

HUKUKUN GAYESİ

Malûm olduğu üzere, daha son asrın ikinci yarısında R. v. Jhering, Hukukta gaye meselesini şumullü ve geniş bir eserde araştırmıştır (Hukukta gaye = Zweck im Recht, cilt: 2, 1884). Ona göre hukuku yaratan kaynak, gayedir ve hukuka «cemiyetin hayat şartlarını teminat altına almak» vazifesi düşer. Bu tavsif, hukuku, tamamen cemiyetin ve onun hadimi olan devletin aleti haline getirmesi itibarile, yanlış anlaşılmaya müsaittir. Hakikati halde hukukun asıl gayesi, cemiyet veya devletin yahut devlet halinde ortaya çıkan teşkilâtlı siyasi birliğin mevcudiyetini temin etmekten ziyade kendi hikmeti vücudüne has fonksiyonu yapmak yani müşahhas bir cemiyet çerçevesi içerisinde adaleti gerçekleştirmektir. Ampirik hukukun, omuzlarında adaleti taşımak ve onun görünüş şekli olmaktan başka bir vazifesi yoktur.

Adalet ise bizatihi hususî bünyeyi haiz maddî bir kıymet, maddî bir ölçü ve tevzi kıymetidir. Onun hayat ve fizik varlıkla münasebeti, diğer maddî kıymetlerinkinden daha kuvvetlidir. Çünkü adaletin takdir ölçüsü altına konması gerekenler, bizzat insanların kendileri ve hareketleridir. Adaletteki karakteristik hususiyet, maddesile olan bu münasebetinde tecelli eder. Bu münasebet gözönünde bulundurulunca niçin adaletin cevher itibarile daimî bir inkişaf ve tekâmüle maruz bulunduğu ; neden bu mefhumun içerisi mutlak mer'iyeti haiz ve herkesi bağlayıcı bir muh-

teva ile doldurulamadığı kolayca anlaşılır. Mademki adaletin mücerret olarak idraki kabil değildir. Şu halde ancak müşahhas-ferdî tarihî bir tezahür ve teşekkül müvacehesinde muayyen bir nizamın hakikaten âdil olup olmadığı suali ortaya atılabilir. Ancak böyle bir karşılaştırma neticesinde hak fikrinin (hukuk idesinin) zaman ve vaziyetine göre gerçekleştirilen müşahhas biçimine, müsabet nizamın uydığı veya uymadığı, yahut ta çok veya az miktarda yaklaştığı meydana çıkarılır.

Fakat hukukun maddesi ile idesi arasında sonsuz tenevvü arzeden münasebet imkânlarını bilme, adaletin muhtevaca zaman ve mekândan müstakil olarak tesbitinden bile bile vazgeçme, hiçbir zaman onu izafileştirme mânasını ifade etmez. Çünkü, bir cemiyet nizamının, o zamandaki hukuk idesinin müşahhas şekline (biçimine) uyup uymadığı sorusu, bir şahsın sübjektif idrakine yahut bir şahıslar gurubunun içtimâî dilek ve cehtlerine göre herhangi bir karara varmak üzere vazedilmiş değildir. Bilâkis bu sual, vakıa zamana göre muhtevası başka başka ve fakat-kıymet idrakinin objektif yani gayri şahsî tezahür ve kararları mevzu-bahs olduğu cihetle-daima yeniden objektif olarak ortaya çıkar ve hem de-hiç olmazsa ihtiva ettiği fikre nazaran-mutlak ve sarih bir cevap ister.

Bu münasebetle hatıra gelen diğer enteresan bir mesele de şudur : Acaba nâzım bir ide mahiyetinde sabit esas kıymetler irae eden ve muhtelif hukuk nizamlarını içlerinde taşıdıkları kıymetlere göre sistematik bir şekilde kademe kademe sıralamayı, bu suretle de umumî mer'iyeti haiz, mukayeseli, bir hukukî kıymet mütalea ve müşahedesini mümkün kılan bilfarz tabii hukuk yahut din görüşündeki ruh ve mânada bir ideal hukuk meydana koymak muvafıkı maslahat belki de hattâ lüzumlu bir iş midir ? Bunun burada münakaşası doğru olmaz. Çünkü mezkûr mesele-nin halli, ancak felsefi-nazarî (spekülatif) yahut dinî bir kanaatten hareketle mümkün olur ve binnetice şe'niyete (hakikate) bağlı bir tetkik ve müşahede zeminini bırakma zarureti doğurur.

Böylece adalet düşüncesinin muhteva itibarile umumî mer'iyeti haiz bir tasvirinden vazgeçilmesi, alel'itlak bir feragat demek

değildir. Bilâkis adalet mefhumunu şekli cepheden etraflıca tesbit etmek ve bu bakımdan bir dereceye kadar umumen muteber bir esasa varmak pekâlâ mümkündür. Teolojik, hukukî ve felsefî literatürde adalet mefhumu hakkında biraz emin ve şayanı itimat şeyler söylemek istiyen pek çok teşebbüslerin, bilhassa bu istikamette yürümelere yani adaletin şekli izahı yolundan gitmeleri hiç de tesadüf eseri değildir.

Bu meyanda adalet mefhumunu parçalamak suretile ondan muhtelif prensipler elde etmek teşebbüsleri, ön sırayı işgal ederler. Bu araştırmalar arasında en mühim olarak yalnız Aristo'nun **Justitia distributiva, correctiva** ve **commutativa** şeklindeki tefrikini hatırlatmak kâfidir. Bu tefrik, çok defa da değiştirilmiş olarak-meselâ **Leibniz** de **Justitia distributiva, commutativa** ve **universalis** tasnifine inkılâp ediyor-tâ halihazırdaki literatür içerisinde de çok veya az derine giden tesirlerini muhafaza ediyor. Fakat hep bu ve benzeri muhtelif adalet prensiplerini meydana koyma teşebbüsleri **Del Vecchio**'nun doğru olarak gördüğü gibi (*Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1923, s. 243)-mahzurdan salim değildirler. Çünkü bu teşebbüsler, cevheri itibarile aslında toplu ve insicamlı bir birlik arzeden bir şeyi, fikren ayırmaya her parçayı ayrı ayrı kaidelere tâbi kılmaya çalışıyorlar.

Hakikat halde adalet mefhumunun esas unsurları, muhtelif adalet prensiplerine göre ayrı ayrı şekillerde tesbit ve tayin edilemezler. Adaletin en sahih şekillerine esas teşkil eden ve onun mahiyetini tayin eyliyen en mühim şekli unsur ise, müsavattan başka bir şey değildir. Bunu ta fisagorcular ve herkesten vazih olarak Aristo görmüş, en yakın zamanlara kadar literatürde daima aynı şey muhtelif şekillerde tekrar ve ifade olunmuştur. Radbruch da adalet mefhumlarında mündemiç daimi ve sabit unsurları «l'egalité, la généralité et la légalité» (müsavat, umumiyet meşruiyet) olarak göstermekle aynı talâkkiye katılmış oluyor.

Yalnız burada üzerinde durulmağa değer nokta ; adaleti gerçekleştirmesi gereken bu müsavatın yakından nasıl bir şekil ve manzara arzedeceği keyfiyetidir. Aşikârdır ki burada mevzuu bahsoaln adalet mefhumundan ancak hizmet ve ücret, taksir (mes'uliyet) ve ceza aralarında bir müvazene teminine yarayan,

zıdıkların telif ve tevhidine dayanan bir müsavat anlaşılabilir. Şu halde bu, aynı ölçü düşüncesinden, Leibniz'in ifadesile intibak (hendesî ve riyazî mânada) ve tenasüp fikrinden yahut Jhering'in dediği gibi, muadelet idesinden çıkan bir müsavattır. Adaletin her iki nev'i olan justitia distributiva ve vindicativa yani gerek tevziî ve gerek cezaî adalet bakımından müsavat daima vaziyete göre değişir. Çünkü gerçekleşecek adaletin taallûk ettiği filî şartlar her hale göre başka başka olabilirler. Şu halde adaletin mahiyet ve mevcudiyetine ait bir esas unsur olması itibarile müsavat, Aristo'nun ifade ettiği veçhile nisbî, hendesî bir müsavattır. Romanın meşhur « jus suum cuique tribuere » sine uygun olarak herkesin faaliyetine (iş ve kabiliyetine) göre payına düşeni elde etmesi mânasına gelir. Demek ki adalet hâdiselerin riyazî - kanunî surette kavranmasını değil, bilâkis Del Veechio'nun düşündüğü : « che ogni soggetto sia riconosciuto (dagli altri) per cio che vale, chea ognuno sia attribuito (dagli altri) cio che gli spetta » (yukarıda zikredilen eser s. 255) [1] mânasında her halin şahsî - ferdî muameleye tâbi tutulmasını dileyor.

Buna göre meselâ bir vazii kanuna, hâkime, öğreticiye hakikaten âdil vasfının verilebilmesi için onun müsavâtı objektif hususiyetile anlaması ve onun ruhuna uyarak tamamen bitaraf fakat şümüllü ve objektif bir tarzda ayırıcı (farklandırıcı) hareket etmesi icap eder. Bir hukuk nizamının hâs ve asıl gai fonksiyonu olan adaleti gerçekleştirebilmesi, ancak nisbî müsavat mânasında müşahhas hak ve adlin her vaziyette malûm ve bundan başka da doğacak ihtilâfların, bu şahsî - ferdî adalet ruhuna uygun olarak hallolunmalarına yetecek teminatın mevcut bulunması ile kabil olurdu.

Hakikat, bu türlü şahsî - ferdî bir adalet hâkimiyetinin hayalden ibaret kaldığını gösteriyor. Filiyatta hukuk az veya çok umumî kaideler koymak mecburiyetine düşüyor. Bu umumî hü-

[1] İtalyan hukuk filozofu, her hâdisenin takdirinde, o hâdiseye ait hususiyetlerin göz önünde tutularak bir karara varılmasını iltizam etmektedir.

kümlerde ise muayyen bir dereceye kadar, hâdiselerin hususiyetlerinden kaçınma zarureti baş gösteriyor. Çünkü daima değişen hayat münasebetleri, önceden görülmesi kabil olmıyan ihtilâf imkânları ve nihayet insanın umumî kifayetsizliği karşısında bir hukuk nizamının, nisbî müsavat düşüncesine dayanan şahsî - ferdî adaletin icap ettireceği tarzda hâdiselerin bütün teferrüat ve hususiyetlerini nazarı itibara alması, hiç te kabili tasavvur değildir.

Daha ziyade umumî kaideler teşkiline olan bu mecburiyet, artık adalet mülâhazalarına irca edilemez. Hakikatte bu kaide teşkili başka türlü mülâhazalara ezcümle, emniyet düşüncesine dayanır. Ve hukuk hakikaten, adaletle birlikte ve onun yanında aynı zamanda emniyete de hizmet etmesi itibarile muzaaf bir fonksiyona maliktir. Hukuk, müşahhas kaideler sistemi sıfatile aynı zamanda bir barış nizamıdır. Bu son vasıf, muayyen bir müddet içerisinde sabit ve ferdlerin hareketini önceden gösteren birbirine sıkı sıkıya bağlı, hesaplı açık, basit kaidelerin vücudünü şart kılar.

Burada izah edilen telâkkiye muhalif olarak, ancak emniyet ihtiyacile şahsî - ferdî adaleti tam olarak telif ve tevhit etmiş bir nizama âdil vasfı verilseydi ve bu suretle emniyet ve nizamın muhafazası bizzat adaletin esas unsur ve cevherine dahil addedilseydi, hukukun gayeleri çerçevesi içerisinde hukuk emniyeti probleminin ayrıca mevzuu bahs ve münakaşa olmasına lüzum kalmazdı. Bu takdirde adalet, başlangıçtan itibaren - hâdisenin müşahhas ferdî bakımdan tetkik ve mütaleası zararına da olsa - hukuk emniyeti ihtiyacını da birlikte tatmin gayesine teveccüh edecekti. Halbuki benim kanaatime göre hukuka müessir olan muhtelif gayeleri, bir yandan nisbî müsavat düşüncesine dayanan müşahhas - ferdî adaleti, diğer yandan hukuku kat'ileştiren, onu zarurî surette umumî, hesaplı bir şekle sokan emniyet ihtiyacını birbirinden ayrı tutmak hem daha açık, hem de anlam itibarile daha doğrudur. Bir kere iç kuruluşları (bünyeleri) itibarile emniyet ve adaletin icapları birbirine zıt vaziyettedirler ve çok kere birbirleriyle çarpışırlar.

Bu bahiste ilk göz önünde bulundurduğumuz kontinental - Avrupa hukuku derece ve nisbetinde rasyonalize olmamış bulun-

masına ve bugün de geniş miqyasta préjudiciel [2] mahiyet taşımasına rağmen Anglo-Sakson hukuku da - görünüşte zahiri bir birlik arz etmekle beraber - yukarıda işaret eylediğimiz muzaaf fonksiyonu haiz bulunuyor. Haddizatında kazaî Anglo-Sakson préjudiciel hukuku, Kontinantal-Avrupanın kanunî hukukundan çok daha fazla adaletin müşahhas - ferdi dileklerine uymaktadır. Enteresan olan cihet, sırf prejüdisyel mahiyet taşıyan mezkûr hukukun précédent obligatoire (mecburî örnek, kendisine riayet mecburiyeti olan kanunî misal) nazariyesile hukukun emniyet fonksiyonu nef'ine de çevrilmiş olmasıdır. Bir hukukî ihtilâfta bir kere verilmiş olan kazaî hüküm, onu takip eden ayni yahut hattâ benzer neviden bütün ihtilâflar hakkında bağlayıcı ve muteber sayılmaktadır. Goodhart, İngiliz hukukunda Le Précédent hakkındaki bir raporunda: (Annuaire de l'institut international de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique = Beynelmilel hukuk felsefesi ve hukukî içtimaiyat enstitüsü yillığı s. 37 ve sonrasında çıkmıştır. Bilhassa s. 55 ve sonrasına bakılsın) İngiliz hâkimi tarafından verilen kararların bu hukuken mükellef kılma kudretini, haklı olarak İngiliz hukukunun bütün bünyesini karakterize eden bir vasıf olarak tebarüz ettiriyor ve bunu bizzat certitude (kat'iyet ve vusuk) ve rigidité (salâbet) zarureti yâni hukukun emniyet fonksiyonu, «besoin d'avoir des règles fixes et déterminées qui lient les juges» (hâkimleri bağlayan sabit ve muayyen kaidelere malik olma ihtiyacı) ile izah ve bu münasebetle Lord Eldon'un şu sözüne ehemmiyetle işaret ediyor: «En droit la certitude vaut mieux que le désir d'amélioration du juge qui l'applique» (hukukta kat'iyet onu tatbik eden hâkimin ıslah arzusundan daha kıymetlidir). Netice itibarile bu bağlayıcı İngiliz prejüdisyel hukuku münasebat üzerinde Avrupa kanunî hukukundan daha hesaplı bir surette müessir oluyor. Çünkü Av-

[2] Maksat, kanun şeklinde tesbit edilmediği halde hâkimin verdiği kararın bir meselei mütekaddime kararı gibi ondan sonraki hâdiselerin halline esas teşkil etmesidir. Bu suretle kazaî içtihatlar, âdeta gayri mektup kanunlar gibi, bir hukuk manzumesi teşkil ediyorlar.

rupa hukuku, kuruluşu icabı daha mücerrettir ve bu itibarla da biçim ve kesimi İngiliz hukuku gibi müşahhas - ferdi hâdise ve hallere pek te uymaz.

Böylece - daha müşahhas şekilde de olsa - Anglo-Sakson pre-jüdisyel hukukunda da mevcudiyeti sabit ve zahir olan umumî, kanunî müsavat, izahatımızdan da anlaşılacağı veçhile, adalet düşüncesinden ziyade hukuk emniyeti ihtiyacından doğuyor. Bu ihtiyaç bir bağlayıcı Préjudice'in daha ferdi şekline bürünmüş de olsa, müsavata zahiri ve şekli bir müsavat haline koyuyor. Aristo'nun göz önünde tuttuğu müsavat da - onun *justitia conmutativa* - yani ferdler arasındaki münasebatta cari tağvizi ve misali adalet anlamında saklı beraberliği nisbi - hendesi değil, adedi mânada anlamasına rağmen - hep aynı şeydir. Bunda da Aristo'nun anladığı mânadaki münasebat ve mübadele adaletinin, asil adaletin saf şekillerine girmediği neticesi çıkar.

Müsavat anlamının böyle şekilleştirilmesi hukukun her sahasında kendini gösterir. Bu vaziyet, bilhassa hususî hakların mutlak surette aynı kıymet ölçüsüne tâbi tutuldukları hususiye hukukunun mamelek münasebetlerinde açıkça ortaya çıkar. Meselâ ferdi mülkiyetin himayesini göz önünde tutalım : Burada bilfarz haklardan istifade, hakları kullanma ehliyetleri gibi şahsî vasıflar, her hâdisede gösterilen olgunluğa değil, daha ziyade bir örnekte muayyen bir yaş haddini bulmaya tâbi tutulmuştur. Yine bu sahada aynı sebeplerle bir örnekte şekil hükümleri hatta, münferit hâdisenin müşahhas durumu hiç bir suretle hesaba katılmaksızın bilfarz müruru zaman sebeble ziya ve iktisap gibi hep aynı model müesseseler konmuştur (hukuk emniyeti nefinin yöneldiği bu şekli istikamet hakkında tafsilât, Rümelin'in hukuk emniyeti = *Rechtssicherheit* adlı eserindedir. 1924).

Diğer yandan bu münasebetle mevzuu bahsolan müsavat ve umumilik mefhumu münhasıran mihanik - mücerret ve kemmi mahiyette telâkki olunamaz. Çünkü hukuk emniyeti düşüncesile zahire çıkan bir müsavat anlamı da, nizamın her halde hukuka has karakter taşıması icap ediyorsa, adaletin müşahhas - ferdi müsavat mefhumile mahiyeten münasebet ve temas halindedir. Diğer bir deyimle, daha ziyade umumî kaideelr teşkilile teminat

altına alınması gereken emniyet, hukuka hâs bir emniyet ola - bilmek için, hukuk idesinin hususî hallerde aldığı müşahhâs şekil çerçevesi içerisinde hareket etmelidir. Şu halde Roma hukukçularının, müsavat ve umumiliğin hukuk emniyeti düşünce - sine kabalaştırılmış şekline de, izafi - hendesi bir mâna vermeleri çok yerinde ve haklıdır.

Nizam ve emniyetin nef'ine sayılarak hâdiselerin hususi - yetlerini teker teker gözden geçirip onları ferdileştirici bir mua - meleğe tâbi tutmaktan tamamen veya kısmen vaz geçilse bile, bundan dolayı hukuk nizamının, kanunun hükümlerile onun şartları arasında âdil bir müvazene ruhu, içten ve canlı bir alâ - ka yaratma mükellefiyeti (vazifesi) henüz ortadan kalkma - mıştır. Bir Alman hukuk darbı meseli : «Aynı şey, aynı hak» [3] diyor. Bundan başka tabiatı eşyada meknüz müsavat - sızlıklar hukuk kaidesince bu müsavatsızlığa uyar şekilde ayrı ayrı muamelelere tâbi tutulmak gerektir. İşte bu manada olmak üzere bilfarz İsviçre Federal mahkemesi ve Amerika mahkeme - leri, hususî vasıflara dayanan muhtelif filî münasebetlerin hukukan muhtelif şekilde tanzimini, esas teşkilât kanunu - nun senedlediği müsavat hükmüne zıd değil, belki tamamen uygun görmüşlerdir. Yalnız İsviçre Federal mahkemesinin bir kere dediği gibi, her hangi bir hâdisenin hukukan farklı muameleğe tâbi tutulmasına cevaz veren şart ve hususiyetlerin «mühim» ol - maları ve bunların mevzuun muhtelif şekillerde tanzimile içten bağlı ve alâkalı bulunmaları icap eder. Başka bir deyimle mahiyet ve varlıkça aynı olanlar müsavi, başka başka olanlar gayri mü - savî muameleğe tâbi tutulmalıdırlar. Yahut Lasson'un ifadesile (Hukuk felsefesi. = Rechtsphilosophie, s. 224) : Hukuk niza - mının âdil oluşu «mahiyetin ve onun özü olan müsavatın bili - nip tanınmasına bağlıdır. Aynı mahiyeti haiz hususatın muame -

[3] Bu darbı mesel, aynı hal ve şartların tekerrürü halinde, hukukî va - ziyetin sabit kalacağını anlatıyor. Başka bir deyimle hukukî münasebetin istikrarı, filî münasebetin istikrarına tâbidir. Filî şart ve tezahürleri de - ğişmiyen hâdiselere muhtelif zaman ve kerelerde hukukan ayrı ayrı kıymet biçilmesi hakka ve adle uygun değildir.

lesinde müsavatsızlığa düşen yahut esas ve cevheri, esassız hükümler lehine ihmal eden bir hukuk nizamı âdil olmaktan uzaktır. Tabii bunun gibi hak ve adil mefhumunda mahiyeten farklı hususatin ayrı muamelelere tâbi tutulması dileği de saklıdır. Fakat bu muamele müsavatsızlığı keyfi olmamak yani umumî bir kaide ile tanzim edilmek icap eder. Bu umumî kaide ise, müsavatsızlıkta müsavat yani ölçü ve nisbette müsavat esası olmalıdır» (Leibholz, kanun önünde müsavat = Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1925 eserile de karşılaştırın).

Buna göre hukuku mahsusanın vücade getirilmesi, normun (kaidenin) emniyeti temin cehdile vaki umumîlik, müsavilik ve kanunilik temayülüne hiç te aykırı düşmez. Bilâkis, hayat vakıalarının ifrata kaçır şekilde muayyen tip ve kalıplara dökülmesi tehlikesini önler ve bu itibarla zaruridir. Muayyen bazı şahıslar lehine olarak umumen bağlayıcı ve mükellef kılıcı bir kaide çerçevesi dışında bir takım hukukî neticeler tesbit eden ferdî mahiyetteki hukuka da alelittlak haksızlık ve keyfilik isnat edilemez. Çünkü, hatta demokratik kütle devletlerinde, aşağı tabakaların siyasî ve içtimai kurtuluş ve hürriyeti neticesi olarak bir yahut diğer cihete müteveccih şahsî hukuku mahsusa ihdasına pek az yer ve imkân varsa da böyle bir ihdas büsbütün muhal değildir (Meselâ bir memleketin büyük kumandanlarını yahut devlet adamlarını imtiyazlandıran bilhassa onlara daha geniş salâhiyetler veren kanunlar vaz'ı pekâlâ mümkündür). Fakat diğer yandan son derece mücerret kaideler, emniyetin mahiyeten hukukun adalet fonksiyonile malûm münasebeti yüzünden -şayet bu kaideler, zamanlarının müşahhas hukuk idesi şekline göre tertip edilmemiş iseler - hukukî emniyet hususiyet ve hassasından da mahrum olabilirler.

Hem adalet, hem emniyet düşüncelerine hizmet eden bir hukuk nizamı da - daha henüz siyasetin ve her cihetçe siyaseten muayyen bulunan - umumî menfaatin müşahhas bir kaideler sisteminden istediklerini tam mânasile yerine getiremez. Bu, esasen mümkün de değildir. Çünkü : bilfarz Jellinek ve Orlando'nun zannettikleri gibi siyaset ve hukuku yekdiğerinden ayıran şekli bir kriteriyum mevcut değilse de Kant, ondan sonra Fichte daha

sonra da Gierke gibi bir çok müellifler tarafından, tesbit ve müşahede edilen bir hakikat baki kalıyor : O da, devlet ve hukukun cemiyet hayatında iki müstakil fonksiyon mahiyetini arz etmeleridir. Bundan dolayı Radbruch haklı olarak Norm (hukuk) un şeniyet «develt» e uymayan bir kaide olduğunu «hak fikrinin, devlet fikrile bir olmadığını, bilâkis hukukun müteferri devlet gayesile ihtilâf haline düşebileceğini» (Hukuk felsefesi = Rechtsphilosophie, 1932 s. 181) söylüyor.

Hakikat halde siyasilik ve dolayısıyla ancak siyasi bakımdan anlaşılabilen Bien Commun (âmme hayrı) ile hukukun mahiyeti ve her iki fonksiyonu - gerek adalet ve gerek emniyet fonksiyonları - arasında gergin bir münasebet vardır. Siyasilik mevzuu itibarile hukukunkinden başka bir maddi kıymete, başka bir fikrî cevhere taallûk eder. Siyasilik bilfarz dinî, iktisadî yahut hukukî mahiyette muayyen içtimaî faktörlerin hâsılası değildir ve iddia edildiği gibi bir içtimaî birliğin kuvvetlilik (uzuvları arasında rabıta bakımından) haddini yahut «muayyen içtimaî iştirakin en kuvvetli derecesini» ifade ve beyan etmez. Siyasilik daha ziyade doğrudan doğruya devletin tesis ve muhafazasına yahut teşkilâtlanmış siyasi birlikle alâkadar hususlara daha başka bir ifade ile yaratıcı kudret halinde devlete müessir olan, devletin bütünlük ve tamamiyetine hizmet eden (Smend) şeye yahut ta, Hegel'in dediği gibi, en yüksek müşahhas küllilik (umumilik) görüşüne taallûk eder. Şu halde devlet veya onun kendine has mahiyeti etrafında dolaşan, devletin yahut onda teşkilâtlanmış siyasi birliğin mevcudiyetini bahs mevzuu yapan bütün meseleler, siyasidirler.

Siyasi fiil ve hareketler, tipik çehrelerini, siyasiliğin mevcut şeniyetle bu münasebetinden alırlar. Siyasi kararlarda, tıpkı sırf hukukî kararlar gibi, müşahhas - ferdî şekli tercih ederler. Yalnız öncekiler, külliyen maksat ve gaye ile muayyen olmaları ve hukukî saik ve esbabı mucibeden mahrum bulunuşları yüzünden, sonrakilerden esaslı bir surette ayrılırlar.

Bundan başka siyasi muameleler, günün daima değişen dilek ve icaplarını karşılayabilmek için, mahiyeten dinamik - irrasyonel (harekî - gayriakli) bir bünye taşırlar. Bundan dolayı da

esas temayülleri hukukunkine zıddır. Çünkü hukuk, şeniyetle alâka ve münasebetine rağmen, esas bünyesi itibarile statik - rasyonel (sabit - akli), bir kaideler sistemi halinde tezahür eder. Hukuk, bilhassa ulaşmak cehdinde bulunduğu emniyet gayesi sebebiyle, mahiyetleri icabı bir kereye mahsus, mütehavvil ve bu yüzden önceden görülemiyen hususatı daha evvel görülebilir ve hesap edilebilir bir hale koymağa çalışır. Bundan dolayı siyasiliğin hukukîlikten, hayatiliğin (mevcut ve şeni olmanın) kaidevîlikten (normaniflikten) imkân nisbetinde kurtulmaya çalışması hiç te taaccüp edilecek bir şey değildir.

Siyasiliğin bu temayülü belki en açık olarak mevzuu doğrudan doğruya siyasete taallük eden hukuk sahasında görülür. Bu hukuk şubesi, diğerlerinden tamamen farklı olarak siyasî mahiyetteki mevzulara temas ettiği ve ancak mahdud mikyasta siyasetten tecrit olunabilen meseleleri ihtiva ettiği cihetle siyasî hukuk diye tavsif olunmuştur.

Bu siyasî hukuk çerçevesine her şeyden evvel devletler umumî hukuku ile esas teşkilât hukuku girer. Bu nevi hukuk mevzuunun hukukî - kaidevî çemberden ne kadar mümkünse o nisbette sıyrılmaya çalışması bu sahada tereddüt ve şüpheyi davet eden problemlerin kaynağıdır. Bu vaziyet, devletler umumî hukukunda devletlerin, mevcudiyetlerine taallük eden siyasî meseleleri devletler arası adli ve kazai mercilerin salâhiyet sahalarından çıkarma temayüllerinde hassaten aşikâr ve bedihidir. Modern devletler umumî hukukuna hâs « zaaf ve noksan » ın büyük bir kısmı, mukavelelerin tertibinde siyasî faktörün hesaba katılmasında, bunlara bir devletin mevcudiyet ve şerefine veya hayati menfaatlerine taallük eden hususatın hakeme tevdi edilemeyeceğine dair kayıtların girmesinde ve böylece devletler umumî hukuku sisteminin daima inkıtaa uğratılmasında tecelli eder. Diğer yandan siyasî hukukun bu zaaf ve meşkûkiyetidir ki hiç de eksik olmıyan sui tefehhümleri davet eder : Esas teşkilât ve devletler umumî hukuku ihtilâfları bu yüzden tamamen siyasî ihtilâflar olarak tavsif edilir ve sabit, hakikî bir kaza faaliyeti - bu meyanda bilfarz Amerika yüksek mahkemesinin teşkilâtı esasıyeye ait son kararalrı yahut divanı adaletin muhtelif hü -

kümleri hatırlansın - sırf siyaset şeklinde telâkki ve tefsir olunur. Bu ise açık bir yanlış anlamadır.

Fakat siyaset ve hukuk arasındaki bu gergin münasebet, bu ikisinin karşılıklı yekdiğerine mütemayil ve tatbikatta nafiz ve müessir olmalarına mâni değildir. Hukuk devlete muhtaçtır. Çünkü ilk defa devlet inhisarı altında bulunan kudrete dayanarak müemmen ve dolayısıyla müsbet, tam müessir bir hukuk haline gelir. Devlet te, mütemadî bir nizamsızlık yahut anarşi halinde yaşamak istemezse, şe'nî mevcudiyete sahip bir teşekkül sıfatile zamanına göre hiç olmazsa içtimai varlık ve barışı garant eden bir nizamdan ebediyen feragat edemez.

Hukuk ve siyasetin birbirlerini karşılıklı ikmal ihtiyaçları, bunların mefhum itibarile zarurî beraberlikleri mânasına gelmez. Devletçe tesisine çalışılan nizamın, muhakkak surette ve zaruretten hukuk nizamı olması mecburiyeti yoktur. Puchta'nın bir kere dediği gibi kudret, hukuku «zarurî değil, tesadüfi olarak» gerçekleştirir, yahut Hegel'in ifadesile hakikî ve şe'nî bir teşekkül olması itibarile devlet «adaletin bizatihî mukaddem şartı değil» dir. Tamamen kuvvetin tayin ve takrir ettiği nizamlar da vardır ki bunlar zahiren emniyeti tesise müessir ve muktedir olabildikleri halde, hukuk nizamları değildirler, «Şe'nî hâkimiyet unsurlarının birbirine eklenmesile vücut bulan bu teşekküller, aynı zamanda hukuk devletleri vasfını haiz olamazlar» Bu sebeple mütearife halinde siyasî bir muamelenin, nizami fonksiyonundan hukukî fonksiyonuna intikal etmek yahut siyasî kıymetinden hukukî kıymetini istidlâl eylemek caiz değildir [Dei Vacchio, bunu, (Rivista internazionale di Filosofia del Diritto - 1923 tabı, II, s. 440) da «la giustizia non s'identifica colla legalità» formülü ile ifade ediyor] .

Kaideten hele modern devletin gayret ve hedefi, yalnız zahiren barış tesis eden bir nizam yaratmakla kalmayıp aynı zamanda hukuka bağlanmağa ve onun hâkimiyetine tâbi olmağa tevaccüh eder. Ancak bu suretle devlet, sırf siyasî mevcudiyet ve çıplak şeniyet sahasından harice yükselir, fikrî ve manevî atmosfere de katılabilir. Ancak kanuniliği meşruiliğe rapt ve telif etmek su-

retiyile devlet, hakiki bir hukuk devleti veyahut ayni manaya gelmek üzere âdil ve haklı bir devlet haline girer.

Maamafih hukuk ve devletin birbiriyle en çok girift olması ve siyasi teşekkülün bünyesindeki hukukî renk ve tesirin bilhassa kuvvetli bulunması halinde de siyasi mevcudiyet hukukî kaideye takaddüm eder. Bu üstünlük (siyasi hayatiliğin hukukî kaideviliğe karşı rüçhanı), hattâ klâsik - liberal hukuk devletinde bile kabili isbattır. Orada da geniş mikyasta kanun ve hukuktan çözümlü ayrılmış, tamamen siyasi bir saha, ezcümle hükümet vardır ki teşkilâtı esasiye ile çizilen çerçeve içerisinde tamamen serbesttir. Hattâ icabında siyasi ıztırar hakkının yardımıyla yazılı hukuka karşı durabilir ve kendi mevcudiyetini muhafaza edebilir. Tabiiyle burada da hukuk devleti düşüncesine yardım etmek isteği ve zannı batılıyla, hükümetin salâhiyetine dahil bulunan yüksek siyaset meselelerine şeklen hukukî ve adli bir kisve giydirmek ve bunların hallini bir mahkemenin kararına bırakmak yoluna gidilebilir. Fakat böyle bir usulle mezkûr meseleler, siyasi vasıflarından tecrit edilmiş olmazlar. Çünkü böyle bir halin vukuunda adli bünyeye göre teşkilâtlandırılmış makamlar bir usulü muhakeme şekline bağlı kalarak yüksek siyasi kararlar — hem de siyaset bakımından hiçbir fayda arz etmemesine mukabil adliyenin son derece zararına olmak üzere — vermiş olacaktırlar.

Burada temas edilen siyaset ve hukuk münasebeti, yâni siyasi olanın üstünlüğü baki ve mahfuz kalmak şartıyla siyasi ve hukukî kıymetler arasındaki gerginlikler ve karşılıklı alâka ve rabitalar, meselenin esas mahiyeti icabıdır. Bundan dolayı hakikaten hukuk devleti düşüncesiyle teşkilâtlandırılmış her siyasi teşekkülde bu münasebet ve rabitanın tesbiti tabiidir. Hele bu münasebet ve rabıta, liberalizm devrinde daha derin bir iz ve tesir taşır. Bunun sebebi, mezkûr devirde ferde, siyasi bütün yanında müstakil hususi bir kıymet atfedilmiş bulunması ve bu yüzden hukukun ayni zamanda geniş mikyasta ferdiyetçi karakter taşımasıdır. Bundan hukuk nizamına, akıbet ve neticeleri itibariyle birbirleriyle çarpışan camia ve siyasi varlığın dilekelriyle ferdin arzusunu uzlaştırmaya tavassut etmek ve böylece ferdi hürriyetle devletin emniyet cehdini barıştırmak vazifesi doğar. Bu meyanda ferdi em-

niyet cehdi, bilhassa yazılmış veyahut gayri mektup olarak mer'î bulunmuş esas haklar (âmme hakları) katalogunda ifade olunur. Bu haklar, hukukan mükellef kılıcı prensipler halinde esas itibarıyla umumî ehemmiyeti haizdirler ve sade hâkimelri, idareyi değil, bunların fevkinde vazı kanunu da bağlarlar ve hattâ yerine göre esas teşkilât meseleleri hakkında karar vermek salâhiyetini haiz bir kaza mercii ihdasından dolayı ihlâl ihtimaline karşı enstitüsyonel bir himayeye de mazhardırlar. Daha ileri giderek diyebiliriz ki, idarenin kanuna uygunluğu esasına dayanan ve sinesinde idarî kazaya has ayrı bir müesseseyi taşıyan modern idre hukuku, bu şekliyle doğuşunu işte bu ferdi emniyet cehdine borçludur.

Liberal devlette cemiyet ve ferdin dolayısıyla hukuk ve siyasetin karşılıklı ziddiyet ve alâkasının kabili isbat oluşu, bugün muayyen bir literatürün bizi inandırmak istediği bir kanaate götürmekten henüz çok uzaktır. Muayyen bir grup mensupları, hukuk ve siyaset arasında ana hatları yukarıda çizilen münasebeti, devlete karşı cemiyetin üstünlüğünü neşir ve iddia maksadiyle devlet ve cemiyeti birbirinden koparan liberalist ayırma ve parçalama düşüncesinin neticesi diye karakterize etmek istiyorlar. Böyle bir telâkki tarzı, hukuku onun tarihî, tesadüfî, liberalist ve ferdiyetçi tezahür şekliyle bir tutuyor ve aynı zamanda şahsın hürriyet, mülkiyet ve emniyetini koruyan nizamı, alelilâk hukuk nizamıyla karıştırıyor. Halbuki hukuk, hakikatte tamamen başka neviden, yani asla liberalist olmıyan, az veya çok kollektivist bir muhteva da taşıyabilir. Cemiyetçe şahsî hürriyeti az veya çok tehdit edilen ve hattâ kaldırılan bir ferd de, hukukça meşruiyeti tanıyan nizamın mevzuu olabilir.

Buna göre mefhum itibarıyla bilfarz otoriter bir bünye üzerine kurulmuş devletlerin — isterlerse muhafazakâr yahut total bir çehre taşısınlar — hukuk devleti ideolojisine tesahüpleri gayri caiz değildir. Çünkü gerek hukuk devleti mefhumu ve gerek hâkimlerin istiklâli fikri asıl klasik çehre ve damgalarını siyasi liberalizm devrinde almış olmalarına rağmen, ekseriyetle yanlış olarak iddia edildiği gibi, liberalizmin mahsulleri değildirler. Hukuk devletinin icap ve dilekleri, hakikatte hukukun mahiyetinden ve adalet fikrinden çıkarlar. Hıristiyan — Muhafazakâr devlet na-

zariyesinin başı Friedrich Julius Stahl'in, siyasi liberalizmin diğer muarızlarıyla birlikte 19 uncu asır konservatif devletinin «bir hukuk devleti olmasını ve faaliyetlerinin istikamet ve sınırlarıyla tebeasının hürriyet sahasını hukukî tarzda tamamen tayin ve yıkılmaz bir surette temin eylemesini» istemesi, bir tesadüf eseri değildir. Hali hazır modern devletlerinin liberalizmin kuvvetle aleyhinde olmalarına rağmen otoriter hareketlerinde siyasi varlıklarının hukuk devletine has nizamını bilhassa tekit gayretini duymaları da boşuna ve sebepsiz zannedilmemelidir. Nitekim bilfarz faşist devlet, şefleri tarafından «*stato giuridico*» diye tavsif edildiği gibi nasyonsosyalist devlet de hukuk devleti, hem de «ye-gâne», «hakikî», «öz» hukuk devleti addedilmektedir.

Buna göre hukukî bünye ile teşkilâtlandırılmış olmak şartıyla, total devletlerde de, hukuk ve siyaset nihayet kendilerine has kıymet fikirleriyle iki ayrı ve mütecanis saha (daire) dir. Bunları liberal hukuk devletlerinden bu bakımdan ayıran nokta, hukuk devleti esasına göre teşkilâtlandırılmış total devletlerde hukuk ve siyasetin daha sıkı ve kuvvetli temas halinde bulunmasıdır. Çünkü otoriter devletler için cemiyet ve fertin yekdiğerine zıd dileklerini telif zahmetine katlanmağa ihtiyaç yoktur. Halbuki cemiyet ve fert arasında daimî tavassut mecburiyeti, liberal devletin ayırıcı vasfıdır. Total devletlerde hukuk, kendiliğinden cemiyetle münasebettar, yâni tâbir caizse, daha kollektivisttir. Bu suretle devlet ve hukukun birbirlerine yaklaşmalarına rağmen siyaset ve hukuk arasındaki meknî (potentiel) zıddiyet bakidir. Buna binaen fert üzerindeki hâkimiyetin kayıtsız ve keyfi olmaması yâni kanun ve hukuk göz önünde tutularak hukukî şekiller dahilinde hâkimiyetin icra ve istimal olunması icap eder. Otoriter devlet hakikatte sırf kuvvete dayanan bir devlet olmak istemezse, hareketlerinde hukukî bağlara ve kayıtlara riayet etmek mecburiyetindedir. Demek ki total devlet hakkında da devlet ve hukukun birliği (aynıyeti) nazariyesi hüküm ifade etmez. Esasen bu aynıyet nazariyesi (devlet ve hukukun aynılığı), — ister Kelsen'in yaptığı gibi liberalist — rölativist manada, isterse Gentile, Volpicelli ve Spirito'nun yaptıkları gibi Hegelci, organist yahut her hangi külli bir tarzda izah ve tesis edilmiş bulunsun — daima huku-

ku kaldıran, inhilâle uğratan bir telâkkidir. Hukuk idesinin sarıh icaplarına aykırılığı şüphe götürmeyen bir siyasî fiil, asla hukukan meşru olamaz ve hareketlerinde esas itibariyle hukuku ihlâl eden kuvvete müracaat eden bir devlet, asla hukuk devleti vasfını taşıyamaz.

* * *

Bütün bu izahatın neticesi hulâsatan şundan ibarettir:

Hukukun gayesi çifttir: Hukukun ilk vazifesi, kuruluş ve bünyesi itibariyle müşahhas — ferdî mahiyet arzeden adaleti müşahhas — tarihî bir hal ve vaziyet çerçevesi içerisinde imkân nisbetinde gerçekleştirmektir. Bundan başka ayrıca emniyet ve nizamın muhafazasına hizmet etmekle mükelleftir. Hukukun bu ikinci hedefine ulaşması ise ancak bir şartla kabildir: bunun için her vaziyete göre müşahhas hukuk idesi şeklinin, kaidelerden mürekkep bir nizamla önceden hesaplanarak ölçülü bir surette tanzimi ve umumileştirilmesi icap eder. Bu münasebet ve rabıta dahilinde, mahiyeten müsavi olanları aynı (müsavi), mahiyeten müsavi olmayanları ayrı (gayri müsavi) muameleye tâbi tutmak ve müsavilik ve umumilik mefhumunu mücerret, adedî (şematik) değil, izafî-hendesî manada anlamak hukukun daimî vazifesidir.

Siyasî Bien Commun (umumun hayrı) ü gerçekleştirmek hukukun işi değildir. Siyasiliğin hukuka olan münasebeti daha ziyade diyalektiktir. Yâni siyaset ve hukukun yekdiğerine karşı vaziyeti aynıyet münasebeti değildir. Bu ikisi aralarında gergin bir münasebetin vücuduna ve siyasetin hukuka tekaddümüne rağmen birbirlerini ikmal ve yekdiğerine karşılıklı icrayı tesir ve nüfuz ederler. Her hangi bir nizam, aynı zamanda siyasîlik ve adaletin dileklerini ne kadar çok karşılırsa siyaset ve hukuk o kadar derin ve sıkı bir surette yekdiğerine bağlıdır. Bu teşekkülün, hukuk devleti bünyesi de o nisbette kuvvetlidir. Bu karşılıklı tesir ve nüfuz eksik olur ve nizam esasında hukukan tanzim edici şekilde değil de, ancak zahiren emniyeti tesis edici tarzda müessir olursa, böyle bir siyasî teşekkülü hukuk devleti diye tavsif hakkı ortadan kalkar.

Bu meyanda devlet, gerek siyasi gerek hukuki cihetten emniyet ve istikrar bahşeden bir nizam zaruriyetile karşı karşıyadır. Müstakar bir nizamın mevcut olmasında devletin yüksek menfaati vardır. Çünkü o, böyle bir nizam olmaksızın daimî surette yaşayamaz. Devletin bu husustaki menfaat ve alâkasının en bariz delili, bilhassa nizamın muhafazasıyla muvazzaf müstakil hâkimlik ihdasında tecelli eder. Diğer yandan adaleti önceden hesap edilebilir bir hale koymak ve müsbetleştirmek hususunda hukukun da nizama ihtiyacı aşikârdır. Bu suretle siyaset ve adaletin mütesaviyen tevzin ve tesviye edici bir tarzda birbirlerini buldukları tekату naktası, bir nizamın mevcudiyeti esası oluyor. Emniyet ve nizam yüzünden hukuk bizatihî müşahhas - ferdi adaleti tam manasiyle gerçekleştirmeden feragat ediyor. Aynı sebeple devlet de hayatı, her türlü ölçülülüğü ve emniyeti ifna edecek tarzda büsbütün siyasileştirme ve harekileştirme (dinamik hale koyma) den vazgeçiyor, bundan dolayı devletin yaratılmasına bizzat iştirak ettiği nizama kendini bağlı görmesi, aynı zamanda menfaati icabıdır. Eğer vaziyet böyel olmasaydı, devlet kendi nizamına riayet ve tebaiyet mükellefiyetinden kendini kurtarabilseydi nizam ve emniyet yerine keyf ve heves kaim olurdu. Böyle bir hal ise nizam içerisinde bir devlet fikriyle, hele hukuk devleti düşüncesiyle asla teülf kabul etmez.

Hukuk ve siyaset arasındaki münasebetin bu analizi (tahlili) isabetli ise bundan hâkimin ve onun fevkinde alelûmum adliyenin mevki ve vaziyeti hakkında aşağıdaki neticeler çıkar:

Devlet tarafından nizamın hâmisi olarak nasbedilen hâkim — eğer hâkimlerce verilen mütekaddim kararlardan mürekkep prejudisyel hukuk burada bir tarafa bırakılırsa — müşahhas kaideler sistemini tatbik, icra ve müsbetleştirmede ya adaletin icaplarına uyan yahut uymıyan kararlara vasil olabilir. Hâkimin adaletin icaplarına uygun bir karara vasil olması şöyle cereyan eder: Ya bizzat kaideler hâkimin takdirine arzedilen hususi hal için münasip ve muvafık bir hükmü esasen ihtiva etmektedirler yahut da bu kaideler — bilfarz hakkaniyet ve hüsnü niyet kaidelerinde ve ticarî örfe vâki birçok atıflarda olduğu gibi — o kadar şümillü tertip edilmişlerdir ki hâkim, umumi mücerret hükümlere rağmen,

tek hâdisenin müşahhas - ferdi durumunun icap ettirdiği haklı bir karara varabilir. Eğer bu mümkün olmazsa hâkimin kararı, kanuna muvafık ve zahiren nizamı idameye müessir olsa bile az veya çok bir derecede adaletin icaplarıyla çarpışır. Haksız (adalete uymıyan) fakat kanunî kararları her milletin tarihi her devirde tanıyor ve adaleti yerine getirmek maksadiyle müşahhas vesilelerden kaynak alıp mevcut kanunî hukuku değiştiren hususi kanunlar, bu hususta kuvvetli intiba ve tesir bırakan bir dil konuşuyorlar.

Şimdi burada bir mesele ortaya çıkıyor. Modern hâkim, bilhassa kontinantal Avrupadaki salâhiyet ve mevkiine nazaran kanunî hukukun boşluklarını tamamlayan ve icabında hattâ hükümlerini değiştiren bir pretor olmadığına göre yukarıda işaret edilen neviden kaide ile adaletin icapları arasında bir çarpışma ve ihtilâf hâlinde kaideyi tatbik ile mükellef midir yahut değil midir?

Buna cevap vermek için kanaatimce iki şıkkı birbirinden ayırma zarureti vardır. Müşahhas hâdiseye tatbiki mevzuu bahs kanunî hükmün adalet muhtevası hakkında muhtelif kanaatler bulunması ve bunun üzerinde ciddiyetle münakaşa olunabilmesi halinde yâni hâkimin muhtemel kararının haksızlığı aşikâr veya hiç olmazsa mevzuu bahs hâdisi hakkında ehemmiyeti bariz olmayan bütün şüpheli hususatta, hukuk nizamının emniyet fonksiyonu bakımından hâkimi kanuna bağlı saymak mecburiyeti vardır. Aynı sebepten naşi «propter vitandum scandalum vel turbationem», meselâ Thomas d'Aquin «bonum humanum» e aykırı olması halinde «leges injustae» (haksız kanun) ye itaat tavsiye ve talep ediyor (Summa Theol. I a 2 a e, Quaest. 96, art. 4). Müşahhas bir hukuk nizamı çerçevesi içerisinde adalet fonksiyonunun emniyet fonksiyonuna takaddüm etmesi için kanunu tatbik eden hâkim kararının adaleti ihlâl ettiği her şüpheden âri olmak ve bu ihlâl, karar muhtevaca bedihî bir keyfî muamele teşkil edecek tarzda muayyen derunî, kemmî bir ölçüde bulunmak icap eder. Ancak ve ancak o zaman Thomas d'Aquin'in ifadesiyle «legi humanae non est parendum» dür ve hâkim kanuna bağlılıktan kurtulur. Böyle serbest bir hareket tarzından kendi şahsı için olduğu kadar emniyet ve nizamın idame ve muhafazası için zuhur

etmesi muhtemel neticeleri hâkimin kabullenmesi ve yüklenmesi lâzımdır. Çünkü: hâkim için nizam, ancak hukukan meşruiyet kazanmış bir nizam olabilir.

Bu netice, hukukî bünye ile teşkilâtlandırılmış bütün siyasi teşekküller hakkında doğrudur ve yazılı hukukun her hangi bir hükmiyle sarahaten tesbit edilmemişse hukuk devleti esas teşkilât sisteminin kuruluş ve bünyesinden kolaylıkla istihraç olunabilir. Bunun filî ve haricî tecellisi hâkimlere tanınan (kanunların esas teşkilâta uygunluğunu) tetkik hakkıdır. Bu salâhiyet ekseriyetle tanınmış, teşkilât bakımından muhtelif şekiller almakla beraber salâhiyetin hudutları az veya çok kat'iyetle çizilmiştir. Böyle bir tetkik hakkının tanınmadığı yerde de, kanun ve adalet icapları arasındaki ihtilâfın çok bariz olması halinde hâkim, hattâ yazılı kanun hilâfına ve tetkik hakkının karşı koyma hakkına inkilâbiyle genişlemesi pahasına da olsa, böyle bir salâhiyete tesahüp etmelidir. Çünkü hâkim iki katlı bir mes'uliyet altındadır. O, yalnız insanlara ve cemiyete karşı değil, adalette bizatihi tecelli ve tezahür eden Allaha karşı da mes'uldür. Bu son ağır mes'uliyeti bilmiyen ve icabında Locke'ın talebi veçhile «sema» ya müracaate âmade olmıyan bir hâkim için siyasi bir memur (fonksiyoner) derekesine düşme tehlikesi vardır. Böyle bir hâkimin mes'uliyetini ise ancak kendi aslî kıymet ve cevherine has öz şekillerinden, teşkilât müesseselerinden sıyrılıp mahiyet ve esas itibariyle yabancı siyasi gayelerin tasarrufu altına girmeğe hazır bir «adliye» çekebilir.

Yazan :

Prof. Dr. Gerhard Leibholz.

Türkçeye çeviren :

Doçent Dr. M. Yavuz Abadan