyet hiç bir camiada mümkün değildir. Bunun sonu anarşi olur. Bir cemiyette nizamın hüküm sürmesi, yani hakikî bir devlet'in mevcudiyeti için, herkesin muayyen bir içtimaî zaptü rapta boyun eğmesi lâzımdır. Hattâ bu içtimaî disiplin, her ferdin muayyen bir hürriyete mâlik olabilmesinin ilk şartıdır. O halde, *disiplin, ferdî hürriyet üzerine konulmuş çok sayıda tahditler, demektir.*

Meselâ, büyük bir şehrin sokaklarında geliş gidişin maddeten mümkün olabilmesi için, her yayanın, her araba sahibinin, yollarda gidiş geliş hürriyetinin çeşitli tahditleri demek olan bazı emrî kaidelere itaatı lâzımdır: memleketine göre sağdan veya soldan gitmek, durmak, yavaşlamak vs. mecburiyeti gibi. Kır yolları için, umumî yollar için başlı başına bir kanun vardır.

Aynı şekilde, her hükûmetin hayatı, bazı masrafları icabettirir. İdare etmek, harcamak demektir. Masraf, varidatı icabettirir. Mo-

lern devlette ana varidat «vergi» dir. Vergi ise, hürriyete konulmuş bir tahditten başka bir şey değildir. Bu, bir ferdin, kendi maddî iktidarında mevcut olan bütün şeyler üzerindeki tasarruf salâhiyetine konulmuş bir tahdittir. Vergi ağırlaştırıldığı zaman, bunun, ferdî nülkiyet şeklindeki ferdî hürriyetin bir inkârı (soygunculuk) telâkki edilmesi de bunu gösterir.

Ferdî hürriyetler üzerindeki tahditlere dair misalleri çoğaltmak mümkündür. Ferdî hürriyetin hiçbir tezahür şekli yoktur ki, yanısıra bir de tahdit bulunmasın.

O halde derhal şu prensibi koymak lâzımdır: cemiyet hayatı sebebiyle, ferdî hürriyet, zımnî tahditleri muhtevidir. Bu tahditler, âmme nizamının muhafazası ve her medenî hükûmetin gayelerinin tahakkuku hususundaki icaplardır.

Bu umumî tahdit hakikate uygundur, elzemdir; eşyanın zatından, içtimaî hayattan zuhur eder.

Fakat aynı zamanda, tahdit'in, «Mutlak» tan uzak olduğu da görülmektedir. Hakikat halde, âmme nizamının, hükûmet gayelerinin tahakkukunun icapları nelerden ibarettir?

Burada bir *takdir* meselesi mevzuubahistir. *Bu takdir, ancak, idarecilerden, âmme memurlarından sâdır olabilir.*

Binaenaleyh, ferdî hürriyetlerin şümül ve müessirliği, topyekûn, idarecilerin takdirine tâbidir.

Bu takdir esas itibariyle serbest'tir. Bu serbest takdir salâhiyetinin, idare edilenlerin mukavemetinden başka hududu yoktur.

Bu müşahedeler epey şaşırtıcı ve yanıltıcıdır: o halde, istibdat ile liberal bir rejim arasında ne fark kalır ki? Zira her iki şıkta da aynı formüle varılmıyor mu?

Fertlerin, idarecilerin serbest takdirinin bahsettiğinden gayri hürriyetleri yoktur; ve bu serbest takdirin, fertlerin, idare edilenlerin mukavemetinden başka hududu mevcut değildir.

İdarecilerin serbest takdir salâhiyetlerine bazı hudutlar çizmek hususunda da çok çalışıldı. Fransa'da, istibdat devrinde, bu hudutlar dört tane olarak tasavvur ediliyordu:

1° İstibdat, ilâhî kanun'a tâbidir. Bossuet, Tanrının menettiğini, hükümdarın sahih bir şekilde emredemeyeceğini söylüyordu.

2° Hukukçular, (meselâ Bodin) *tabîi hukuk*'u tasavvur ediyorlardı. Hükümdarın kudret ve salâhiyeti, tabîi hukuk tarafından hudutlandırılmıştı.

3° Fransa'da diğer bazı hukukçular, (Loyseau), «Devletin ana kanunları» nı tasavvur ettiler.

4° Siyasetle uğraşan filozoflar (Locke, Rousseau), *tabiat hâ* fikrini, insanların devletin teşekkülünden evvel de mâlik bulundukları haklarını ve içtimâî mukaveleyi tasavvur ettiler.

Ortada sadece lâflar dolaştığını ve gerçek mecburiyetler mevcut olmadığını müşahede etmek için bu nazariyeleri göz önüne sermek kâfidir. Bunu Rousseau da kabul ediyordu: «İçtimâî vakıa dolayısıyla, ferdin, kendisini cemiyete terkedişindeki ehemmiyetin takdirinde, hükümdarın yegâne hâkim olduğunu itiraf etmek lâzımdır».

Bugün ise bazıları, ferdî hürriyetlere, «lâzım hürriyetler», «en elzem hürriyetler» sıfatlarını vermekle daha iyi bir yol tuttıklarına inanıyorlar.

XVIII inci asrın sonunda, XIX uncu ve XX inci asırlarda vuku bulan siyasî inkilâplar, ferdî hürriyetleri, istibdada karşı eski mecburiyetlerden başka suretlerle tesis etmek ve teminat altına almak için yapılmışlardı. Acaba bunda muvaffak olunmuş mudur?

Bu inkilâplar, sosyal hayatın kaçınılmaz zaruretlerine aykırı ve imkânsız şeyler vücutte getirmek istedikleri için lüzumsuz sayılabilir mi?

Bedbinler, inkilâpların hiçbir işe yaramadıklarını ve hükümeti değiştirmenin zahmete değmez olduğunu söylerler

Bununla beraber, XVIII inci asrın sonundanberi yeryüzünde bazı şeylerin değişmiş olduğunu görmek için gözlerimizi açmamız kâfidir.

Fizik hürriyeti ele alalım. Fizik hürriyetin, modern medenî devletlerde, XVII inci veya XVIII inci asırlardakinden çok daha geniş olduğunda şüphe yoktur. Diğer hürriyetler için de aynı şey varittir; meselâ vicdan hürriyeti bahsinde...

Binaenaleyh, tahlili daha ileri götürmek ve müessir bir şekilde vukubulmuş olan büyük değişikliğin neden ibaret olduğunu araştırmak lâzımdır. Bu değişiklik, şu büyük reform'dan ibarettir:

Ferdî hürriyetlere konulacak tahditler, kararını gizli veren bir tek insan tarafından takdir edilmeyecektir. Bu tahditlere, seçimle kurulmuş meclisler tarafından alenî müzakerelerle ve unumun gözü önünde karar verilecektir. Bunları kanun tesbit edecektir.

Fransız inkilâbındanberi ferdî hürriyet şu şekilde târif edilebilir: Parlâmento tarafından ve kanun marifetiyle takdirî bir şekilde tesbit edilmiş takyit ve tahditler dışında, ferdin, kendi faaliyetini dilediği gibi ve her dilediği istikamette icra edebilme serbestisi.

Ferdî hürriyetin, 1791 Haklar Beyannamesinde kaleme alınmış bulunan târifi ancak iki esaslı unsuru ortaya koymaktadır:

1° *Mutlak hürriyet olamaz.* — Madde 4: «Hürriyet, başkasına zarar vermeyen herşeyi yapmaktır; bu suretle, her insanın tabii haklarının icra hudutları, ancak, cemiyetin diğer âzalarına da bu aynı haklardan istifadeyi temin eden hudutlardır».

2° *Tahditler bir tek insan tarafından tesbit edilemez.* — Madde 4 ün sonu: «Bu hudutlar ancak kanun marifetiyle tesbit edilebilir». Madde 5. — «Kanun, ancak, cemiyete zararlı hareketleri men edebilir. Kanun tarafından menedilmeyen hiçbir şeye mâni olunamaz ve hiç kimse, kanunun emretmediği bir şeyi yapmağa zorlanamaz».

Madde 6. — «Kanun, umumî iradenin ifadesidir. Bütün vatandaşlar, gerek şahsen, gerekse mümessilleri vasıtasıyla, kanun yapılmasına iştirak hakkını haizdirler».

Üçüncü unsura gelince: âmme nizamı icaplarının serbest takdiri, 1781 Haklar Beyannamesinde belirtilmemiştir. Anlaşıldığına göre Beyanname bu esaslı unsuru hesaba katmamaktadır.

Madde 5. — «Kanun, ancak cemiyete zararlı hareketleri men edebilir».

Hakikatte hiç kimse, «cemiyete zararlı hareket» in ne olduğunu *a priori* olarak söyleyemez. Bu bir serbest takdir meselesidir. Bu takdirin hudutları ancak, fertlerin mukavemetidir. 1791 Haklar Beyannamesi de zaten bunu söylemektedir: Madde 2: «Zulme mukavemet, insanın tabii ve mururu zamana uğramaz hakları arasındadır».

Âmme nizamı icaplarının parlâmento tarafından takdirindeki serbestlik vasfının ciddi bir tehlike teşkil ettiği görüldü.

Bunun üzerine iki büyük sistem ortaya çıktı.

1° Bazı memleketler, âmme nizamı icaplarının parlâmento tarafından serbest bir surette takdirinin hudutlarını tesbite çalıştılar. Bizzat parlâmentoyu takyit eden bazı yasaklar peşinen belirtildi. Bu, bükülmez anayasalardaki Haklar Beyannameleri sistemidir.

2° Diğer bazı memleketler bunu kabul etmediler. Parlâmentoya emniyet ettiler. Hürriyetin tahditlerini meşrû kılan içtimâî zaruretlerin serbest takdiri, yürütme kuvvetinden ve onun memurlarının elinden alınarak muayyen bir usule göre (alenî müzakere ve aleniyet) hükmedecek olan ve sırf bu iş için seçilmiş meclislere tevdi edilmiştir. Her tarafta bu durum umumî bir kaide halini almıştır. Bu sistemin, ferdî hürriyetlere otomatik bir surette müessir bir muhafaza temin ettiğine bugün artık her tarafta kanaat getirilmiştir.

Birbirinin zıddı değil, bilâkis tamamlayıcısı olan iki büyük sistemi ele alalım.

Bazı memleketlerde, bütün idarecilerin, hattâ parlâmentonun bile serbest takdiri, muayyen bir şekilde ferdî hürriyetlere dokunmaktan bazı kat'î yasaklarla alıkonulmuştu.

Modern anayasalar buna misaller vermektedir.

a) *Fizik hürriyet.* — Hangi şekilde olursa olsun esareti tatbik etmek kat'î surette yasaktır. Yalnız, ülke dahiline ayak atmak vâkiası bile, esire, fizik hürriyeti bahşeder. Hiç kimse, kendi kendisine gadre mecbur değildir. Siyasî sebepten dolayı ölüm cezası ve her nevi işkence ebediyen ortadan kaldırılmıştır.

b) *Hususî mülkiyet hürriyeti.* — Mal müsaderesi, ceza kanunundan, ebediyen çıkarılmıştır; vs.

Bu yasaklar umumî mahiyettedir: bütün idareciler, yasama kuvveti, yargı kuvveti, sıfatları ne olursa olsun bütün âmme memurları hakkında carîdir.

3° Daha kuvvetli olan ikinci teminat, âmme nizamı namına ferdî hürriyetlere vâki olabilecek tecavüzleri serbest bir şekilde takdir hakkının yürütme kuvvetinin ve memurlarının ellerinden mümkün olduğu kadar alınarak, bu hakkın, muayyen bir usule göre karar verecek olan ve sırf bu iş için seçim yoluyla meydana getirilmiş diğer bazı âmme otoritelerine tevdiini iltizam eder.

Modern devletler, bu hususta, XVIII inci asırda siyasetle uğraşmış bulunan fransız filozoflarının fikirlerini tatbik etmişlerdir. Âmme nizamı namına ferdî hürriyetlere konulacak tahditleri takdir hakkını yasama meclislerine, yasama kuvvetine tevdi etmekle, bütün modern anayasalar, ferdî hürriyetleri en iyi bir şekilde teminat altına almış oldukları kanaatindedirler. Hattâ meclisler bile bu hususta tam ve kat'î bir salâhiyeti haiz değillerdir: kararlarını, umumî ve gayrı şahsî hükümler şeklinde vermeğe mecburdurlar. Yalnız İngiltere'dedir ki, parlâmentonun menfaatine olarak, *the bill of attainder*, yâni muayyen bir şahsın ferdî hürriyetlerine herhangi bir tahdit koyma hakkı, hukukan mahfuz tutulmuştur. Diğer memleketler, *bill of attainder* müessesesini reddetmektedirler.

Siyasî meclislere karşı gösterilen bu itimat inkâr edilemez. Fakat bunu nasıl izah etmelidir? ♦

Acaba sayımlar ve âyan âzaları, yürütme kuvvetinin mâlik olmadığı istisnâî bir dirayet ve hikmetle mücehhez üstün - insanlar mıdır? Bu suale verilecek menfî cevap her memleket hakkında vârittir.

Siyaset'in büyük metafizikçisi Jean Jacques Rousseau, kanunun, millî iradenin ifadesi olduğu yolunda epey teshir edici diğer bir izah

tarzını ileri sürmüştür. Meşhur sofist, bu izah tarzını doğru ve meşru göstermek için koskoca bir kitap bile yazmıştır. Geniş muhayyeleli ve koyu cahil bir insan bu fikre ikna edilebilir. Filyatta birçokları bu izah tarzına şiddetle itiraz ederler.

Kanun, haiz olduğu içtimaî kuvveti, millî iradenin ifadesi olduğundan dolayı kesbetmez; çünkü kısacası, millî irade diye bir şey yoktur. Seçicilerin belki yarısı, kendi iradelerini ifade ettiği iddia olunan kanunlardan bihaberdir. Sık sık tekrar edilen faraziyeler sayesinde ki, kanunun, millî iradenin ifadesi olduğunu beyan derecesine varılıyor ve «kanunlar, halk tarafından seçilmiş olmakla halkın iradesini ifade eden sayılâv ve senato âzaları tarafından yapılmıştır» deniyor.

Eğer bunun doğru olduğunu kabul edersek, acaba niçin anayasa, bir parlamento kanunundan daha kuvvetlidir; mademki parlamento üyeleri millî iradeyi ifade etmektedirler?

Hakikat şudur ki, kanun, ancak birkaç şahsın, hattâ bazen bir tek şahsın iradesinin ifadesidir. Bir kanun lehinde rey veren sayılâvlar ve senato üyeleri, ekseriya, ne yapmakta olduklarını tam mânâsıyla bilmezler. Sayılâvların ve senato üyelerinin bir kanun projesine karşı cephe almadıklarını söylemek, bu zatların, bu kanun projesini müdrik bir şekilde arzu ettiklerini söylemekten daha ziyade hakikate uygundur.

Fakat bu, yasama kuvvetinin müdahalesini ferdî hürriyetlerin esaslı teminatı olarak tanzim eden müessisânın yanılgı olmuş olduklarını mı beyan etmek demektir?

Hayır. Onlar haklıdır. Haklıdırlar, çünkü bir anayasa kanununun veya alelâde bir kanunun meydana getirilmesi bilmeceburiye muayyen bir usul takip edilerek vukubulur ve bu usul, otomatik olarak, ferdî hürriyetler için büyük bir himaye teşkil eder. Bu usul, esas itibarıyla, tamamen alenî müzakereler ve geniş bir aleniyetten ibarettir.

Bu şartlar altında, matbuat hürriyeti ve meclisler için de ancak umumî ve gayri şahsî tedbirler alma mecburiyeti sayesinde, âmme nizamı namına ferdî hürriyetlere takdirî bir şekilde konulacak tahditlerin, câmianın icaplarına uygun düşmeleri imkânı daha geniş, herhalde daha da fazladır.

Görülmektedir ki: 1° Ferdî hürriyetler asla mutlak değildir; 2° Bu hürriyetlerin hepsi, hayatımızın içtimaî olması vakıası dolayısıyla bazı tahditlere uğramak zaruretindedirler; 3° Bu tahditler âmme nizamının icaplarına göre, hürriyetlerin çok geniş bir şekilde

kayıt altına alınmasına kadar varabilirler; 4° Bu icaplar takdirî bir şekilde tâyin edilir; 5° Yapılabilecek yegâne şey, ancak hakikaten umumî menfaate uygun ve doğru olan tahditlerin konulması için az veya çok çetrefil usuller tesisidir.

Âmme otoritelerinin tecavüzlerine karşı fertler, kendi hürriyetlerini nasıl müdafaa edebilirler? Bu müdafaa vasıtaları pratik ve müessir midir?

Meselâ, anayasa, ferdî hürriyetlerin teminatları olmak üzere şunları derpiş etmiştir: 1° Bütün âmme otoritelerine hitap eden bazı yasaklar; 2° Salâhiyetin münhasıran yasama kuvvetine aidiyeti. Âmme otoritelerini bu yasaklara ve anayasaca tanınmış salâhiyetlere saygı göstermeğe zorlamak için fertlerin elinde ne gibi vasıtalar vardır?

En mühim mesele budur. Eğer böyle vasıtalar mevcutsa, ferdî hürriyetler korunmuş olacaktır. Aksi takdirde ferdî hürriyetlerin, parlâmentonun, yürütme kuvvetinin ve bu kuvvet memurlarının atfettiklerinden gayri bir kıymeti olmayacaktır.

Mühim bir nokta da belirtilmelidir. Ferdî hürriyetleri koruma vasıtalarının müessir olabilmesi için kolay, sür'atli ve ucuz olmaları lâzımdır. Eğer bu koruma çetrefilse, ağırsa, pahalıysa, müessirliği de azalır ve hattâ pratik bakımdan tamamen ortadan kalkar. Böyeleri, anayasa garabetleri koleksiyonunu süsleyecek olan paslı silâhlardır.

Ferdin üzerine çöken tehdit ciddidir.

En tehditkâr olan yürütme kuvvetidir. Yürütme kuvveti, sadece, önünde durulamaz olan âmme kuvvetini ve ferde büyük ve tami-ri imkânsız zararlar verme imkânını elinde bulundurmakla kalmaz, fakat üstelik de, halin icabı dolayısıyla, kendisine, âmme nizamını bozar ve devletin gayelerini tahakkuktan alıkoyar gibi gelen ferdî mukavemetleri ezmek için bu kuvveti *derhal* kullanmağa da müte-mayildir.

Ferdin, kendisini ezecek olan kuvveti durdurabilmek için kolay, sür'atli ve ucuz vasıtalara mâlik olması lâzımdır. Buna mukabil de, bu korunma vasıtalarının, fertlere, âmme hizmetlerinin muntazam işleyişini sıkıntıya koymak imkânını vermemeleri, bozgunculuk vasıtaları teşkil etmemeleri icabeder.

Halledilecek meselenin şu basit teşhiri, tam mânasiyle tatmin edici hal çarelerine vâsıl olmanın çok güç ve hattâ, hiç şüphe yok, imkânsız olduğunu söylemeğe cevaz verir. Alelâde vasıtalarla iktifa

mek lâzımdır. Bu, cemiyet hayatının çaresi bulunmaz mahzurlardan biridir.

XVIII inci asır sonundaki fransız müessislerinin bazı anayasa tetinlerine kaydettikleri ve bazı âmme hukukçularının üstü kapalı açtıkları bir koruma vasıtasını, *ihtilâl hakkı*'nı, bile bile ve kanaatçe haklı olarak tetkik dışı bırakmak lâzımdır.

1789 Haklar Beynamesi, ikinci maddesinde, insanın tabii ve üruru zamana uğramaz hakları arasında «*zulme mukavemet*» i de ikreder. 1793 Haklar Beynamesi şöyle der: «Herhangi bir kimse e karşı, kanunun tesbit ettiği durum ve şekiller haricinde ika edilen her türlü fiil, keyfi ve müstebitçe demektir. Kendisine karşı şiddet kullanılarak böyle bir fiil ika edilmek istenen kimsenin, bu fiili, kuvvet kullanarak önlemeğe hakkı vardır». 35 inci maddede de şu meşhur formülü bulmaktayız: «Hükümet, halkın haklarını çiğnediği aman, ihtilâl, halk ve halkın her sınıfı için hakların en mukaddesi ve vazifelerin en elzemidir». Ve 27 nci madde de, müstebitlerin katini emretmektedir: «Hükümranlığı gasbeden her fert, hür insanlar arafından derhal öldürülmelidir».

Bu korunma vasıtasını hesaba katmamak lâzımdır. Şiddete mücahat keyfiyeti, bir anayasaya dercedilebilecek *hukukî* bir vasıta değildir. Bu tamamen siyasî bir iş, millî âmme kuvvetiyle fertlerin hususî kuvveti arasında, harbin bütün ihtimal ve tehlikelerini arıyan bir iç savaş halidir. Bir iç savaşı ise tanzim etmemek lâzımdır. Ferdî hürriyetlere vâkî tecavüzlere kuvvet kullanarak mukavemet, mahz bir vakıa'dır. Eğer zulme mukavemet muvaffak olursa, bu bir ihtilâl demektir. Şayet muvaffak olamazsa, bu, failleri hakkında şiddetli cezaları mucip bir ayaklanmadan ibaret kalır. Hiç sayılan ferdî hürriyetlerin korunması için bir iç savaş yoluna mücahat eden fertlere karşı, anayasada veya diğer kanunlarda, bu hareketlerinin meşrû olduğuna dair bir hüküm bulunmamalıdır. Bitabii bu sözlerimiz, fertlerin, elleri ayakları bağlı olarak âmme iktidarlarının keyfine teslim edilmeleri gerekir, demek değildir. Sadece, şiddete ve ihtilâle müracaatın, muvafık bir *hukukî* korunma vasıtası olmadığını söylüyoruz.

1° XVIII inci asrın sonları ve bilhassa XIX uncu asır siyaset adamlarının pek müessir olduğuna inandıkları korunma vasıtası, istida hakkı ve siyasî meclislerce yürütme kuvvetinin tasarrufları üzerinde icra edilecek murakabedir. Garbî Avrupada, meselâ İngilterede, hususî şahısların kamaralara istida verebilmeleri ve kamaraların yürütme kuvvetinden ve bakanlarından fiil ve hareketleri

hakkında izahat istiyebilmeleri ve bunun neticesinde yürütme kuvvetinin ve bakanlarının siyasî ve cezaî sorumluluğunun mevzuubahis edilebilmesi mümkün olduğu takdirde, ferdî hürriyetlerin tam mânasiyle teminat altına alınmış bulunacağına inanıldı. Bütün milletlerce yapılan bu tecrübe, bu siyasî korunma vasıtasının hemen hemen hiçbir pratik kıymeti olmadığını gösterdi. Bu vasıta ne kolaydır, ne sür'atlidir, ne müessirdir. Meclisler, parti meşgaleleriyle istikametlerini bulan kalabalıklardır. Orada adalet endişesi ikinci derecededir. Bir siyasî parti, haksızlıkta bulunmuş olmalarından dolayı kendi şeflerinin mahkûm edilmesine kolayca razı olmaz. Siyasî meclisler taraf tutarlar. Siyasette adalet yoktur. Siyasî meclislerin o kadar çok meşgaleleri vardır ki, ferdî hürriyetlerin basit ihtilâlleriyle uğraşmak için, işlerini bir yana bırakmalarına maddeten imkân yoktur. Bir müeyyedenin pratik olabilmesi için bunun, işlenen fiil ile mütenasip olması lâzımdır. Suçlandırma işi o kadar çetrefil bir mekanizmadır ki, pratik sahada buna baş vurulmamaktadır.

2° Yürütme kuvveti tarafından ihlâl edildikleri takdirde, ferdî hürriyetler için başka bir korunma vasıtası da devlet şefine ve umumî idarenin başı olması dolayısıyla bu şefin maiyetindeki idarî murakabe kuvvetine istida vermektir.

Bu esastan hareket eden fransız hukukçuları, ferdî hürriyetlerin korunması için yeryüzünde mevcut en müessir, en pratik ve en iktisadî silâhı XIX uncu asırda meydana getirdiler ve hiçbir kanunî müzaheret görmeksizin, sadece basit mantikî muhakemelerle tekemmül ettirmeğe çalışmaktadırlar. Bu, hukukçuların en harikulâde ibda olan meşhur «salâhiyet tecavüzü dolayısıyla müracaat» tır. Umumî idarenin de şefi olmak sıfatiyle devlet şefine doğru yapılan iyerarşik müracaat, zamanla, XIX uncu asır zarfında, salâhiyet tecavüzü dolayısıyla müracaat şeklini almıştır.

Fransız hukukçuları elverişli bir durumdan bilistifade bu hârikayı meydana getirmeğe muvaffak oldular: devlet şefinin maiyetinde, ona hukukî mütalâalarını bildirmek vazifesiyle mükellef hukuk müşavirleri bulunmaktaydı. Bu «Danıştay» dır. Danıştay, 1800 den 1872 ye kadar, sadece istişarî bir heyetti; bir mahkeme değildi. Devlet şefinin, kendisine verdiği istidaları ve yapılan iyerarşik müracaatları, gerekçeli mütalâalarını almak üzere Danıştayda tetkik ettirmesi bir âdet halini almıştı. Bu muameleden sonra da devlet şefi, kendisine sunulan mütalâa ile bağlı olmaksızın, durumu, serbestçe takdir ediyordu.

Fakat filiyatta, devlet şefi, daima Danıştayın mütalâasına göre

hareket etmekteydi. Diğer taraftan, Danıştaydaki hukukçular da bu müracaatların incelenmesi için *emsal*'ler tesbit ve bu emsalleri takip ediyorlardı. Bu suretle salâhiyet tecavüzü sahasında ve bilhassa yürütme, bakanlar ve memurları tarafından ferdî hürriyetlere vaki tecavüzler mevzuunda eksiksiz bir teamül hukuku meydana geldi. Salâhiyet tecavüzü, kanunun yalnız lâfzını değil, fakat ruhunu da umursamazlık halinde mevcut telâkki ediliyordu.

1872 de Danıştay, fransız milleti adına adalet dağıtan bir mahkeme halini aldığı zaman, salâhiyet tecavüzü dolayısıyla müracaat müessesesi, filiyatta yavaş yavaş almış bulunduğu bir nevi «dâva açma» mahiyetini, hukukî bakımdan da iktisap etti.

Diğer memleketlerde buna benzer bir vaziyet hâsıl olmadı. Devlet şefine istida vermek hakkı mevcuttur. Fakat bu, büyük bir pratik ehemmiyeti olmayan bir talepten ibarettir. Filhakika iki esaslı eksiklik arz etmektedir:

- a) Devlet şefi, istidaya cevap vermekle mükellef değildir;
- b). Devlet şefi bir hukukçu değildir ve maiyetinde hukuk müsavirleri yoktur. Bu zat umumiyetle bir siyasî parti şefidir.

3° Bazı memleketler, ferdî hürriyetlerin müdafaası yolunda fertler lehine bir kazaî müracaat sistemi tesis etmişlerdir.

En müessir teminat budur. Kazaî yola müracaat, herkese, ne şahsî huzuru ve ne de âmme nizamı için büyük bir tehlike varit olmaksızın adaleti elde edebileceği ihtimali hususunda emniyet verir.

Bir taraftan, kendisine bir müracaat vaki olan yargıç da, hakkı yerine getirmeme cezasının tehdidi altında, bir cevap vermek mecburiyetindedir. Diğer taraftan, mahkeme teşkilâtını tarafsız, karakter sahibi ve hukuk bilgisi yerinde yargıçlara mâlik olunacak şekilde tanzim etmek güç bile olsa imkânsız değildir.

Kazaî yola müracaat sahasındadır ki, fert, âmme iktidarının, — ki ister yürütme isterse yasama kuvveti olsun — tecavüzlerine karşı kendi hürriyetlerini koruma vasıtası bulmaktadır.

Fakat bunun da şartı, kazaî yola müracaatin kolay, sür'atli ve az masraflı olmasıdır.

Bu hususta tatmin edici bir teşkilât mevcut mudur?

Ferdî hürriyetin korunması yolunda, bazı memleketler *habeas corpus* usulü muhakemesini icad etmişlerdir: salâhiyetli bir makamın yazılı bir emri olmadıkça kimse tevkif edilemez. Şayet bir kimse, gayri kanunî olarak tevkif veya hürriyetinden mahrum edilirse, bizzat kendisi, aile ve akrabası efradı veya dostları, tevkifin salâhi-

yetli makamın yazılı bir emrine göre yapılıp yapılmadığını tetkik edecek salâhiyetli yargıcın önüne, mevkufun vakit geçirilmeden çıkarılması için bir *habeas corpus* müracaatında bulunabilirler. Kendisine müracaat vaki olan yargıç, evvelâ, tevkifi ilgilendiren bütün evrakın kendisine tevdiine karar verir. Eğer bu evrakın tetkiki, salâhiyetli bir makamdan sâdir olmuş bir yazılı emrin mevcudiyetini göstermiyorsa, yargıç, mevkuf veya mahpus şahsın derhal tahliyesine karar verir.

İlk bakışta *habeas corpus* müracaati, kolay, seri ve müessir gibi gelir.

Tatbikat bakımından istenilen derecede müessir değildir; zira mahkemeler, *habeas corpus* müracaatını tahdidî bir şekilde tefsir etmişlerdir.

Meselâ gerekli şartlardan biri, ferdi, bilfiil mevkuf veya mahpus olmasıdır. Alelâde bir tevkif emri *habeas corpus* müracaatine imkân vermez.

Üstelik yargıç, ancak şekil şartlarını tetkik eder. Daha esasa giremez. Bu ise tabii olmakla beraber asla ciddi bir teminat teşkil etmez.

Eskiden *habeas corpus*'un rolü çok büyüktü; şimdi ise epey mütevazıdır.

Bugün, diğer ferdi hürriyetleri ve bunlara vâki olabilecek tecavüzleri ele alırsak, fertler lehine, Fransada Danıştaya yapılan salâhiyet tecavüzünden dolayı müracaat müessesesinin olduğu gibi kolay, seri ve az masraflı «kazaî yola müracaat» şekillerine rastgelmeyiz.

Meselâ bazı devletler, kanunların anayasaya uygunluğu meselesini mahkemelere veya Yüksek Mahkemeye bırakmaktadırlar. Kanunların böylece kazaî kontrole tâbi tutulması çok iyi bir şeydir. Fakat bu kontrolün gayesi, doğrudan doğruya ferdi hürriyetlerin korunması değildir: anayasa kanunlarının diğer alelâde kanunlara nazaran üstünlüğünü idameye yarar. Federal devletlerde ise, millî anayasanın ve millî Kongre'nin diğer kanunlarının, hususî devletlerin anayasaları ve kanunlarına nazaran üstünlüğünü temin eder.

Dolayısıyla fertler, kanunların anayasaya uygun olup olmadıklarının kontrolü müessesesinden, kendi hürriyetlerinin muayyen bir şekilde korunması imkânını elde edebilirler ve etmektedirler. Meselâ Yüksek Mahkeme'nin birçok kararları, millî anayasanın bir maddesini ihlâl ederek vergi tarheden kanunları gayri hukukî olarak ilân etmişlerdir.

Fakat asıl gayesi sebebiyle (federalizm'in idamesi) kanunların kazai kontrolü, fertleri tam mânasiyle tatmin edecek bir şümule malik değildir.

Bundan başka, mahkemelerin bazan tahdidî olan içtihatları, fertlerin, anayasada ilân edilen hürriyetlere karşı vaki tecavüzleri önlemek hususundaki vasıtalarını azaltmaktadır.

Zaten bu tenkitlerin de tamamen haklı olup olmadıkları sorulabilir. Bir adalet divanının ilk vazifesi, kuruluş kanunu ile tesbit edilen salâhiyetini tecavüz etmemektir. Bir mahkemenin hareket hattını, sahih bir şekilde değerlendirebilmek için, daima, onun menşini ve esas mükellefiyetini hatırlamak lâzımdır. Mahkemeler, yasa kuvvetiyle yürütme kuvveti arasındaki anlaşmazlıklarda siyasî hakemlik etmek için kurulmamışlardır. Bunlar, taraflar arasındaki dâvalarda hükmetmek için vücutte getirilmişlerdir. Binaenaleyh yasama kuvvetiyle yürütme kuvveti arasında siyasî bir anlaşmazlık olduğu zaman değil de, ancak hakikî bir dâva bulunduğu zaman müdahale etmeği istemelerinde haklıdır.

Diğer bakımdan, bazı memleketlerde mahkemelerin, kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol bahanesiyle yasama kuvvetinin sahasına tecavüz ettikleri ve içtimaî zümre menfaatlerini ön safta tuttukları hatırlardadır ki, bu da asla ferdî hürriyetlerin himayesi demek değildir.

Ferdî hürriyetlerin kazai teminatları müessesesinin en zayıf noktası yürütme kuvvetinin ve memurlarının, bilhassa, polis sahasındaki salâhiyetlerini kullanırken vaki tasarruflarına karşı, kolay, sür'atli ve az masraflı bir dâva yolunun mevcut olmayışıdır. Fert, bilhassa bu sahadaki tasarruflardan dolayıdır ki hürriyetleri bakımından tecavüze uğramaktadır. Yasama meclisleri tarafından vâki tecavüzler çok daha enderdir; çünkü yasama meclisleri açık müzakereler ve aleniyet kaidesine göre hareket ederler ve umumî ve gayri şahsî kararlar alırlar. Teferruattan sayılacak hal çareleri her ne olursa olsun, idarî faaliyetin sür'atle geliştiği büyük bir memleket için bir mesele çok esastır. Hürriyetlerinin İdare'ye karşı korunması için fertlere, müessir teminatlar bahşetmek lâzımdır. Bu müessir teminatlar kazai müracaat'tan başka bir şey olamaz. Mahkemeler, idare'nin anayasaya ve hukuka aykırı bütün hareketlerine karşı ferdî hürriyetlerin müdafileri olmalıdır.

GASTON JEZE

Çeviren: Mukbil Özyörük.