



SIVAS CUMHURİYET ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı

EGEMENLİK KAVRAMINA HUKUKİ VE POLİTİK BAKIŞ:
KELSEN VE SCHMITT

Yüksek Lisans Tezi

İbrahim BULDUR

Sivas
Mart 2019

SİVAS CUMHURİYET ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı

**EGEMENLİK KAVRAMINA HUKUKİ VE POLİTİK BAKIŞ:
KELSEN VE SCHMITT**

Yüksek Lisans Tezi

İbrahim BULDUR

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Gülay ERCİNS

Sivas

Mart 2019

KABUL VE ONAY

Üniversite: : Sivas Cumhuriyet Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ana Bilim Dalı : Kamu Yönetimi Anabilim Dalı
Bilim Dalı :
Tezin Başlığı : Egemenlik Kavramına Hukuki ve Politik Bakış: Kelsen ve Schmitt
Savunma Tarihi : 07/03/2019
Danışmanı : Prof. Dr. Gülay ERCİNS

Unvanı - Adı Soyadı

İmza

Jüri Başkanı : Prof. Dr. Gülay ERCİNS
Üye : Prof. Dr. Halis ÇETİN
Üye : Doç. Dr. Fatih ERTUGAY



Oy Birliği

Oy Çokluğu

İbrahim BULDUR tarafından hazırlanan Egemenlik Kavramına Hukuki ve Politik Bakış: Kelsen ve Schmitt başlıklı tez, kabul edilmiştir. ../.../.....

Prof. Dr. Ahmet ŞENGÖNÜL
Enstitü Müdürü

ETİK İLKELERE UYGUNLUK BEYANI

Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırladığım bu Yüksek Lisans/Doktora/Sanatta Yeterlik tezinin bizzat tarafımdan ve kendi sözcüklerimle yazılmış orijinal bir çalışma olduğunu ve bu tezde;

- 1- Çeşitli yazarların çalışmalarından faydalandığımda bu çalışmaların ilgili bölümlerini doğru ve net biçimde göstererek yazarlara açık biçimde atıfta bulunduğumu;
- 2- Yazdığım metinlerin tamamı ya da sadece bir kısmı, daha önce herhangi bir yerde yayımlanmışsa bunu da açıkça ifade ederek gösterdiğimi;
- 3- Başkalarına ait alıntılanan tüm verileri (tablo, grafik, şekil vb. de dahil olmak üzere) atıflarla belirttiğimi;
- 4- Başka yazarların kendi kelimeleriyle alıntıladığım metinlerini, tırnak içerisinde veya farklı dizerek verdiğim yine başka yazarlara ait olup fakat kendi sözcüklerimle ifade ettiğim hususları da istisnasız olarak kaynak göstererek belirttiğimi,

beyan ve bu etik ilkeleri ihlal etmiş olmam halinde bütün sonuçlarına katlanacağımı kabul ederim.

25/03/2019

İbrahim BULDUR

TEŞEKKÜR

Carl Schmitt'e olan ilgim lisans yıllarımda başlamıştı. "Aykırı" bir kişi olduğu, özellikle demokrasi ve parlamentarizme eleştiriler getirdiği, hatta Nazilerin teorisyeni olduğu gibi değerlendirmeler kulağa ilginç geliyordu. Bunun üzerine Schmitt'i okumaya başladım ve Schmitt'le ilgili araştırmalar yaparken, Kelsen isimli önemli bir hukukçuyla anayasa üzerine tartışmaya girdiğini okudum. Bu durum, Schmitt kadar Kelsen'i de merak etmeme sebep oldu ve yüksek lisans tezimin hikâyesi esasında bu şekilde ortaya çıktı.

Tez yazım sürecim boyunca, tez üzerinde büyük emeği olan danışmanım Prof. Dr. Gülay ERCİNS'e, her zaman yapıcı ve olumlu davranışları ve akademik rehberliği için teşekkürü bir borç bilirim. Tezin son halini almasında büyük katkısı olan değerli görüşlerini ve eleştirilerini esirgemeyen hocam Prof. Dr. Halis ÇETİN'e; tezi büyük bir titizlikle inceleyen ve değerlendiren hocam Doç. Dr. Fatih ERTUGAY'a; bu süreçte hiçbir yardımını esirgemeyen ve vaktini ayıran meslektaşım Arş. Gör. Fatih SANTUR'a ve sevgili dostum Ömer Faruk PEKSÖZ'e şükranlarımı sunarım. Ayrıca tüm hayatım boyunca, maddi ve manevi her konuda destekçilerim olan sevgili babam, annem, abim ve kardeşime sevgilerimi ve saygılarımı sunarım. Son olarak tez yazım sürecindeki stresimden ve yoğunluğumdan dolayı hiçbir şikâyette bulunmayan, aksine her zaman beni teşvik eden sevgili eşime minnettar olduğumu belirtmek isterim.

Tezle alakalı mevcut tüm hatalar şahsıma aittir. Tezin, ilgili okuyucular için en küçük bir katkısı olması, benim için en büyük mutluluk olacaktır.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	v
ÖZET	vii
ABSTRACT	ix
GİRİŞ	1
I.BÖLÜM	5
EGEMENLİK KAVRAMI VE MODERN DEVLETE GİDEN SÜREÇTE EGEMENLİK OLGUSU	5
1.1. Kavramsal Çerçeve.....	5
1.1.1. Siyasi Egemenlik-Hukuki Egemenlik Ayrımı.....	6
1.1.2. İç Egemenlik-Dış Egemenlik Ayrımı.....	7
1.1.3. Siyasal İktidar-Egemen İrade Ayrımı.....	8
1.2. Feodaliteden Modern Döneme Geçiş Sürecinde Egemenlik	10
1.2.1. Feodalite	11
1.2.2. Kutsal İktidar-Seküler İktidar Mücadelesi.....	15
1.2.3. Rönesans ve Reform.....	23
1.3. Modern Siyaset Düşüncesi ve Egemenlik Anlayışı.....	28
1.3.1. Modern Devlete Giden Süreç	29
1.3.2. Niccolo Machiavelli	31
1.3.3. Jean Bodin	35
1.3.4. Thomas Hobbes	39
1.3.5. Jean-Jacques Rousseau	43
1.3.6. Klasik Egemenlik Anlayışından Sınırlı Egemenlik Anlayışına Geçiş ...	47
II. BÖLÜM	51

HANS KELSEN VE EGEMENLİK ANLAYIŞI	51
2.1. Hans Kelsen ve Saf Hukuk Kuramı	54
2.1.1. Saf Hukuk Kuramının Metodolojik Yapısı.....	58
2.1.2. Hukuk ve Ahlak	61
2.1.3. Hukuk Normları.....	64
2.1.4. Subjektif Hak-Objektif Hak Düalizmi.....	67
2.1.5. Fiziksel Kişi-Tüzel Kişi Düalizmi	68
2.1.6. Hukuk Sistemi ve Temel Norm (<i>Grundnorm</i>).....	69
2.2. Hans Kelsen'in Egemenlik Anlayışı.....	78
2.2.1. Özel Hukuk-Kamu Hukuku Düalizminin Reddi	79
2.2.2. Hukuk-Devlet Düalizminin Reddi	80
2.2.3. Devlet Hukuku (Ulusal Hukuk) - Uluslararası Hukuk Düalizminin Reddi.....	85
III. BÖLÜM	99
CARL SCHMITT VE EGEMENLİK ANLAYIŞI	99
3.1. Carl Schmitt'in Politik Felsefesi	101
3.1.1. Siyasal Kavramı ya da 'Politik Olan'ın Önceliği	101
3.1.2. Parlamenter Demokrasi ve Liberalizm Eleştirisi	111
3.2. Carl Schmitt'in Egemenlik Anlayışı.....	117
3.2.1. Egemenlik ve İstisna Hali	117
3.2.2. Egemenlik ve Siyasi İlahiyat	121
3.2.3. Egemenlik ve Dost-Düşman Ayrımı.....	125
3.2.4. Egemenlik ve Anayasa.....	126
IV. BÖLÜM	133
HANS KELSEN VE CARL SCHMITT'İN EGEMENLİK KAVRAMININ KARŞILAŞTIRILMASI.....	133

4.1. Normativizm ve Desizyonizm Dikotomisinde Hukukun Kaynağı Düşüncesi ve Egemenlik	133
4.2. Devletin Meşruiyet Kaynağı Olarak Siyasi İlahiyat ve Egemenlik	141
4.3. Kurucu İktidar Sorunsalı ve Politik Birliğin Mahiyeti Ekseninde Egemenlik	146
4.4. Anayasanın Koruyucusu Olarak Egemen ve Egemenlik	152
SONUÇ	167
KAYNAKÇA	175
ÖZ GEÇMİŞ	183





KISALTMALAR

AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
Der.	Derleyen
Ed.	Editör
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
s.	Sayfa
ss.	Sayfa Sayısı
TOD	Tarih Okulu Dergisi
TTB	Türkiye Barolar Birliği



ÖZET

Bu çalışmada, Alman siyaset ve hukuk felsefecisi Carl Schmitt ile Avusturyalı hukuk filozofu Hans Kelsen'in düşünceleri egemenlik kavramı ekseninde karşılaştırılmıştır. Siyasi ve hukuki düşünce tarihinde önemli bir yerde duran ve “en üstün hükmetme gücünü” ifade eden egemenlik kavramı; iki dünya savaşı arası dönemde farklı bakış açılarıyla ele alınmıştır. Weimar dönemi Almanya'sının hukuki ve politik sorunlarına çözüm bulmaya çalışan ve yok olmaya yüz tutmuş devlet otoritesini yeniden diriltmeye çalışan Schmitt, egemeni; “istisna haline karar veren” olarak tanımlamıştır. Bu dönemde aynı hukuki ve politik sorunlarla uğraşan Kelsen ise, hukuku tarafsız bir bilim haline getirerek istikrarın hukukun egemenliği ile sağlanacağını düşünmüştür. Schmitt, kavrama “kararçı” bir perspektiften bakarken Kelsen, kavrama “kuralcı” bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde egemenlik kavramının etimolojik tanımı ve siyasi düşünceler tarihinde egemenlik kavramının gelişimi incelenmiştir. İkinci bölümde Hans Kelsen'in “Saf Hukuk Kuramı” açıklanmış ve bu kuram temelinde Kelsen'in egemenlik kavramına bakış açısı ortaya konmuştur. Üçüncü bölümde Carl Schmitt'in temel eserleri bağlamında egemenlik kavramını yorumlaması ele alınmıştır. Dördüncü ve son bölümde iki düşünürün egemenlik kavramına bakış açıları, aralarında geçen tartışmalar da dikkate alınarak karşılaştırılmıştır. XX. yüzyılın bu iki önemli düşünürünü anlamak; dönemin siyaset ve hukuk düşüncesine hâkim olan entelektüel havayı solumamıza ve günümüz politik sorunlarına çözümler üretebilmek için bir dayanak noktası bulmamıza yardımcı olacaktır.

Anahtar Sözcükler: Carl Schmitt, Hans Kelsen, Egemenlik, İstisna Hali, Saf Hukuk Kuramı



ABSTRACT

In this study, the thoughts of German philosopher of politics and law Carl Schmitt and Austrian philosopher of law Hans Kelsen within the horizon of the concept of sovereignty. The concept of sovereignty which expresses the supreme power to rule and which occupies an important place in the history of political and juridical thought was examined from different perspectives between two world wars. Schmitt who tried to solve the juridical and political problems of Weimar Germany and revive the fading state authority, defined the sovereign as “the one who declares the state of exception”. Kelsen on the other hand who at the same period dealt with the political problems thought that stability can be maintained through rendering law an objective science with a view to reach the rule of law. Schmitt looks at the concept from a “decisionist” perspective, while Kelsen approached it from a “normativist” perspective. In the first chapter of this study, the etymological definition of the concept of sovereignty and its development throughout the history of political thought are analysed. In the second chapter, Kelsen’s “Pure Theory of Law” is explained and on this basis Kelsen’s understanding of the concept of sovereignty is examined. In the third chapter, Carl Schmitt’s treatment of the concept of sovereignty is explained through his major works. Finally, in the fourth and last chapter, sovereignty perspectives of both thinkers are compared by taking the debate between them into consideration. To understand these two important thinkers of twentieth-century will help us the prevailing political and juridical atmosphere of the era and to be able to find a basis on which solutions to contemporary political problems can be found.

Keywords: Carl Schmitt, Hans Kelsen, Sovereignty, State of Exception, Pure Theory of Law



GİRİŞ

İnsanlık tarihinin önemli bir bölümü esasında bir iktidar mücadelesi tarihidir. Verili bir insan doğası kategorisi kabul edilecek olursa hükmetme ve yönetme arzusu; insan açısından vazgeçilmez dürtülerin başında gelmektedir. Ancak hükmetmek için öncelikle meşruiyet sağlamak gerekir. Çünkü meşruiyet sağlanmadan süreklilik arz eden bir iktidar kurmak mümkün değildir. Meşruiyeti sağlamanın araçlarıysa dönemlerin ruhuna göre farklılık göstermiştir. Bu araçlar bazen din, bazen soy, bazen gelenek, bazen karşılıklı çıkar ilişkisi, bazen güvenlik kaygısı, bazen hak ve adalet ve bazen de halkın rızası olmuştur. Egemenlik kavramı da bu meşruiyet araçlarının niteliğine göre farklı şekillerde konumlandırılmıştır. Özellikle XIX. yüzyıldan itibaren egemenlik hakkının halka ait olduğu noktasında geniş bir mutabakat vardır. Modern anlamda hiçbir siyasal ideoloji ya da teori, egemenliği nihai olarak halka dayandırmadan tanımlamaz. Her ne kadar halka dayandırılmış olsa da temelde ve pratikte önemli olan, egemenliği “halk adına” kimin kullandığıdır. Çünkü halka rağmen ama halk için ve halk adına egemenlik kavramının kullanılması çokça rastlanılan bir durumdur. Özellikle kriz dönemlerinde, zor koşullarda veya olağan halin dışına çıktığında bu durum söz konusu olmaktadır. Birinci ve İkinci Dünya Savaşları bu kriz dönemlerine en büyük örneklerdir. Versay Antlaşması'yla beraber Alman devleti çok ağır koşullara maruz bırakılmış ve Alman halkının onuru kırılmıştır. Bunun üzerine yeniden düzen tesis edilmeye çalışılmış ve 9 Kasım 1918'de Cumhuriyet'in ilanından sonra seçilen Kurucu Meclis, 14 Ağustos 1919'da yürürlüğe giren Weimar Anayasası'nı hazırlamıştır. Anayasa, bütün sosyal ve siyasal grupların ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde hazırlanmaya çalışılmış ancak başarılı olunamamıştır. Birbirine çok zıt partilerin varlığı ve kıyasıya mücadelesi, ağır ekonomik yükler ve halk tabanındaki büyük hoşnutsuzluk bu süreci zorlaştıran temel etkenler olmuştur. İstikrarsız hükümetler birbirini kovalamış, devlet otoritesi bir türlü sağlanamamış ve bu kriz döneminde egemenlik kavramının tekrardan gündeme gelmesi kaçınılmaz olmuştur. Dönemin sorunlarına çözüm arayan Hans Kelsen, daha sistematik ve bilimsel bir hukuk kuramı üzerinde çalışmış ve egemenlik kavramını yetki karmaşasından kurtararak hukukun içinde konumlandırmıştır. Aynı dönemde yaşamış olan Carl

Schmitt ise daha çok mevcut ve anlık sorunlara acil çözümler bulmak için uğraşmıştır. Weimar dönemi anayasasının etkisizliğini ortaya çıkarmak, parlamento gibi devlet kurumlarının düzenden ziyade kaosa sebep olduğunu anlatmak ve devlet egemenliğini yeniden tesis etmek için büyük bir düşünsel çaba sarf etmiştir.

XX. yüzyılda egemenlik kavramına iki farklı bakışın ele alındığı bu çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde egemenlik kavramı, ikinci bölümde Hans Kelsen ve egemenlik kavramına bakışı, üçüncü bölümde Carl Schmitt ve egemenlik anlayışı incelenmiştir. Dördüncü bölümde ise iki düşünürün egemenlik kavramını değerlendiriş biçimleri karşılaştırılmalı olarak değerlendirilmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde egemenlik kavramının tanımı yapılmış, siyasi egemenlik ve hukuki egemenlik kavramları ile iç egemenlik ve dış egemenlik arasındaki fark irdelenmiştir. Buna ek olarak çokça karıştırılan siyasi iktidar ve egemen irade kavramları arasındaki ilişkiye değinilmiştir. Sonrasında feodal dönemden başlanarak kavramın siyasal/hukuki düşünceler tarihindeki gelişimine bakılmıştır. Feodal dönemle beraber ortaya çıkan Kilise ile seküler iktidarlar arasındaki çatışma, Salisbury’li John’un düşünceleriyle Kilise lehinde yorumlansa da Aquinum’lu Thomas ile -Kilise iktidarı korunsa da- seküler iktidarlara kapı aralanmıştır. Padovalı Marsilius ise toplumu seküler bağlamda anlamlandırmasıyla modern döneme geçişin köprüsünü kurmuştur. Reform ve Rönesans; modern düşünceye geçişin başlangıç noktaları olmuş, nihayet Machiavelli ile siyaset; kendi kuralları olan, metafizik etkenlerden uzak, tamamıyla bu dünyaya ait özerk bir alan olarak tanımlanmıştır. Jean Bodin egemenlik kavramını literatüre katmış ve kavramın sürekliliğine vurgu yapıp, soyut bir kurum olarak devletin düşünülebilmesini sağlamıştır. Thomas Hobbes devleti sistematik bir biçimde ele alan ve tam anlamıyla ilk defa siyaseti ve devleti seküler temellere oturtan kişidir. Devletin meşruiyetini toplum sözleşmesine dayandırarak “Leviathan’ın” bölünemez ve paylaşılamaz egemenliğini ilan etmiştir. J.J.Rousseau’dan önce egemenlik, büyük oranda monarşilere özgü bir kralda tasavvur edilmiştir. Fakat Rousseau, egemenliğin sahibinin bir kişi değil halkın bütünü olduğunu söyleyerek kendinden sonraki tüm siyasal teorileri etkileyecek özgün bir kuram oluşturmuştur. Bu döneme kadar ortaya konan egemenlik anlayışı klasik egemenlik anlayışı olarak değerlendirilmiştir. Ancak özellikle XVIII. ve XIX. yüzyıllarda liberal teorilerin egemen olması ve hukuk

devleti anlayışının ortaya çıkmasıyla klasik egemenlik anlayışından sınırlı egemenlik anlayışına geçilmiştir. XX. yüzyılda ise iki büyük dünya savaşının etkileri sonucu kavram yeniden incelenmeye başlanmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen'in "Saf Hukuk Kuramı" temel alınarak, kuramın egemenlik kavramını nasıl değerlendirip yorumladığı incelenmiştir. Kuramın hipotezleri, saflık iddiası, genel bir hukuk kuramı oluşturma gayreti norm kavramı ışığında değerlendirilmiştir. Kelsen'in amacı; hukukun sosyoloji, psikoloji, siyaset gibi tüm bilimlerin ve ahlak, din, etik gibi tüm metajuridik (hukuk ötesi) unsurların etkisinden temizlenmesidir. Bununla beraber Kelsen, geleneksel hukuk düşüncesinde mevcut olan tüm düalizmleri reddeder. Subjektif Hak-Objektif Hak Düalizmi, Fiziksel Kişi-Tüzel Kişi Düalizmi, Özel Hukuk-Kamu Hukuku Düalizmi, Hukuk-Devlet Düalizmi ve Devlet Hukuku (Ulusal Hukuk)-Uluslararası Hukuk Düalizmi gibi tüm ayrımları hukuk biliminin dışına atar. Bu bağlamda devletin hukuktan önce geldiği, hukuka üstün otoritelerin var olduğu ve hukukun egemenin buyruğu olduğu gibi savları reddeder. Saf Hukuk Kuramının sistematiği içinde egemenlik kavramını hukukun emrine vererek hukuku egemen konuma yükseltir. Devlet sistemi hukuk sistemi demektir ve devlette hukuktan başka otorite olamaz.

Çalışmanın üçüncü bölümünde Alman hukuk ve siyaset felsefecisi Carl Schmitt'in egemenlik kavramını hangi anlamlarda yorumladığı ortaya konmuştur. Özellikle *Siyasal Kavramı* ve *Siyasi İlahiyat* eserlerinden yola çıkılarak, Alman düşünürün egemenlik kavramı hakkındaki düşünceleri incelenmiştir. Schmitt'e göre egemen; istisna haline karar veren ve dost düşman ayrımı yapma yetkisine sahip olandır. Schmitt, hukuku egemen iradenin kararına dayandırır. Bu da egemeni bağlayan hukuki bir bağın olmadığı anlamına gelir. Schmitt'e göre Anayasa; halkın politik birliğinin tesisi adına verdiği karardır, bu yüzden bu kararı korumak yasal olmasa bile her zaman meşrudur. Meşruluk, biçimsel yasallığın çok ötesinde hayati bir önem taşır. Devletin somut düzenine ve halkın politik birliğine karşı ortaya çıkan her türlü tehlikeyi gerektiği şekilde savunmak her zaman meşrudur. Böylesi istisnai durumlarda egemen irade hukuku askıya alabilir ve düzeni yeniden tesis etmek için tüm yetkilerini kullanır. Bu yüzden egemenlik, olağan durumlarda anlaşılabilir bir kavram değildir, ancak istisnai halde egemenliğin gerçek anlamı kavranabilir.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde Schmitt ve Kelsen'in egemenlik hakkındaki düşünceleri kararcılık ve normativizm dikotomisinde mukayese edilmiştir. Buna bağlı olarak iki düşünürün kuramları siyasi ilahiyat, kurucu irade ve politik birlik kapsamında kıyaslanmıştır. Bu bölümün sonunda Schmitt ve Kelsen arasında vuku bulan "Anayasanın Koruyucusu" tartışmasına yer verilmiştir. Bu tartışmalar ekseninde düşünürlerin konumlanış biçimleri, egemenlik kuramı hakkındaki düşüncelerinin anlaşılmasına ışık tutmaktadır.

Schmitt ile Kelsen arasındaki tartışma ve anlaşmazlık halen siyaset ve hukuk düşüncesi açısından güncelliğini korumaktadır. Çünkü sorun, siyaset ve hukuk disiplinleri açısından temel teşkil etmektedir ve konuyla ilgili önemli bir literatür oluşmuştur. Bu çalışma, ilgili sorunun çözümü için bir adım mesafe kat etmek şeklinde değerlendirilebilirse amacına ulaşmış demektir.

I.BÖLÜM

EGEMENLİK KAVRAMI VE MODERN DEVLETE GİDEN SÜREÇTE EGEMENLİK OLGUSU

Egemenlik kavramı gerek siyasal düşünceler gerekse de hukuk alanındaki en temel kavramlardan biridir. Siyasetin ve hukukun tam merkezinde yer alan devlet kavramından bahsedildiğinde egemenlikten de bahsetmek gerekecektir. Çünkü egemenlik; devleti kuran temel unsurlardan birisidir. Devletin ortaya çıkabilmesi için bir topluluk ve bu topluluğun yaşayacağı yer olan ülke gereklidir. Fakat bu ikisi devletin var olabilmesi için yeterli değildir. Egemenlik kavramı burada devreye girer ve bu unsur olmadan bir devlet kişisinden bahsedilemez. Egemenlik devletin üstün emretme ayrıcalığıdır ve devletin sınırsız ve de koşulsuz bağımsızlığını ifade eder¹. Bu yüzden egemenlik; devletin varlık koşuludur ve egemenlik olmadan devlet de olmaz.

1.1. Kavramsal Çerçeve

Egemenlik; Batı dillerinde ‘yüksek’ anlamına gelen ‘superior’ kelimesinden türemiştir. Bu kavramı Latince karşılaman ‘superaneitas, superanus’ sözcükleri çeşitli dillerde ‘souveraineté, sovereignty, souverennose’ gibi kavramlarla karşılanmaktadır². Kavramlardaki ‘üstün, yüksek’ anlamı, egemenlik kavramının ‘en üstün hükmetme gücüne sahip olmak’ anlamına gelmesini ifade eder.

Türkçede kullanılan haliyle ‘egemenlik’ kavramının, anlamı ve kökeni konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre ‘egemen’ Fransızca hegemon kelimesinden Türkçeye geçmiştir ve dilimizde köken itibariyle özgün bir anlamı yoktur³. Bir diğer görüşe göreyse egemen sözcüğü, ‘ige, ege’ kelimesinden gelmektedir ki bu sözcükler Türkçede sahiplik anlamına gelir. Sonuna getirilen –men eki de Türkçede var olan bir ektir. Ege kelimesinden türetilen egemenlik kelimesi, en

¹ Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 15.

² Hamit Emrah Beriş, *Egemenlik; Bir Kavramın Geçmişi, Bugünü ve Geleceği*, Tezkire Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 4.

³ D.Mehmed Doğan, *Büyük Türkçe Sözlük*, İz Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 323.

üstün güce sahip olan manasına gelmektedir⁴. Kavramın semantik kökeni konusunda farklılıklar olsa da literatürde ifade ettiği anlam; en üstün hükmetme gücüne sahip olmaktır.

Kavramı hukuki ve siyasi literatüre kazandıran kişi Fransız filozof Jean Bodin'dir. Bodin'e göre egemenlik kavramının değişmez özelliği onun sürekli ve bölünemez oluşudur. Bir kralın bedeniyle özdeşleşmiş siyasi iktidar anlayışından ziyade kişilerden bağımsız, ilkeyle (Yasa), onu kullanan "kişiyi" birbirinden ayıran seküler bir devlet ve iktidar anlayışı ortaya çıkmaya başlamıştır⁵. Egemenlik soyut içeriğine rağmen devlete sürekliliğini sağlayan ve ona hukuki kişilik veren bir kavramdır. Bu bağlamda egemenlik kavramı; kişiler üzerinden anlaşılan ve kişilerin inisiyatifindeki bir yönetim anlayışından; kişiler üstü, sürekliliği olan ve daimi bir iktidar/devlet/yönetim anlayışına geçişi anlatan bir anlam içeriğine sahiptir.

1.1.1. Siyasi Egemenlik-Hukuki Egemenlik Ayrımı

Egemenlik kavramının hem siyasi hem de hukuki olmak üzere iki boyutu vardır. Birbirini tamamlayan ve yakın anlamlar içeren bu iki kavram analitik düzlemde farklılık göstermektedir. Hukuki egemenlik, son ve nihai otoritenin devletin hukuku olduğu inancına dayanır. Bu, hukuki otorite anlamındaki en üst güç, de jure (yasal) egemenliktir. Hukuki olarak tek otorite vardır ve bu otorite yasa yapma gücüne sahiptir. Bu tanım bir hukuk kişisi olarak devleti en üst konuma yerleştirir.

Siyasi egemenlik herhangi bir şekilde hukuki otorite iddiasına dayanmayıp, gücün realitedeki dağılımı ile ilgilenir. Bu nedenle de facto (fiili) egemenliktir. Siyasi egemenlik, zorlayıcı güç tekeline sahip olmasından dolayı itaati emretme gücüne sahip, üstün ve rakipsiz bir siyasi gücün varlığını ifade eder. Devlet zor kullanma aygıtlarına sahiptir ve bunu ancak devletin kendisi kullanabilmektedir. Egemenlik bölünmez bir tabiata sahip olduğundan herhangi başka bir unsurun zor kullanma gücü yoktur⁶. Buna rağmen devlet otoritesi dışında herhangi bir güç zor kullandığı takdirde bu meşru olmaz ve 'suç' kategorisine girer. Oysa egemen irade zor

⁴ Can Karaböcek, *Modern Devlette Egemenlik Sorunu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi İstanbul 2011, s. 90.

⁵ Cemal Bâli Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2016, s. 66.

⁶ Andrew Heywood, *Siyaset Teorisine Giriş*, Çev. Hızır Murat Köse, Küre Yayınları, İstanbul s. 111.

kullandığında bunun bir meşruiyeti vardır ve hukuki bir dayanağı söz konusudur. Bu da devletin tek egemen güç olmasından kaynaklanır. Bu anlamıyla egemenliğin hukuki ve siyasi boyutu birbirini tamamlar nitelikte iki unsurdur. Hem yasa yapma hem de yasayı uygulama gücü egemen iradenin anayasayla devlete vermiş olduğu bir yetkidir. Egemen irade öncelikle devleti kurar ve devlete yetkilerini bahşeder, daha sonra da devletin yetkilerini kimin ve nasıl kullanacağını tayin eder.

1.1.2. İç Egemenlik-Dış Egemenlik Ayrımı

Egemenlik “en üstün güç” anlamıyla tanımlandığında, bu tanım uluslararası hukukta karmaşıklığa yol açmaktadır. Çünkü her devletin egemen olduğu düşünülür ve her biri en üstün güce sahip, kısıtlama kabul etmeyen birer özne olarak ele alınırsa, çatışmanın ve anarşi ortamının eksik olmayacağı bir uluslararası arenadan bahsedilmiş olunur. Oysa her devlet istediği gibi hareket edememekte, çeşitli kısıtlayıcı etkenlere maruz kalmaktadır. Fakat egemen, tanımı gereği herhangi bir kısıtlama veya denklik kabul etmez. Bu yüzden devletlere birbirleri üzerinde egemenlerdir denilemez. Burada bir ayrım yapmak gerekir ve iki farklı egemenlik türü ortaya çıkar: İç egemenlik ve dış egemenlik.

İç egemenlik; devletin hâkim olduğu coğrafi alandaki ve bu alan içerisinde yaşayan halk üzerindeki mutlak hükmeden olmasını, yasa yapmaya yetkili tek güç olmasını ve bu yasaların ülkesi içindeki her kurum ve kişiyi bağlayan olmasını ifade eder. Devlet iktidarı, meşruiyetini egemen iradeden alır ve kendinden başka hiçbir güçle sınırlandırılmaz⁷. Fakat devletler sadece kendi ülkeleri üzerinde egemenlik hakkına sahiptirler. Doğal olarak bir devlet egemenlik yetkisine dayanarak başka bir devletin egemenlik alanına müdahale etme hakkına sahip değildir.

Dış egemenlik ise devletlerin uluslararası arenadaki etkinlikleriyle alakalı bir kavramdır. Devletler egemenlik yetkilerine dayanarak uluslararası alanda hiçbir bağlayıcılığı kabul etmeme hakkına ve yetkisine sahip değildir. Tarihsel ve toplumsal gerekliliklerin oluşturduğu şartlar dolayısıyla, özellikle de Avrupa’da 1648 Westphalia anlaşmaları sonrası devletler arasında uyulması gerekli ortak bir düzenin ve kurallar bütünüünün varlığı kabul edilmiştir. Bu durumda bir devletin

⁷ Beriş, s. 11.

mutlak anlamda egemen olmasıyla uluslararası alanda bazı kuralları kabul etmesi ve kendini sınırlaması arasında bir çelişki doğmuştur. Bu yüzden devletin uluslararası arenadaki egemenliği onun bağımsız olmasıyla aynı anlamda kullanılmaya başlanmıştır. Böylece egemenlik yetkisi, uluslararası hukukta, devletin bu yetkiyi kullanmasında uluslararası hukukun öngördüğü yükümlülükler dışında başka hiçbir otoriteye bağımlı olmayacağı ve devletin ülkesi üzerindeki egemenlik yetkisini münhasır bir şekilde kullanacağı anlamına gelir⁸. Buna rağmen uluslararası hukukun, devletlerin egemenliğini kısıtlayıp kısıtlamayacağı konusu tartışmalıdır.

Devletlerin egemenliğinin sonucu olarak bir takım önemli ilkeler kabul edilmiştir: i) egemen eşitlik ilkesi; ii) içişlerine karışmama ilkesi; iii) doğal kaynaklar üzerindeki sürekli egemenlik ilkesi. Devletlerin egemen eşitliği ilkesi sadece hukuki bir eşitliği ifade eder, bunun dışında devletlerarasındaki diğer ekonomik, teknolojik, siyasal farklılıkları kapsamaz. Bu, devletlerin uluslararası hukuk açısından aynı statüye sahip oldukları anlamına gelir⁹. Uluslararası ilişkilerde realist kuramın öncülerinden sayılan Carr'a göre egemen eşitlik ilkesi sadece kanun önünde ve şeklen bir eşitlik anlamına gelir. Hakların eşitliği ya da fırsat eşitliği şeklinde de anlaşılabilir. Ama daha çok Büyük Güçler arasındaki eşitliği ifade eder. O'na göre gücün sürekli ve potansiyel olarak mevzubahis olması, uluslararası toplumun üyeleri arasında herhangi bir eşitlik anlayışını neredeyse imkânsız ve anlamsız kılmaktadır¹⁰. Her ne kadar ülkelerin egemen eşitlik ilkesinden doğan birçok hakkını çoğu zaman Büyük Güç'lere bağımlı olarak kullanabilmesi ve içişlerine müdahaleleri engelleyememesi bir vaka olsa da ilke olarak uluslararası hukuk karşısında ülkelerin eşit olduğu söylenebilir.

1.1.3. Siyasal İktidar-Egemen İrade Ayrımı

Genellikle siyasal iktidar ve egemen irade birbirine karıştırılan iki unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Egemen iradenin en üstün yasa buyurma gücüne sahip olup, kendisinden daha üstün ve kendine denk hiçbir otorite kabul etmediği belirtilmiştir. Egemenlik; modern devletin hem varlık şartı hem de kurucu koşuludur.

⁸ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 149.

⁹ Pazarıcı, s. 150.

¹⁰ E.H.Carr, *Yirmi Yıl Krizi (1919-1939)*, Çev. Can Cemgil, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 202.

Başka bir odak ya da iktidar tarafından onaylanma ihtiyacı duymadan karar alma ve uygulama gücüne sahip olmayı ifade eder¹¹. Egemenlik devletten önce var olan bir güçtür çünkü devletin kurucu unsurları arasında yer alır. Egemen irade olmadan devlet meydana gelemez. Ama siyasal iktidar devlet oluşuktan sonra, devletin bir unsuru olarak ortaya çıkar. Egemenlik, siyasal iktidarlara oranla sınırsız bir gücü temsil eder. Çünkü devleti var eden unsurlardan birisi olma özelliğine sahiptir. Bu yüzden devletin kurucu belgesi niteliğinde olan anayasadan daha önce gelir ve ondan üstündür. Yöneticiler tarafından kullanılan siyasal iktidar ise sınırları anayasa tarafından belirlenmiş ve ona uygun biçimde kullanılması zorunlu olan yetkilerden ibarettir. Kaynağını bizzat egemen iradede alır. Dönemsel olarak siyasal iktidarın sahipleri değişebilir fakat egemen irade asla değişmez. Egemenlik kaynağını sahibinden almaktadır, bu bir monarşi, bir oligarşi ya da bir millet olabilir. Siyasal iktidarın kaynağı ise mevcut iktidar sahipleri değildir, onlar sadece egemen irade tarafından devlete verilmiş yetkileri dönemsel olarak kullanma hakkına sahiptirler.

Hukuk literatüründe anayasa yapma tartışmalarında öne çıkan “asli kurucu iktidar” ve “tali kurucu iktidar” ayrımları da tartışmaya ışık tutacak cinstendir. Anayasa hukukunda anayasaların yapılması ve değiştirilmesi gücüne sahip olan, yani devleti hukuki bir kurum olarak kuran güce kurucu iktidar denmektedir. Kurucu iktidar, anayasayı yapmak suretiyle, devletin organlarının hukuki statülerini, yetkilerini, ilkelerini ve sınırlarını belirler¹². Asli kurucu iktidar anayasayı yapan iradedir, tali kurucu iktidar ise mevcut anayasada öngörülen kurallar çerçevesinde anayasayı değiştirebilen iktidardır. Yani kendinden önce var olan bir anayasa ile sınırları çizilmiş olan iktidar türüdür.

Kurucu iktidar ile mevcut kurulmuş iktidarı kullanan irade arasında gerçek anlamda bir ayrımın yapılabilmesi için bu iktidarlara değişik düzlemlere yerleştirip incelemek gerekir. Kurulmuş iktidarlar, yalnızca devletin içinde vardır. Statüleri zaten önceden belirlendiği ve sınırlandırıldığı için varlıklarını gerçekleştirmek için devlete ihtiyaç duyarlar. Kurucu iktidar ise, bunun aksine, devletin dışında ve üstünde yer alır. O, devlete ihtiyaç duymaz; devletsiz vardır; devletin kaynağıdır.

¹¹ Rukiye Akkaya Kia, *Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 17.

¹² Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Liberte Yayınları Ankara 2004, s. 89.

Kendisinden öce, kendisi bağlayacak herhangi bir anayasa ya da yasalar yoktur. Kısaca, kurulmuş iktidar, devletin iktidarı, kurucu iktidar ise devlet-dışı bir iktidardır.¹³ Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere, kurucu iktidar tanımı ve egemen irade teorileri birbirleriyle büyük oranda benzeşmektedirler. Kurucu iktidar bir kişi, bir meclis veya hem kişi hem de bir meclisin ortak iradesi sonucu ortaya çıkabilir¹⁴. Bu bağlamda kurucu iktidarlar egemenlik sahibi iradelerle çakışmaktadır ve hukukla siyasetin kesiştiği alanlar burada ortaya çıkmaktadır. Egemenlik her ne kadar siyaset felsefesinin konusu gibi görünse de egemenliği modern devletle bağdaştıran güç hukuktur.

Kurucu iktidarın herhangi bir sınırlamaya tabi olup olmadığı önemli bir tartışma konusudur. Eğer kurucu iktidarı bağlayacak hukuk kuralları yoksa demek ki kurucu iktidar hukuki bir niteliğe sahip değildir; hukuktan öncedir dolayısıyla hukuk dışıdır. Hukuksa devletten sonra oluşur yani devlet üstü bir yapısı yoktur. Carré de Malberg, Esmein, Barthélemy gibi pozitivist yazarlarca savunulan bu görüş, kurucu iktidarı incelemenin hukukun alanı olmadığını ileri sürer.¹⁵ Bu inceleme hukuktan ziyade siyaset ve sosyoloji gibi bilimlerin alanlarına girer. Bu görüşün karşısına ise tabii hukuk düşüncesini savunan yazarlar çıkmaktadır. Onlara göre kurucu iradeyi sınırlayan doğal hukuk kuralları vardır, bu kurallar devletin dışındadır ve devletten daha üstündür. Devlet olmasa da bu kurallar evrensel olarak hep var olagelmıştır. Bu yüzden kurucu irade tabii hukuk kurallarını gözeterek yeni bir anayasa yapmak zorundadır. Ayrıca toplumsal dinamikler, toplumdaki yerleşik siyasal, sosyal ve dini inançlar da kurucu iktidarı sınırlandırır. Keza uluslararası ortam ve güç dengeleri de bu anlamda diğer etkenler olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶. Fakat bu mesele, hukuk kuramı açısından oldukça çetrefilli bir tartışma olma özelliğini halen yitirmemiştir.

1.2. Feodaliteden Modern Döneme Geçiş Sürecinde Egemenlik

Modern devletin doğuşunu ve gelişimini anlamak için öncelikle feodal dönemin yapısını incelemek gerekir. Eğer feodal dönem gerektiği gibi anlaşılmazsa modern devletin hangi ortamda ve hangi gereklilikler sonucu ortaya çıktığı da

¹³ Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 1998, s. 14.

¹⁴ Erdoğan, s. 91.

¹⁵ Gözler, s. 24.

¹⁶ Erdoğan, s. 90.

anlaşılamaz. Feodalitede var olan siyasi ve hukuki yapıdaki merkezilikten uzak sistem, kutsal iktidarlar ile seküler iktidarlar arasında vuku bulmaya başlayan çatışmaya zemin hazırlamıştır. Papa ve imparator arasındaki bu mücadelede kimi düşünürler Kilise'nin otoritesini savunurken kimileri de Kilise otoritesine karşın seküler iktidarlara alan açmaya başlamıştır. Süreç daha sonra seküler iktidarın hâkimiyetini sağlaması ve modern devletlerin kurulmasıyla devam etmiştir. Bu başlık altında, devletin zaten modern olacağı, modern öncesi dönemde bir devletten söz edilemeyeceği, zaten eğer devlet denmişse bunun kendi içerisinde modern dönemin ürünü olduğu anlamını taşıdığı tartışmalarına girilmeyecektir. Modern devlet derken kastedilen XVI. yüzyılda ortaya çıkmaya başlayan devlet yapısıdır. Modern devletin oluşmasındaki süreçte feodal dönemin, bu dönemde ortaya çıkan kutsal iktidar-seküler iktidar çatışmasının ve kutsal iktidarı sarsıp modern düşüncenin temellerini atan Rönesans ve Reform hareketlerinin büyük etkisi vardır.

1.2.1. Feodalite

Feodal dönemde (özellikle X.-XIII. yüzyıllar) Huberman'ın deyişiyle dua edenler, savaşanlar ve çalışanlar diye adlandırılabilen üç sınıf mevcuttur: Kilise sınıfı, lordlar ve bunlar için çalışan serfler¹⁷. Feodalitede ekonomi toprağa bağlıdır. Feodal yapının temeli olan toprak, feodal bey için varoluş kaynağıdır ve topraksız bir bey düşünmek mümkün değildir. Bu yüzden dönemin koşulları gereği iktidar sahibi olmanın temel şartı toprak sahibi olmaktır.

Avrupa'da çiftlik arazilerinin büyük bir kısmı 'Malikâne' denilen bölgelere ayrılmıştır. Her malikânenin başında bir feodal bey bulunur. Malikâne sisteminde ekilebilir arazi iki parçaya ayrılmıştır, bu parçalardan biri yalnızca feodal beye aittir ve sadece onun adına ekilip işlenir. Diğer parça ise birçok kiracı arasında bölünür ve toprak buna göre dilimler halinde parçalı olarak ekilir. Fakat bu kiracılar kendi topraklarından sorumlu oldukları gibi bağlı oldukları feodal beyin toprağının işlenmesinden de sorumludurlar¹⁸. Roma döneminden kalma kölelerin yerini feodal dönemde serfler almıştır. Serflerin statüsü kölelere göre daha üstündür ve onlara nazaran kısmen daha özgürlerdir. Efendi-köle ilişkisinde bir keyfilik varken serf-

¹⁷ Leo Huberman, *Feodal Tolumdan Yirminci Yüzyıla*, Çev. Murat Belge, İletişim Yayınları, İstanbul 2010, s. 12.

¹⁸ Huberman, s. 14.

senyör ilişkisinde bu şekildeki bir keyfilikten söz edilemez. Serfler beylerinin üzerlerinde her türlü hakka sahip olduğu malları değildir ve parayla alınıp satılmaları söz konusu değildir. Daha çok çalışarak kazançlarını artırma imkânına sahiplerdir. Kilise onay verirse evlenebilirler ve işledikleri toprakları çocuklarına miras bırakabilirler. Fakat yaşadıkları toprağa bağımlıdır, buradan ayrılmaları ya da çalışmamaları kesinlikle yasaktır ve toprak el değiştirdiğinde serfler de toprakla beraber el değiştirmiş olmaktadır. Malikânede yaşar ve işledikleri topraklardan geçimlerini sağlarlar. Senyörler böylece hem serflere toprak sağlamış hem de kendi topraklarının işletilmesi için gerekli iş gücünü bulmuştur¹⁹. Her ne kadar toprak, serf ve senyör ilişkisi bağlamında şekillenen ekonomik özellikler feodaliteye temel karakterini ve rengini veriyor olsa da, egemenlik kavramı açısından asıl önemli olan toprak ve üzerinde yaşayanlarla Kilise ve aristokrasi arasındaki siyasi ve hukuki çerçevedir. Modern devletin ve ona özgünlüğünü kazandıran egemenlik kavramının ortaya çıkışına ilişkin gelişmeler, söz konusu siyasi ve hukuki ilişkiler bağlamında değerlendirilmelidir. Bahsi geçen siyasi ve hukuki ilişkilerdeki belirleyici rol dönemin en güçlü iktidar odağı olan Kiliseye aittir.

Feodal dönemde Kilise'nin iktidarı geniş bir alana yayılır ve hem ticari hem siyasi bakımdan Kilise, önemli bir otoriteyi temsil eder. Özellikle X. yüzyılda Kilise, en büyük toprak sahibidir ve Batı Avrupa'nın en önemli kurumudur. Neredeyse tüm İtalya'ya hükmettiği gibi Avrupa'nın çeşitli bölgelerindeki büyük topraklara da hükmeder²⁰. Maddi ve manevi gücü bir arada bünyesinde barındıran Kilise, bu yönüyle kendisine ayrıca bir üstünlük ve meşruiyet alanı bulur. Meşruiyetini Tanrı'dan alan ve sosyal, siyasal, yargısal ve ekonomik güç unsurları bulunan muazzam bir iktidar odağı olma özelliğine sahiptir.

Kiliselerin üst mevkilerinde başrahipler ve başpiskoposlar bulunur. Bu kişiler servet, güç ve yönetme yetenekleri bakımından en yüksek mertebedeki kılıç soylularıyla aynı düzeydedirler²¹. Kilise'nin etkinlik alanı soyluların ve feodal beyleriyle kıyaslanabilecek kadar geniştir. Gerek bağışlardan elde edilen topraklar

¹⁹ Murat Özyüksel, *Feodalite ve Osmanlı Toplumunu*, Derin Yayınları, İstanbul 2007, s. 60-61.

²⁰ Ayhan Yalçınkaya, "Orta Çağ ve Feodalite: Bitmeyen Tartışma ve Siyasal Düşünce", (Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları), *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, s. 245.

²¹ Marc Bloch, *Feodal Toplum*, Çev. Melek Fırat, Kırmızı Yayınları, İstanbul 2007, s. 582.

ve gelirler, gerekse de Kilise'nin toplamış olduğu vergiler, kendisine muazzam derecede siyasal ve ekonomik iktidar sağlamıştır. Bu noktada Kilise'nin manevi gücü de elinde bulundurmasının önemi gözden kaçırılmamalıdır. Senyörler her ne kadar maddi bir koruma sağlıyor olsalar da insanların manevi yönden de korunmaya ihtiyaçları vardır ve Kilise bu önemli boşluğu doldurur. Bu doğrultuda, kutsalın gücünü ve meşruiyetini kendinde barındıran Kilise, insanlardan saygı ve itibar görmektedir. Bu saygı, itaat ilişkisini de beraberinde getirmekte ve ondalık verginin toplanması gibi konularda Kiliseye kolaylık sağlamaktadır. Kilisenin hükmettiği bu denli büyük toprakları koruması için askeri vasallara ve işlenmesi için köylülere ihtiyacı vardır. Özellikle köylüler ve yönetilen yoksul kesim, Kilise'nin egemenliğine akın akın girmiştir. Kutsal egemenlik şemsiyesine sığınmak demek hem tehlikelere karşı korunmanın hem de 'öteki dünyaya' hazırlık yapmanın tek anahtarıdır²². Ekonomik gelirlere, büyük topraklara, bu toprakları koruyacak askerlere ve onları işleyecek serflere sahip olan Kilise, başlı başına bir otorite olarak feodal dönemin başat unsurlarından biri haline gelmiştir.

Kilise mensupları bilgi ve kültür yönünden de soylulara üstündür. Okuma ve yazma gibi çok önemli iki bilgi gücüne sahip olan kurum, yine Kilise'dir. Krallar ve geniş nüfuz sahibi feodal beyler şansöyelerini, sekreterlerini ve noterlerini Kilise içinden seçmek durumunda kalmışlardır²³. Bu zorunluluk beraberinde kiliseye karşı bağımlılığı getirmiştir, çünkü sistemin işlenmesi için gerekli olan okuma ve yazma niteliklerine Kilise hâkimdir. İlgili durum Kiliseye ayrı bir etkinlik alanı sağlamış ve konumunun pekişmesine yardımcı olmuştur. Ancak Kilise, tüm iktidarına rağmen tek başına egemen değildir. Feodal beyler Kilisenin gücüne karşı en büyük dengeleyici aktörler olarak seküler iktidarı temsil eder.

Feodal beyler -kral, duk, senyör, kont, şövalye- hâkimi oldukları Malikâne içindeki bütün ekonomik, politik ve yargısal gücü tekellerinde toplamıştır. Kralın otoritesi parçalı bir otoriteyi temsil eder, salt bir ast-üst ilişkisinden ziyade Kral, feodal beyler karşısında 'primus inter pares' yani eşitler arasında birinci konumundadır²⁴. Bu yüzden merkezi bir yapıdan bahsetmek olanaksızdır. Kralın bir

²² Bloch, s. 584.

²³ Henri Pirenne, *Ortaçağ Avrupası'nın Ekonomik ve Sosyal Tarihi*, Çev. Uygur Kocabaşoğlu, İletişim Yayınları, İstanbul 2010, s. 22.

²⁴ Özyüksel, s. 51.

savaş için ordu toplayacağı zaman başvurduğu kişiler feodal beylerdir. Düzenli ve milli bir ordudan bahsedilemeyecek kadar erken dönemlerde asker toplama usulü bu şekilde işlemektedir. Karşılıklı bağımlılık ilişkisinden dolayı kral ve beyler arasındaki hiyerarşi yatay düzlemde oluşmuştur. Feodal beyler Krala bir biat sözleşmesi aracılığıyla bağlıdır, vasallar da feodal beylerine aynı şekilde tabii olmuştur. Bir vasal tek bir beye bağlı olabildiği gibi daha sonra birden çok beye bağlı olan vasallar da ortaya çıkmaya başlamıştır²⁵. Bu durum bir vasalın hangi beye daha öncelikli olarak itaat edeceği konusunda karışıklıklara sebep olmuştur. Daha çok toprak bağışlayan beyler, genelde acil durumlarda biat edilmede öncelik hakkını elinde bulundurmaktadır. Fakat bir vasalın bağlı olduğu iki feodal bey arasında herhangi bir anlaşmazlık olduğunda, durum içinden çıkılmaz bir hal almaktadır. Merkezi bir egemen iradenin olmaması bu tür sorunların sıklıkla yaşanmasına sebep olmaktadır.

Merkezi bir otoritenin olmaması demek feodal dönemde hiçbir düzenin olmadığı anlamına gelmez. Biat ve “fief” sözleşmesiyle bir silsile şeklinde vasallar senyörlere bağlanır ve bir astın bir üste bağlanmasıyla hiyerarşik bir düzen sağlanmış olur. Fief, iki taraf açısından da yükümlülük doğuran bir sözleşme özelliği taşımaktadır. Vasal, kendisine toprak bağışlayan feodal beye asker ve savaş teçhizatı sağlar, yeri gelince danışmanlık yapar ve belirli dönemlerde vergisini öder. Buna karşılık feodal beyin de vasalına karşı belirli sorumlulukları vardır. Bunlar; vasalı himaye etmek, onun zararına herhangi bir şey yapmamak, gerekli konularda vasalın görüşlerini almak ve himayesindeki vasallar arasında adaleti sağlamaktır²⁶. Bu bağlamda bir vasalın en temel görevi savaşta beyine yardım etmektir. Sadece kendi atı ve silahlarıyla değil, varsa kendisine bağlı vasallarla beraber feodal beyinin yanında yer alması gerekmektedir. Bir vasal, kendini himaye eden beyin kalesini her durumda korumak zorundadır. Bunun için Feodal beye bağlı diğer vasallarla birlikte nöbetleşe olarak beyin şatosunda karargâh kurar ve eğer istihkâm edilmiş evi varsa bunu beyinin hizmetine açar²⁷. Görüldüğü üzere hiyerarşik bir düzen mevcut olsa da herhangi bir siyasi merkezilikten söz etmek olanaksızdır. Feodal beylerin hepsinin belirli bir etkinlik alanının olması, bir vasalın birden çok beye bağlı olabilmesi,

²⁵ Bloch, s. 365.

²⁶ Beriş, s. 35.

²⁷ Bloch, s. 377.

Kral'ın eşitler arasında birinci konumunda olması ve ordu oluşturmak için feodal beylere bağımlı olması gibi özellikler; her şeyin tek bir odaktan yönetildiği, tek bir otoritenin olduğu ve diğer tüm kişi ve kurumların bu otoriteye koşulsuz tabii olduğu merkezileşmiş devlet yapısının özelliklerinden çok uzaklardadır.

Merkezileşmiş bir devlet yapısına sahip olunmaması etkisini yargılama yetkileri arasındaki ciddi bölünmüşlükte de göstermektedir. Her feodal bey kendi malikânesinin yargılama işlerinde tek yetki sahibidir. Sadece siyasal ve ekonomik yetkileri değil aynı zamanda yargılama yetkisini de elinde toplamıştır. Yargılama hakkıyla beraber feodal bey, malikânesinde tümüyle hâkimiyeti eline almıştır ve hem bağımsız hareket edebilmekte hem de yabancı mahkemelerin kararlarından korunmuş olmaktadır. Genelde davaların sabit konusu müsadere, toprak işlemleri, eşyalar ve insanlar üzerindeki yetkililerdir. Cinayetler vs. gibi konular da davaların kapsamındadır. Burada önemli olan nokta, gücü elinde bulunduran bir kişinin yargıç olarak ortaya çıkmasını engelleyecek hiçbir engelin olmamasıdır. Bu yüzden feodal dönemde hukukun gücünden değil, ancak bir güçlüler hukukundan bahsedilebilir. İlgili mahkemelerin yanında bir de Kilise mahkemelerinden söz etmek gerekmektedir. Kilise mahkemeleri hem kendi bünyesindeki insanlar üzerinde yargı yetkisini elinde bulundurur, hem de laik kimselerce işlenmesine rağmen konusu dinsel kabul edilen bazı eylemlerde de yargı yetkisini bünyesinde barındırır²⁸. Görüldüğü üzere bu dönemde hukuk ve yargılama ciddi bir parçalanmışlık içindedir, genel geçer, herkesi bağlayan ve tek bir egemen güçten buyrulan yasalara rastlamak olanaksızdır. Kilise'nin ve Lordların ayrı hukuki yetkilere sahip olması iktidar çatışmasını iyice körüklemektedir. Bu çatışmalar siyasi, hukuki, ekonomik ve bürokratik birçok alanda ortaya çıkmaktadır. İki ayrı güç arasındaki egemenlik mücadelesi, dönemin siyasi ve hukuki yapısını anlamak bakımından önemli ipuçları vermektedir.

1.2.2. Kutsal İktidar-Seküler İktidar Mücadelesi

Egemenlik kavramı modern seküler devlet anlayışında üretilmiş bir kavramdır. Ancak kavramın seküler devlet biçiminde ortaya çıkmasının sebebini anlamak için Kilise iktidarının Batı Avrupa üzerindeki etkisinin iyi analiz edilmesi

²⁸ Bloch, s. 600-602.

gerekir. Bu bağlamda Kilise ile seküler iktidarların çatışma alanlarının en önemli göstergelerinden birisi XI. yüzyılda yaşanan “Atama Kavgası (Investitura)” olarak karşımıza çıkar. Bu kavga esasında Kutsal Roma İmparatoru IV. Henri ile Papa VII. Gregorius arasında, Kilise görevlilerini kimin atayacağı konusundaki yetki mücadelesidir. Bu konu basit bir bürokratik yetkilendirme meselesinden ziyade çok daha derinlerde yatan bir egemenlik sorununun açığa çıkmasıdır. Artık seküler güçler ile kutsal güçler arasındaki gizli savaş -egemenlik mücadelesi- gün yüzüne çıkmıştır.

Kutsal Roma-Cermen İmparatoru I.Otto (962-973), Kilise'nin etkinliğini artırmış ve Kilise'yi himaye ederek güvenliğini sağlamıştır. Bununla beraber Kilise'nin yüksek makamlarına atadığı piskoposlar yardımıyla Kilise'yi kendisine bağımlı kılmıştır. Maddi yönden çok güçlenen Kilise, artık siyasal yönden de söz sahibi olma isteği gütmektedir. Bu yüzden öncelikle İmparatorun boyunduruğundan kurtulması gerekmektedir. Bu amaçla Papa II. Nicholas, papalık seçimlerine imparatorun karışmaması için karar alır. 1059 yılında alınan bu kararla artık papayı seçme yetkisi Kardinaller kuruluna verilmiştir. Bununla da yetinmeyen sonraki Papa VII. Gregorius, 1075 yılında papalık yetkilerini düzenleyen ve net bir şekilde ifade eden yirmi yedi maddelik “Dictatus Papae” adıyla bir bildiri yayımlar. Bu bildiri de evrensellik sıfatının sadece Papa'ya verilebileceği, piskoposları atama yetkisinin sadece Papa'ya ait olduğu, imparatorları azletme yetkisine sahip olan tek yetkinin Papa'nın elinde olduğu, hiç kimsenin Roma Kilisesi'ne karşı çıkamayacağı ve hiçbir gücün Papa'yı yargılayamayacağı gibi çok önemli maddeler vardır²⁹. Maddelerden anlaşılacağı üzere bu bildiri, apaçık bir meydan okuma ve üstünlük iddiasıdır. Her türlü siyasal ve hukuksal yetkinin İmparator'a karşı Papa'da olduğunun ilanıdır. Seküler iktidarın “Kutsal İktidara” koşulsuz şartsız bağlanmasının belgesidir.

Papa VII. Gregorius çoğu seküler yöneticilerce atanmış birçok rahibi görevinden uzaklaştırır, evlenme yasağını getirir ve maddi çıkar karşılığı göreve getirilen tüm piskoposları azleder. Bu durum seküler olan tüm etkenlerin Kilise sisteminden ayrılması anlamına gelir. Artık atama konusunda tek yetkili mercii Kilise olmuştur ve Papa ile İmparator arasındaki yetki mücadelesi en şiddetli dereceye çıkmıştır. Bu meydan okumalara karşı IV. Henri, VII. Gregorius'u

²⁹Samiye Durmaz, “Yüksek Ortaçağ'da Papa-İmparator Çatışması: Kılıç ile Âsâ'nın Savaşı”, *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Çankırı 1(2010), s. 96-98.

görevden almaya çalışsa da Papa'nın cevabı gecikmez ve İmparatoru aforoz eder. Sonuç, Cermen ülkesinde bir iç savaşın patlak vermesidir. İmparatora karşı güç elde etmek isteyen Cermen prensleri istedikleri meşruiyeti bulmuşlardır ve aforoz kaldırılmadığı sürece Henry'yi imparator olarak tanımayacaklarını deklare etmişlerdir. Her şey aleyhine işlerken IV. Henri, çareyi İtalya'ya giderek aforozun kaldırılmasını Papa'dan istemekte bulmuştur. Hâkim olduğu alan içinde prenslerle mücadele etmek imparatorun tahtı açısından daha önceliklidir. İsa'nın vekili olarak papa, pişmanlık içindeki bir zavallı ile karşı karşıyadır ve sonunda Gregorius, Papalığın bir gereği olarak, Henri'yi affetmek durumunda kalmıştır³⁰. Böylece Papa, İmparator üzerindeki otoritesini kanıtlamış ve seküler iktidarı Kilise'nin denetime bağlamıştır.

Seküler iktidar üzerinde kurulan tahakküm devam ederken, 492-496 yılları arasında papalık yapmış olan Gelasius tarafından formüleleştirilen teori; “Çifte Kılıçlar Kuramı” olarak yeniden gündeme gelmiştir. Bu kurama göre Tanrı İsa'ya iki kılıç bahşetmiştir. Bu kılıçlardan birisi seküler erki temsil ederken öteki dinsel erki temsil etmektedir. Sadece bu iki kılıç ya da erk, İsa'da bir arada bulunmaktadır. İsa'dan sonra dinsel erki sembolize eden kılıç papalara, seküler erki sembolize eden kılıç ise imparatorlara geçmiştir. Papalar dini konularda Tanrı'nın yeryüzündeki temsilcisi konumdadırlar, buna karşın imparatorlar da seküler konularda Tanrı'nın temsilcisilerdir. Kurama göre bu iki kılıcın sahipleri birbirlerinin egemenlik alanlarına girmemelidir³¹. Ancak Papa VII. Gregorius bu kuramdaki dengeyi Kilise lehine bozmuştur. Her iki kılıç, biri seküler otoritenin elinde olsa da son kertede dinsel otoriteye ait ve tabiidir. Petrus'un otoritesi bölünmezdir ve maddi zor ve cezalandırma yetkisi papanın denetimindedir. Dolayısıyla tüm seküler yöneticiler Tanrı'nın hizmetkârları olarak önce Petrus'un sonra da onun vekili olan Papa'nın hizmetinde olmalıdır³². İmparatorun elinden kılıcı alınmamıştır ama kılıcını kullanma kabiliyet ve sınırı Papa'nın isteği doğrultusunda belirlenecektir. Sonuç itibarıyla Kilise'nin seküler iktidar üzerindeki üstünlüğü bir kez daha temellendirilmiş olmaktadır. Egemenlik kavramı Kilise'nin iktidarını kaybettiği bir

³⁰ Mehmet Ali Ağaoğulları, Levent Köker, *İmparatorluktan Tanrı Devletine Siyasal Düşünceler*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 1991, s. 178.

³¹ Alâeddin Şenel, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2004, s. 248.

³² Yalçinkaya, s. 249.

dönemde ortaya çıkacağından henüz tasavvur edilememektedir. Çünkü bu dönemde iktidarın kaynağı Tanrı ve yeryüzündeki kurumsal temsilcisi Kilise'dir.

Seküler iktidar ile kutsal iktidar arasındaki mücadele, siyasi gelişmelerin yanında entelektüel alanda da kendini göstermektedir. Bu dönemde kutsal iktidarı savunan düşünürler arasında Salisbury'li John ve Aquinum'lu Thomas öne çıkmaktadır. Dönemin bir diğer önemli düşünürü Padovalı Marsilius ise kutsal iktidarı savunmanın aksine seküler iktidar düşüncesine kapı aralamakta ve modern düşünceye geçişte önemli bir yerde durmaktadır. Egemenlik kavramının temellerini anlamak açısından bu kişilerin görüşlerini incelemek gerekmektedir.

Kilise'nin egemenliğini sağlamlaştıran ve üstünlüğünü kanıtlayan İngiliz Skolastikçisi Salisbury'li John'a (1115-1180) göre bütün erk Tanrı'dan çıkar, daima onda olmuştur ve olacaktır. Bu yüzden Prenslerin sahip oldukları erkler de sadece Tanrı'dan gelir. Çünkü Tanrı erki, hiçbir zaman yitmez veya O'ndan ayrılmaz, sadece O'nun adaletini ve inayetini öğretecek ikinci bir el aracılığıyla kullanılır³³. Prenslerin erki ve buna bağlı olarak meşruiyeti, Tanrı'dan alındığı için belirleyici etken burada Tanrı'dır. İki Kılıç da Kilise'ye aittir, prensler ancak Kilise'nin güdümünde kan dökücü kılıca sahiptir. Çünkü Kilise'nin kan dökmek gibi bir görevi yoktur. Kilise'nin maddi baskı gücünü prensler kullanır, manevi konulardaki yetkisini ise piskoposlar yürütür. Kutsal yasakların uygulanmasına ilişkin ya da ondan doğan her görev kutsaldır, dinsel bir yükümlülüktür. Fakat suçluların cezalandırılmasını kapsayan görevler değer olarak çok aşağıdadır. Bu yüzden sıradan işlerin yürütülmesinde ve düzenin sağlanmasında esas görevli prensler iken, çok daha önemli, kutsal ve ilahi konulardaki görevli Kilise'dir. Güç mücadelesinin, yönetme ve istikrar sağlamanın bir sonucu olarak ortaya çıkacak savaşma, ölme ve öldürme gibi işlemler adeta "taşeron" konumunda bulunan prenslere yaptırılacak, Kilise asla elini kana bulamayacaktır. John, Kilise'nin seküler otoriteyi kapsayıp kuşattığı bir model ortaya koyar ve seküler bir hükümdarın asla egemen olamayacağını açık kanıtını sunmuş olur³⁴. John, Kral ile Tiran arasında önemli farklar olduğunu düşünür. Kral yasalara uygun şekilde yönetirken Tiran yasalara uygun olmayan

³³ Salisbury'li John, "Devlet Adamının Kitabı'ndan Seçme Parçalar," Çev. N.Çolakoğlu, *Bati'da Siyasal Düşünceler Tarihi: Eski ve Orta Çağlar*, (Der. Mete Tunçay), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 398.

³⁴ Beriş, s. 43.

şekilde yönetir. Bu yasalar, Tanrı'nın dolayısıyla da Kilise'nin buyruklarından oluşan kurallardır. Eğer bir Kral bu yasaların dışına çıkıp Tiran haline dönüşmüşse -belirli koşullarda- Kitabı Mukaddes'in verdiği yetkiyle Tiranı öldürmek yasalara uygun ve şanlı bir harekettir³⁵. Bu ilke, bazı çekinceler ve koşullar koyulmuş olsa da çok önemli bir duruma işaret eder: Kilise otoritesine karşı gelen tüm hükümdarların öldürülmesi meşru hatta gereklidir. John, seküler otoritelerin hükümlerini sürdürebilmesinin koşulunu, Kilise otoritesine itaat etmelerine bağlamış olur.

Hristiyan teolojisiyle Aristoteles'i sentezleyen filozof Aquinum'lu Thomas (1225-1274), tüm iktidarların kaynağını Tanrı'ya bağlar. Başta siyasal iktidar olmak üzere Tanrı'dan gelmeyen hiçbir iktidar yoktur, tüm iktidarlar Kilise'ye tabii olmalıdır. Ancak kaynağını Tanrı'dan alan bu siyasal iktidarı, dünyada kimin kullanacağı belirlenmemiştir. Bu yüzden amacı ortak iyiliği geliştirecek bir düzen kurmak olan toplum, iktidarı kullanacakları kendisi belirler. Düzeni oluşturmak ise toplumun veya toplumu temsil eden bir yöneticinin görevidir³⁶. İktidarın kaynağı Tanrı'dır ancak onu yeryüzünde kullanacak irade sekülerdir ve buna göre hareket edip koşulları dikkate almalıdır.

Yöneticiler yönetme hakkını Tanrı'dan almıştır, ancak bu hakkın kullanılması bazı koşullara bağlanmıştır. Eğer bir yönetici toplumun amacına, iyiliğine, mutluluğuna ve ortak yararına yönelik herhangi bir çaba sarf etmiyorsa bu erki hak etmeyecektir. Zaten toplumun esas ve nihai amacı öte dünya mutluluğuna ulaşmaktır. Yöneticiler toplumu bu dünyanın mutluluğu için yönetirler, oysa Kilise bu dünyadan çok daha üstün olan "öteki dünya" için toplumu yönetir. Yöneticilerin görevi barış ve düzeni sağlamaktır ama daha ulvi amaçlar için Kilise'nin etkinliği gerekir. Seküler iktidarın burada yapması gereken, Tanrısal kaynaklı yasalar ışığında, buna uygun bir toplumsal düzen sağlamaktır. Eğer yönetici bu görevini unuttur da tiranlığa kayarsa, Kilise bu kişiyi yönetim makamından azledebilir. Bu ifadeler ışığında Thomas, Kilise'nin seküler iktidara karşı üstünlüğünü kanıtlar ve ılımlı bir papalık yanlısı olduğunu savunur³⁷. Buna rağmen Thomas'a göre Kilise'nin üstünlüğü manevi bir nitelik taşımaktadır ve zorunlu olarak hukuki alana taşınması gerekmez. Bu noktada

³⁵ Şenel, s. 254.

³⁶ Halis Çetin, Levent Görüşük, "Hristiyanlığın Siyasal Dili", (Ed. Hamit Emrah Beriş-Fatih Duman), *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Orion Kitabevi, Ankara 2016, s. 263.

³⁷ Şenel, s. 260.

Thomas, dinsel otorite karşısında siyasal otoriteye bir hareket alanı sağlamış olur. İktidarı kullanacak kişi veya kurumlar açıkça belirtilmediğinden siyasal kurumlar ve hukuksal normlar seküler iktidara bırakılmıştır³⁸. Ancak seküler iktidar tamamıyla özgür değildir, Tanrısal yasalarla sınırlandırılmıştır.

Thomas akıl ve vahyi çatışan değil bilakis birbirini destekleyen unsurlar olarak değerlendirir. O, vahyin yanına akli da ekler. Akıl Aquinum’lu Thomas için önemli bir noktada durur. Ona göre bütün bir toplumu düzenleyecek “yasa” ortak yararı gözetilen bir toplumun ya da bu toplumu temsil eden bir prensin akıyla yapılabilir. Toplamda dört farklı yasa türü vardır: “sonsuz yasa”(lex aeterna), “doğal yasa”(lex naturalis), “insan yasası”(lex humana) ve “tanrısal yasa” (lex divina). Dünya, “tanrısal güç”(divina providentia) tarafından yönetildiği için bütün evren topluluğunun da “tanrısal akıl”(rationa divina) tarafından yönetildiği açıktır. Yaratılmış her şeye, evrenin Prensi olan Tanrı tarafından yol gösterilmesi yasası, “sonsuz yasayı” ifade eder. Bu yüzden tanrısal güce uyruk olan bütün şeyler, bu güce, sonsuz yasadaki eğilimler doğrultusunda katılırlar. Fakat akıllı yaratıkların bu yasaya katılması daha özel olur, akıllı yaratıklar hem kendi eylemlerini hem de başkalarının eylemlerini denetleyerek “sonsuz yasaya” katıldıklarından tanrısal aklın kendisinde belirli bir payları olur. Akıllı yaratıkların “sonsuz yasaya” katılmaları “doğal yasayı” ifade eder. “İnsan yasalarıysa” “sonsuz yasaya” ve “doğal yasaya” uygun olmak koşuluyla aklın rehberliğinde, insanların tikel kurallara ulaşmasıyla ortaya çıkan yasalardır. Toplumsal düzeni sağlayan mevcut hukuk bu yasalara örnek olarak verilebilir. Fakat akıl yeterli değildir, çünkü insanlar eylemlerinde sonul ereğe göre yönetilirler. Bu erek insan aklının sınırlarını aştığından “tanrısal yasa” burada devreye girecektir. Ayrıca insanlar kararlarında çatışabilirler, bu yüzden eylemlerinde yanılmaz olan Tanrı’nın yasasına ihtiyaçları vardır. İnsan yargısı ruhun iç eylemlerine karşı yetersiz kalır, bu yüzden “tanrısal yasa” gereklidir. Son olarak insan, suç ve günahların cezalarını tam anlamıyla vermekte aciz kalacağı için, hiçbir kötülüğün yasaksız ve cezasız kalmaması ve her

³⁸ Beriş, s. 45.

türlü günahın yasaklanması için de “tanrısal yasa” olmak zorundadır³⁹. Thomas’ın yasa sınıflandırmasında nihai olarak ulaştığı sonuç ilahi olanın üstünlüğüdür.

Thomas “insan yasalarını” “sonsuz yasaya” ve “tanrısal yasaya” bağımlı kılarak Kilise’ye bir üstünlük atfeder fakat bu üstünlük mutlak değildir. Çünkü iktidar Tanrı’dan gelmesine rağmen, egemenlik ya da *dominium*, kavimlerin kendi koyduğu kuralların, *ius gentiumun* yani kavimler yasasının ürünüdür⁴⁰. Sonuç olarak Thomas, seküler iktidara da alan açarak kutsal iktidarla arasında bir denge kurmaya yönelir ve kutsal iktidardan seküler iktidara geçiş sürecinde önemli bir yerde durur.

Padovalı Marsilius (1275-1343) bir Orta Çağ düşünürü olsa da kuramsal açıdan modern döneme oldukça yaklaşmış bir filozoftur. Aynı zamanda tabip olan Padovalı filozof şüpheci, gerçekçi ve ampirik düşünce tarzına sahiptir. Bu, dönemin İtalyan şehir devletlerinin sakinlerinin ortak bir özelliğidir. Çünkü bu bölgeler antikitenin seküler geleneğiyle bağlarını korumuştur. Marsilius *Barış’ın Savunucusu* (1324) adlı eserinde, Orta Çağ’ın sonlarındaki ruhban aleyhtarı duyguların büyümesi, papalığın mağlubiyeti ve hayatın sekülerleştirilmesi gibi konuları sistematik bir biçimde işlemiştir⁴¹. Marsilius öncelikle ilahi kanunu Kitab-ı Mukaddes’teki ilhamla sınırlı tutar. Bunun dışında insan ürünü olan ve kuramsal olarak Kilise’nin buyrukları olan kanunları ilahi kanunlardan ayırır ve bu ayırım ilahi kanunların beşeri kanunlar üzerindeki üstünlüğünü kabul etmekle beraber, Kilise’nin ve ruhban sınıfının otoritesine ve meşruiyetine büyük bir darbe vurur. Kilise’nin elinden kutsiyeti alındığında onun buyruklarını sıradan kanunlardan ayıracak ne kalmıştır? Padovalı Marsilius işe, bu meşruiyeti ruhbanlardan alarak başlar. Beşeri hukuku ilahi kanunlarla özdeşleştirmeyi reddettiğine göre beşeri hukukun kaynağı nedir? Marsilius bu kaynağı toplumda bulur⁴². Toplumun başlı başına bir özne olarak kavramsallaştırması önemli bir yeniliğe işaret eder.

Padovalı Marsilius seküler bir siyasi iktidar anlayışına sahiptir, çünkü o aynı zamanda toplumu da seküler sivil toplum olarak kuramsallaştırmıştır. İnsanların bir

³⁹ Aquinum’lu Thomas, “Toplu Dinbilim’den Seçme Parçalar,” Çev. M.Tunçay, *Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi: Eski ve Orta Çağlar*, (Der. Mete Tunçay), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 449-451.

⁴⁰ Yalçınkaya, s. 260.

⁴¹ William Ebenstein, *Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri*, Çev. İsmet Özel, Şûle Yayınları, İstanbul 2009, s. 150.

⁴² Ebenstein, s. 154.

toplum olarak bir araya gelmesinin tek sebebi ihtiyaçlarını karşılamak gerekliliğidir. Yani sivil toplum kendisi için kendiliğinden var olur. Toplumun bir arada olması, kendisi dışında ve kendisinden üstün bir takım amaçlar sayesinde değildir, aksine toplum; kendisi için bir aradadır çünkü ihtiyaçların karşılanması ancak bu şekilde olur. Görüldüğü gibi Marsilius, topluluğu Hristiyanların oluşturduğu bir bütün olarak, yani Vahiy'den çıkan ve Tanrı'ya bağlanan bir ölçüt uyarınca tanımlamamıştır. Aksine toplumun tek ereği, kendisini oluşturan insanlara birbirlerine yetecek yaşama imkânının sağlanmasıdır. Hayatın idamesi için gerekli nesnelere üretilmesi ve bu nesnelere ihtiyaçlara göre mübadele edilmesi, ancak insanların toplum olarak bir araya gelmeleriyle mümkündür ki toplum da ancak bunun için vardır⁴³. Toplum aşkın değil, içkin bir teleolojik yapıdır.

Marsilius'a göre toplumun kendisini oluşturan bölümlerden bağımsız bir bütün olmasını sağlayan ilke; yasadır. Ancak yasa, soyut ya da ideal bir adalet düşüncesine bağımlı kılınmaz. Aslında adalet denen şey, ortak iyiliği amaçlayan yasanın uygulanmasıyla zuhur eder ve yasama erki halka aittir. Yasamacı halktır, yani bütün yurttaşlar topluluğudur ya da onun "ağır basan bir bölümüdür". Halk yasayı isterse kendi yapsın isterse bu görevi birkaç kişiye versin sonuçta yasamacı kendisidir. Marsilius düşüncesinde halk kavramının iki kuramsal işlevi vardır. İlk olarak yasanın kaynağı halk olduğu için yasama, yalnızca bu dünya işleriyle sınırlandırılır (yasa kutsal veya ilahi olarak değil pozitif olarak algılanır) ve Kilise'nin yasama hakkı elinden alınmış olur. İkinci olarak prensin iktidarı hiçbir dinsel temele bağlı kalınmadan meşrulaştırılmış olur⁴⁴. Prens, yasama yetkisine sahip olan halkın yaptığı kanunları uygulayarak prens olur.

Marsilius düşüncesi modern egemenlik kuramına yaklaşmış olsa da modern anlamda bir egemenlik fikrinden söz edilemez. Çünkü hükümdar, Tanrı tarafından atanmamış olsa bile kendi yarattığı olmayan yasalara bağımlı kılınmıştır. Aynı şekilde egemen halk değildir, çünkü yasama yetkisi halkın olsa da yasayı uygulama gücü halkta değildir. Bu sebeple iktidarın ilkesinin ve onu kullanma yetkisinin bir arada

⁴³ Gérard Mairet, "Padovalı Marsilius'dan Louis XIV'e Laik Devletin Doğuşu", Çev. Cemal Bâli Akal, *Devlet Kuramı*, (Der. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, s. 222.

⁴⁴ Mehmet Ali Ağaoğulları, "Dünyevi İktidara Doğru", (Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları), *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, s. 282.

bulunması demek olan egemenlik düşüncesine henüz ulaşılmış değildir⁴⁵. Fakat kendi kendisine yeterli bir sivil toplum görüşünü ortaya atması ve iktidarın meşruiyetini dini referansın dışında, kendi içinde aramasıyla Marsilius, modern devlet ve egemenlik düşüncesine büyük oranda kapı aralamıştır.

1.2.3. Rönesans ve Reform

XV. yüzyıla gelindiğinde Avrupa'nın batısında ortaya çıkan ulus devletler, gelecek yüzyıllarda parlak ve uzun bir gelişme ve güçlenme potansiyeline sahip olmuşlardır. İtalya ve Almanya bölgesindeki kent devletleri ise kültürel ve ekonomik yönden önderliği ellerine geçirmişlerdir. XIV. ve XVI. yüzyıllar arasında Avrupa'nın siyasal dengesi, çevrede ekonomik bakımdan geride olan ulus devletlerle, Batı Hristiyanlığı'nın ortasındaki küçük fakat canlı ve gelişmiş kent devletleri arasında oluşmuştur. Artık Hristiyanlık (Papa veya Kutsal İmparatorluklar), ulusal monarşiler, feodal prenslikler ve kent devletleri olmak üzere dört farklı iktidar odağı vardır ve bunlar arasındaki mücadeleler dönemin tüm siyasal, sosyal ve ekonomik özelliklerini etkileyecektir⁴⁶. Kilise'nin otoritesi, hem teorik tezlerin etkisiyle hem de siyasal ve ekonomik açıdan seküler iktidarlara çatışması yüzünden eski gücünü yitirmeye başlamıştır. Burada daha çok “özgür kentlerin” ve ulusal monarşilerin etkinlikleri artış göstermiştir. Tüm bu süreçler modern iktidar ilişkilerinin temellerinin atılmasında büyük önemi olan Reform ve Rönesans'ın etkisiyle gelişmiştir. Rönesans akli ve seküler bilimsel ruhun canlanmasını sağlamış, bu ruh Kilise'nin bilgi alanındaki itibarını sarsarak siyasal gücünün de temelini elinden almıştır. Matbaanın kullanılmasıyla beraber kitap basımı fazlaca artmış, bu sayede kitaplar daha çok insana ulaşabilmiş, dolayısıyla düşünceler de o kadar çabuk yayılabilmiştir. Dinsel metinlere ulaşmak kolaylaşmış ve laik sınıf bu durumu Kilise aleyhine fırsata çevirmiştir. Herhangi bir teorik çatışmada “gerçek din, doğru din” gibi referanslarla Kilise'ye karşı çıkmışlar ve dini anlama/yorumlama tekelinin kimsede olmadığını savunarak ruhban sınıfına meydan okumuşlardır⁴⁷. Bu süreçlerden Rönesans, Reforma düşünsel zemin hazırlaması bakımından önemlidir.

⁴⁵ Mairet, s. 225.

⁴⁶ Oral Sander, *Siyasi Tarih (İlkçağlardan 1918'e)*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2015, s. 79.

⁴⁷ Mehmet Ali Ağaoğulları, Levent Köker, *Tanrı Devleti'nden Kral-Devlete Siyasal Düşünceler*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, s. 99.

Rönesans Avrupa tarihi içerisinde, ortaçağ ve modernite arasında bir zaman dilimine yani XIV. ve XVI. yüzyıllar arasına denk düşer. Merkezi, İtalya kent devletleridir ve Rönesans, etimolojik olarak “Yeniden Doğuş” anlamına gelir. Bu anlamdan kastedilirse eski Yunan ve Roma uygarlıklarının kültürel ve düşünsel özelliklerinin keşfedilmesi ve düşüncenin kilise boyunduruğundan kurtarılmasıdır⁴⁸. Kentlerin canlılığı ve özgür bir düşünsel ortama sahip olması, antik dönem eserlerinin yeniden incelenmesini ve tartışılmasını sağlamıştır. Matbaa sayesinde bilginin tekeli ruhban sınıfının elinden alınmıştır. Klasik Yunan ve Roma dönemi eserlerine ulaşmak daha kolaylaşmış ve insanlar bu eserler üzerinde yeniden düşünme fırsatı bulmuştur. Bu dönemde resim, sanat, edebiyat, felsefe, bilim, mühendislik gibi alanlarda üretken ve özgün çalışmalar yapılmıştır.

Rönesansın düşünsel alandaki en büyük etkisi Kilise dogmalarına karşı insan aklının ön plana çıkarılmasıdır. Rönesans; Stoacılığın ahlaki kendine dönüşünün, Hristiyan ruhi biricikliğinin, antik Yunanlıların estetik ferdiyetçiliğinin önüne geçmiş ve insanı bütünlüğü içinde göz önüne almıştır; burada kastedilen insan, sadece zihni ve ruhu ile değil, eti ve kanıyla da bütün bir insandır. Bu ‘insan’, Tanrı’yı yerinden ederek kâinatın merkezi haline gelir⁴⁹. Böylece sonuç; Avrupa halkları açısından Hristiyanlığın eski merkezi konumunu kaybetmesi olmuştur. Bu bağlamda hümanizm, dönemin belirgin düşüncesi olarak ortaya çıkmış ve insan aklı, Kilise karşısında bağımsızlığını kazanmaya başlamıştır. Özellikle kentlerde yaşayan insanlar yerel bağlardan, toprağa bağımlı kölelikten ve aristokratik etkilerden bağımsız bir şekilde yeni siyasal sistemin taşıyıcıları olacak olan burjuvaziyi oluşturmuştur.⁵⁰ Seküler düşünce biçimi modern egemenlik anlayışının oluşmasında ve burjuva sınıfı da modern siyasal örgütlenme biçiminin oluşumunda büyük rol oynamıştır. Rönesans dönemindeki bu gelişmeler Reforma zemin hazırlamış, bu bağlamda Almanya’da Luther ve Münzer, İsviçre’de Calvin, Reform Hareketinin öncüleri olmuş ve siyasal düşünce açısından da üzerinde durulması gereken görüşler ortaya koymuşlardır.

⁴⁸ Beriş, s. 47.

⁴⁹ Ebenstein, s. 165.

⁵⁰ Beriş, s. 49.

Sosyal, siyasal, dinsel ve ekonomik birçok temeli olsa da, Avrupa'da Reform hareketini ateşleyen kıvılcımın, Almanya'nın Wittenberg kentinde, Martin Luther'in (1483-1546) saray kilisesinin kapısına Doksan Beş Tez'ini asmaıyla alevlendiği genellikle kabul edilmektedir. Bu olay adeta Reform hareketinin sembolü haline gelmiştir. Luther çalışmaları sonucunda öncelikle bireysel imanın, insanın kurtuluşu için tek çare olduğu sonucuna varmıştır. Yani insanın eyleminden ziyade önemli olan bireysel imanındaki samimiyetidir. Bu yüzden herhangi bir cemaat veya kurumun aracı olmasına gerek yoktur, kişinin kendisinin iman etmesi Tanrı'nın gazabına uğramaması için yeterlidir. Bu düşünce, "kurtuluş" için Kilise'nin "zorunluluğunu" ortadan kaldırmanın başlangıcı sayılabilir. Ayrıca dönemin ticari gelişmeleri ve Kilise'nin adeta "din tüccarlığı" yapması da Luther'in düşüncelerini şekillendiren etkenlerdir. Kilise'ye vergi yoluyla para aktarılması ve Endüljans belgelerinin para karşılığı satılması, artık dinin çıkar aracı yapılmasının son noktasıdır. Tüm bu gelişmelerden rahatsız olan Luther, dinin asıl kaynaklarına tekrar dönülmesini ve yanlış inançların kaldırılmasını savunur. Doksan Beş Tez'ini ilan eder ve manifesto niteliğindeki bu ilan büyük yankı uyandırır. Papa'nın mutlak bağışlayıcı olmadığını, Endüljans'ı parayla satın alıp kurtulacağını sananların büyük yanılgı içinde olduğunu belirtir ve aslında teolojik bir tartışma açma amacındayken hem Kilise'nin otoritesini sarsar hem de insanlarla Tanrı arasına giren cemaat ya da kurumları reddederek büyük bir siyasal dönüşümün temelini atar⁵¹. Bu dönüşüm bütün Batı sosyal, siyasal ve düşünsel tarihini etkiyecek kadar güçlü olacaktır.

Luther İncil'i Almanca'ya çevirerek Katolik Kilisesi'nin evrensellik iddiasına darbe vurarak Kilise'nin yerel yönüne vurgu yapar. Kilise'nin otoritesini, insanın kurtuluşu için aracı olmasına karşı çıkararak sarsar. Kiliseleri ve dinin yorumunu yerelleştirerek ulusal kiliselerin kurulmasının önünü açar. Bu aşamadan itibaren evrensellik iddiasından koparılan Kilise'nin, ulusal monarşilerin otoritesi altına girmesi çok daha kolay olacaktır⁵². Luther'e göre bütün iktidarlar kaynağını Tanrı'dan alır. Luther, dinsel otoriteyi tesis ederken kilise kurumuyla Kutsal Kitap arasında kurmuş olduğu ilişkiyi, seküler otorite açısından bu kez dini otorite statüsündeki papalıkla, seküler alana karşılık gelen siyasi alanın idarecileri arasında

⁵¹ Ağaoğulları, Köker, s. 103.

⁵² Beriş, s. 54.

kurmuştur. Luther'in seküler otoriteye ilişkin düşüncelerinin oluşması, onun dinsel otorite, papanın yanılmazlığı ve kurumsal kiliseye yönelttiği eleştirilerin bir sonucudur. Her Hristiyan, biri dini öteki seküler olmak üzere iki çeşit yaşam sürer. Vatandaşlığı içeren sivil hayat Tanrı'yı dikkate almaz. Tanrı bizim işlerimize ihtiyaç duymaz, O'nun istediği kendisine dua ve şükürde bulunulmasıdır. Luther, yeryüzündeki adalet ve Tanrı'nın adaleti arasında büyük bir ayırıma gidilmesi gerektiğine dair seküler sayılabilecek bir fikir geliştirmiştir. Yani yeryüzü adaletinde yol gösterici olarak Kutsal Kitap'a ihtiyaç yoktur. Tanrı'nın iradesinin yansıması olan prensler ve krallar yüksek mevkide oldukları için her türlü saygıya layıktırlar⁵³. Luther krallara itaati salık vermiş ve iktidarlarını doğrudan Tanrı'dan aldıklarını öne sürerek hem monarşilere meşruiyet kazandırmış, hem de Kilise'yi aradan çıkararak seküler iktidarın dini iktidar üzerindeki otoritesini sağlamlaştırmıştır. Kılıç artık Kilise'nin değil, kralların elindedir. Ancak burada bahsedilen otorite, egemenlik kuramının hala çok uzağındadır.

Luther'le beraber Protestan düşüncenin diğer öncüsü olan Jean Calvin (1509-1564), Luther'in aksine Kilise'nin devlete karşı özerkliğini savunur. Kilise bağımsız olmalıdır çünkü Kilise ile devletin görevleri birbirinden farklıdır. Devlet, Kilise'yi otoritesi altına almamalıdır. Ancak bahsedilen, herhangi bir Kilise değildir, doğru öğretiyeye sahip olan Protestan Kilisesi'dir. Calvin kendi uygulamasında ise, din adamlarının seküler yönetimi de üstlendiği bir düzen kurarak kendi "seküler" anlayışıyla çelişmiştir⁵⁴. Ayrıca itaat ve direnme hakkı konusunda Calvin çelişkili ve belirsiz bir tavır takınır. Öncelikle uyrukların görevi; yöneticilerine verilen görevi, Tanrı'nın onlara yüklemiş olduğu yargılama yetkisi olarak kabul etmeleri ve yöneticileri Tanrı'nın bakanları ve elçileri olarak saymalarıdır. Çünkü kralların ve prenslerin iktidarları Tanrı'dan gelir ve onlara itaat etmek aslında Tanrı'ya itaat etmektir. Bu itaat ise vergi vererek, emirlere uyararak ve ortak savunmayı ilgilendiren konularda üzerimize düşeni yapmakla mümkündür. Buna rağmen Calvin sorumsuz prenslerin, lüks içinde yaşayıp, haklarını kötüye kullanıp, yoksul insanları yağmalayıp, evli kadınlara tecavüz ettiği ve masum insanları öldürdüğü durumları da göz ardı etmez. İtaat için Tanrı'nın imgesi yöneticilerde görülmelidir oysa böyle bir

⁵³ Kenan Has, "Teolojik Bazı Kavramlar ve Dinsel-Seküler Otorite Sorunu Üzerine: Luther – Calvin", *Tarih Okulu Dergisi (TOD)*, Mart 2014 Yıl 7, Sayı XVII, s. 268-269.

⁵⁴ Şenel, s. 298.

yöneticide Tanrı imgesi belirmez. İnsanlar bu tiranlardan nefret ederler ve onlara itaat etmek istemezler. Bu noktada Calvin, direnme hakkına kapı aralıyor gibi görünse de ardından hemen kapıyı kapatır. Çünkü prens diktatörce yönetse bile Tanrı tarafından, insanları günahları yüzünden cezalandırmak için gönderilmiştir. Bu yüzden insanlara düşen itaat etmektir⁵⁵: “İşte burada Tanrı’nın iyiliği, kudreti ve inayeti mucizeli bir biçimde ortaya serilir. Bazen hizmetkârları arasında Tanrı oç alıcılar seçer ve onları lanetli tiranlığı cezalandırmak ve insanların ezildikleri bir sırada, onları felaketten kurtarmak buyruğunu verir; bazen başka düşünce ve başka amaçlara sahip olan kimselerin öfkelerini bu amaç için kullanır⁵⁶”. Ancak hemen bu cezalandırma işinin önünü alır: “Tanrı sınırsız tahakkümden her zaman intikam aldığı halde, bu intikam alma işinin bize verildiğini düşünmeyelim. Bize itaat etmek ve katlanmaktan başka bir emir verilmemiştir⁵⁷”. Görüldüğü gibi Luther’de olduğu gibi Calvin düşüncesinde de krallara itaat edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Luther ve Calvin öncülüğündeki Reformasyon, Kilisenin İncil’i yorumlama/açıklama tekeli ve bu tekelden kaynaklı toplumsal, politik ve dini imtiyazlarını büyük ölçüde sarsmıştır. Akabinde monarklar, önce papalığın evrensel niteliğini kaybedip ulusal monarşilerin otoritesi altına girmeye başlamasıyla Kilise karşısındaki bağımlılıklarından kurtulmuşlar, sonrasında ise yeni yeni gelişen ve zenginliklerini, dolayısıyla da güçlerini ticaretle elde eden burjuvazinin desteğini alarak, ortaçağın parçalı politik yapısının diğer bir ayağı olan aristokrasiyi iktidar ilişkilerinin dışına atmıştır. İktidarın parçalı yapısı yavaş yavaş ortadan kalkmış ve merkeziyetçi monarşiler yeni sistemin ana aktörleri haline gelmiştir. Böylece yeryüzünde kralın bedeninde cisimleşen bir egemenlik anlayışı belirginleşmeye başlamıştır. Bundan sonraki mücadele monarklar ile eski müttefik-yeni rakip burjuvazi sınıfı arasında olacaktır. Bu süreçte dinin etkinliği de yaşamın tüm alanlarından silinmeye başlayacaktır⁵⁸. Tüm toplumsal ve siyasal örgütlenmeler seküler referanslarla kuramsallaştırılacaktır. Dini referansların doldurduğu boşluklar

⁵⁵ Jean Calvin, “Hristiyan Dininin Öğretisi’nden Seçme Parçalar”, Çev. Şahin Alpay, *Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi: Yeni Çağ*, (Der. Mete Tunçay), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002, s. 91-93.

⁵⁶ Calvin, s. 95.

⁵⁷ Calvin, s. 96.

⁵⁸ Beriş, s. 57.

bundan böyle yeni teorilerle doldurulmaya çalışılacaktır ve bu sayede modern siyaset düşüncesi ve egemenlik anlayışının çerçevesi oluşmaya başlayacaktır.

1.3. Modern Siyaset Düşüncesi ve Egemenlik Anlayışı

Modern siyaset düşüncesinin özelliklerine geçmeden önce modernliğin ne olduğunu incelemek gerekir. Kökenlerini Rönesans ve Reforma kadar götürmek mümkün olan modernlik, esas olarak XVII. yüzyıl ‘Bilimsel Devrimi’ ile XVIII. yüzyıl ‘Aydınlanma’ düşüncesinin etkileri altında Avrupa’da ortaya çıkan, dünyaya ve hayata -eskisinden tamamen farklı- yeni bir bakışı ifade etmektedir⁵⁹. Bilimsel Devrim’in etkisiyle fiziksel evren, mekanik olarak düzenlenmiş, determinizme boyun eğen ve insanın, yasalarını keşfetmek zorunda olduğu bir düzen olarak kabul edilmiştir. Rasyonalite ve pozitivizm epistemolojik alana hâkim olmuş, toplumsal ve siyasal düzenler sadece rasyonel temeller üzerinden tanımlanmaya başlanmıştır. Düşünce sekülerleşmiş ve buna bağlı olarak din, referans noktası olarak toplumun ve siyasal örgütlenmelerin temelinde yer almaktan çıkmıştır.

Modernliğin özelliklerinin anlam bulduğu temel aktör ‘bireydir’. Birey merkezli düşünme biçimi bireylerin kendi hakları ve çıkarları için toplumu aşabilen taleplerde bulunmasında kendini gösterir⁶⁰. Bu taleplerin sonucunda toplumsal gruplar arası çatışmalar ortaya çıkar ve önemli olan devletin bu çatışmaların merkezi olmasıdır. Çünkü devlet modern dönemde, merkezîyetçi yapısı ve politik birliğin tek temeli olarak görülür. En üstün kimlik bu bağlamda siyasi kimliktir, modern öncesi dönemde etkili olan aile, cemaat, etnik topluluk gibi kimlikler “alt kimlikler” olarak değerlendirilir. Birey merkezli düşünme yönetilenlerin rızasının alınması gerekliliğini de beraberinde getirir. Bu yüzden ‘toplumsal sözleşme’ teorileri modern dönemde ortaya çıkmıştır⁶¹. Tüm bu özellikleri göz önünde bulundurulduğunda modernlik; mekanik ve determinist evren anlayışı, rasyonalist ve pozitivist bilgi felsefesi ve seküler referans kaynaklarıyla yeni bir bilim anlayışını, yeni bir siyasal düzeni, yeni bir iktisadi düşünce yapısını ve yeni bir ahlak anlayışını ifade eder⁶².

⁵⁹ Mustafa Erdoğan, *Aydınlanma, Modernlik ve Liberalizm*, Orion Yayınevi, Ankara 2006, s. 25.

⁶⁰ Halis Çetin, *Modernleşme Krizi: İdeoloji ve Ütopya arasında Türkiye*, Orion Yayınevi, Ankara 2007, s. 67.

⁶¹ Erdoğan, s. 33.

⁶² Çetin, s. 65.

Modernliğin bu özelliklerinin kavranılması, seküler iktidara geçiş sürecinin ve modern egemenlik kavramının ortaya çıkışının anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

1.3.1. Modern Devlete Giden Süreç

Seküler iktidara geçiş süreci egemenlik kavramı açısından çok önemli bir yerde durmaktadır. Mairet egemenliğin yalnızca seküler iktidar olarak kendini düşünen, düşünmese bile böyle uygulanan bir iktidara uyabileceğini belirtir⁶³. Egemenlik iktidara dair tamamıyla sekülerleştirilmiş bir anlayıştır ve yalnızca seküler güç olarak tanımlanabilir. Bu yüzden eğer egemenlikten bahsedilecekse seküler ve kendi kendinin sebebi olan, meşruluğunu bizzat kendinden alan, kendisi dışında iktidarı için harici bir referansa ihtiyaç duymayan otoriteden söz ediliyor demektir. Egemenlik, iktidarın ilkesi (auctocritas) ile onun kullanma biçimini (potestas) bir araya getirir. Tanrı'dan -O'nun temsilcisi ve aracısı olan Papa'dan veya kiliselerden- kaynaklanan iktidar düşüncesi, egemenlik kavramıyla bağdaşmaz. Kutsal olan herhangi bir şey egemenlik sınırlarına giremez. Bu yüzden seküler devlet anlayışı aynı zamanda egemenlik düşüncesinin de ortaya çıkmasını sağlamıştır. Ancak bu anlayışın ortaya çıkması için öncelikle feodal düzenin parçalı yapısının ve Kilise'nin siyasi ve dini otoritesinin ortadan kaldırılması gerekmiştir.

Kilise'nin etkinliği teorik olarak yiterken pratik siyasi olaylar da Kilise'nin otoritesinin aleyhine işlemekteydi. Feodal yapı yerini artık ulusal monarşilere bırakmakta ve mutlakiyetçi siyasi yapılar yaygınlaşmaktaydı. Bu yeni siyasi sistemi meydana getiren farklı unsurlar vardı. Artık hükümdarlar hâkim oldukları toprakları diğer hükümdarlara ve feodal beylere karşı tam anlamıyla korumak ve konumlarını hüküm sürdükleri alan içinde sağlamlaştırmak istemekteydiler. Bu yüzden öncelikle kendi bütünlüklerini sağlamaları elzem hale gelmişti. Feodal parçalanmışlığın üstüne giden hükümdarlar tek ve merkezi bir otorite kurmaya başlamışlardı. Dini hizipler aynı topraklardaki siyasi birlik ve bütünlük için tehlike arz etmekteydi. Dinin dışında, daha farklı toplumsal uzlaşma sağlayacak yeni anlayışlar aranıyordu ve seküler yönetim anlayışları bu arayışın bir sonucuydu. Bunun dışında ekonomi hızla ticaretleşiyor, Avrupa'ya yoğun miktarda külçe girişi yaşanıyor ki

⁶³ Mairet, s. 217.

bu ticareti, ancak sürekli ve mutlak yönetimler kontrol edebilirdi⁶⁴. Tüccar sınıfının etkinliği artıyor ve ticaret artık ekonominin vazgeçilmezi haline geliyordu. Bu yüzden senyörlerin durağan ve kapalı toprağa bağlı ekonomik sistemi artık ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kalıyordu. Bu sebeple senyörler bu ekonomik zararları karşılamak için köylüleri daha çok sömürmeye başladı ve bu durum köylü ayaklanmalarına sebep oldu. Soylular arasında da yıkıcı savaşlar baş gösterdi. Zayıflayan soylular sınıfı daha büyük düzensizlik ve tehlikelerden kaçınmak için çareyi krallara sığınmakta bulmuşlardı. Bunun üzerine krallar, soylu sınıflara karşı güçlerini ve zenginliklerini iyice pekiştirmiş oldu. Soylular, kendilerini koruyan krala “koruma kirası” ödüyordu ki bu, o dönemde krallar için gerçekten büyük bir gelir kaynağıydı⁶⁵. Kralların ekonomik olarak güçlenmesi ve soyluları gerçek anlamda kendilerine bağımlı hale getirmeleri, merkezi otoriteyi kurmak için büyük avantaj sağlamıştı.

Krallar güçlerini artırmak için dört önemli mekanizma kullanmışlardı: Bürokratikleşme, gücün tek elde toplanması, meşruiyet yaratılması ve nüfusun homojen hale getirilmesi. Kralların işlerini, toprakları üzerinde çeşitli imtiyaz sahibi feodal lordlar yapıyordu ancak bunların krala olan bağı mutlak değildi ve görece özerklikleri vardı. Krallar bunun bilincinde olarak doğrudan kendilerine bağlı, sıradan ailelerden gelen kişilere yöneldi. Bunları tam gün çalışan maaşlı elemanları yaptı. “Görevin satılabilmesi” olarak bilinen bu uygulama, kralların kendisine bağlı bürokratik sistemini oluşturmasını sağladı⁶⁶ ve pek çok aristokrat bu şekilde kralın çevresinde kendisine yer bulmaya çalıştı. Bu “satın alma” yöntemiyle krallar kendi ordularını da kurmaya başladı. Özellikle değişen ekonomik dengeler ve yoğun nüfus artışı sonucu ortaya çıkan işsiz ve lümpen kitle, bu görev için çok uygundu. Hem iş buldular hem de krallar için tehlike olmaktan çıkıp onların koruyucusu haline geldiler. Ayrıca çeşitli kadrolar, kaynakların kontrolünü elinde bulunduran gruplar, dönemin yükselen sınıfı olan tüccarlar gibi çok çeşitli güç odakları, çıkarlarını ve politik hedeflerini, koruyucu güce sahip olmaları hasebiyle monarkların yardımıyla gerçekleştirmek istiyorlardı. Bu yüzden kendilerine sorun çıkaran odaklara karşı

⁶⁴ Gianfranco Poggi, *Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım*, Çev. Şule Kut-Binnaz Toprak, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016, s. 81.

⁶⁵ Immanuel Wallerstein, *Modern Dünya Sistemi 1*, Çev. Latif Boyacı, Yarı Yayınları, İstanbul 2010, s. 145.

⁶⁶ Wallerstein, s. 147.

monarktan yardım istiyorlar ve bunun karşılığında monarkları destekleyip onların hâkimiyeti altına giriyorlardı⁶⁷. Krallar iyice güçlenip, gücü tek elde toplamaya ve kendisine bağlı homojen tebaalarını oluşturmaya başlıyorlardı.

Krallar kendi egemen iradeleri sonucu yeni yasalar yapıyor ve bu yasaları yine kendi etkin ve geniş kapsamlı mahkeme sistemiyle yürürlüğe koyuyordu. Hukuk artık yönetimin aracı haline geliyordu. Daha da önemlisi, yasalar tüm ülkeyi kapsıyor ve bölgesel ve yerel lordların, yasaları kendi koşullarına göre uyarlayabilme imkânı ortadan kalkıyordu. Bu yasalarla kral, tüm uyruklarına kendini etkin bir biçimde duyurabiliyordu. İlişkiler genel ve soyuttu, her yerde ve zamanda geçerliydi. Krallar Roma hukukuna dolaylı ya da dolaysız göndermede bulunarak yasaların kaynağı olarak kendilerini görüyor, ancak kendilerini bu yasalara muhatap görmüyorlardı. Bu sayede hukuk aracılığıyla meşruiyetlerini sağlıyor ve iradelerini kabul ettiriyorlardı⁶⁸. Kilise meşruiyet kaynağı olmaktan çıkmıştı, dini referanslardan ziyade egemenin tabii olmadığı ama tebaanın tabii olduğu kanunlar, seküler referans sağlıyordu. Egemen irade sadece kendisine referans vererek otoritesini kuruyordu. Bu sayede kralların gücü daha kapsayıcı olmuş ve bu güç, kralın bedeninden sıyrılarak daha geniş ve soyut bir anlam kazanmıştı. Modern anlamda devlet düşüncesi ve yapısı oluşmaya başlarken egemenlik kavramı da artık literatüre girmeye başlayacaktı. Bu noktada İtalyan düşünür Machiavelli ile başladığı kabul edilen modern siyaset düşüncesinin/felsefesinin ve egemenlik kavramının oluşmasını sağlayan düşünürler incelenmeye geçilebilir.

1.3.2. Niccolo Machiavelli

Machiavelli'den (1469-1527) önce siyasal iktidar yalnızca bir araç olarak düşünülmüştür. Bu anlayışa göre devletin bir takım yüce amaçları vardır ve iktidarlar sadece bu amaçları gerçekleştirme yolunda birer araç olmaktan öteye gidememektedir. Bu amaç bazen adalet, bazen iyi bir hayat, bazen de Tanrı olmaktadır. Machiavelli'nin özgünlüğü kendisinden önceki bu anlayışların aksine devletin amacını; politikaya aşkın dini, ahlaki veya kültürel terimlerle anlamayı ve açıklamayı reddetmesinde yatar. Machiavelli için iktidar, başlı başına bir amaçtır ve

⁶⁷ Wallerstein, s. 156.

⁶⁸ Poggi, s. 94.

Floransalı düşünür bu iktidarın nasıl elde edileceğine, hangi yöntemlerle elde tutulacağına ve ne şekilde yaygınlaştırılacağına odaklanır⁶⁹. Machiavelli'de siyaset; kendi kuralları olan, metafizik etkenlerden uzak, tamamıyla bu dünyaya ait özerk bir alandır.

Machiavelli siyaset felsefecisi olmasının yanı sıra iyi de bir tarihçidir. Onun için tarih; yaşanmışlıklardan ders çıkararak mevcut yaşananlar ve yaşanacaklar hakkında ne tür bir yol izleneceğinin rehberidir. Tarihi gereği gibi okuyabilen bir hükümdar, insanların nasıl yönetilmesi gerektiğini de iyi bilir. Machiavelli bir nevi tarihten yasalar çıkarmanın peşindedir. Tanrı vesayetindeki feodal güç odaklarına karşı sadece bu dünyaya ait, aşkın referanslara ihtiyaç duymayan, hükümdar ve yönetilenler arasındaki ilişkinin yasasını ortaya çıkarmak ister. Siyasi güç olgusunu kendi (seküler) sınırları içinde ele almaya yönelik bu çaba, Orta Çağ Hristiyan düşüncesiyle Yeni Çağ düşüncesi arasına çizilmiş bir ayırım çizgisidir ve bu ayırımdan sonra artık modern siyasi-hukuki kavramsallaştırmalar bu sınırlar içinde oluşturulmaya başlanacaktır⁷⁰. Bahsedilen ayırım çizgisi siyasal düşün açısından önemli bir milattır. Bu noktayı daha iyi anlayabilmek için Machiavelli'nin siyaset düşüncesine bakmak gerekir.

Machiavelli'nin siyaset düşüncesine göre insanlar; genellikle nankör, değişken, içten pazarlıklı, riyakâr, korkak ve çıkarıcıdır. İyilik yapıldığı sürece iyilik yapanın yanından ayrılmazlar, gerekmediğinde kanlarını canlarını her şeylerini bağışlarlar ama gerektiği zaman arkalarını dönmekten başka bir şey yapmazlar. Bu yüzden her şeyini insanların sözüne bağlayan ve başka hiçbir hazırlığı olmayan hükümdar batar. Bir hükümdar insanlarca hem sevilen hem de korkulan kişi olmalıdır ama ikisi arasında seçim yapmak gerektiğinde Machiavelli korkudan yana tercihini kullanır. Çünkü sevgi, korku kadar caydırıcı değildir ve insanlar çıkarları söz konusu olduğunda sevdiğine dahi zarar verebilir. Hükümdar korkulan olmalıdır ancak nefret edilen olmamalıdır, bunun yolu da uyrukların mallarına, mülklerine,

⁶⁹ Ebenstein, s. 167.

⁷⁰ Akal, s. 52.

karısına ve kızlarına göz dikmemekten geçer⁷¹. Korku, içinde nefreti barındırdığında amacına ulaşamayabilir.

Hükümdarın kişiliği ve konumu Machiavelli için çok mühim bir yerde durur. Bir hükümdar kendisini küçük düşürecek ve kendisinden nefret ettirecek tüm işlerden uzak durmalıdır. Eğer hükümdar açgözlü olursa ve uyruğunun malına ve ırzına göz dikerse kendisinden nefret edilen birisi haline gelir ki bu çok tehlikelidir. Hükümdar hoppa, kaypak, kadınsı, mızımız ve kararsız olarak bilindiğinde ise aşağılanır ve itibarı kalmaz. Bu yüzden eylemlerinde coşkulu, ağırbaşlı, kararlı ve güçlü olduğunu göstermelidir. Hükümdar bir karar aldığı anda bu kararının arkasında tavizsiz olarak durmalıdır ki kimse onun üzerinde etkili olmaya kalkmasın. Bunları yapan hükümdar otoritesini pekiştirir ve halk indinde saygı duyulan bir konuma erişir⁷². Örnek olacak işler ve büyük girişimler kadar hiçbir şey hükümdarın beğenilmesini sağlamaz. Hükümdar ülkenin iç işleriyle alakalı olarak örnek girişimlerde bulunmalıdır. Örneğin eğer bir kimse, toplum yararına bir iş yapmışsa hükümdar o kişiyi ödüllendirmelidir. Ya da toplum zararına iş yapanları hemen cezalandırmalıdır. Hükümdarlar erdem sevdalısı olduklarını göstermeli, erdemli ve yetenekli insanları kollayarak onları ödüllendirmelidir⁷³. Ancak bu şekilde bir hükümdar, hem korkulan hem de sevilip saygı duyulan birisi olabilir. Hükümdar'ın kişiliği üzerinde bu kadar durulmasının sebebi, hükümdarın devletin istikrarını ve politik birliğinin sağlayan kişi olmasından kaynaklanır. Soyut ve sürekli bir egemen düşüncesine yaklaşmasına rağmen Machiavelli, hükümdarın kişiliği üzerinden devletin otoritesini kurmayı amaçlamıştır.

Machiavelli modern devlet ve egemenlik kavramını olgusal düzeyde kullanan ilk düşünür olması açısından önemlidir. Kavramları teorik düzeyden ziyade pratik bakımdan ele alır⁷⁴. Bu bağlamda devlet için önemli olan ortak çıkarın yakalanması, yönetimin otoritesini sürdürebilmesi ve istikrarın sağlanabilmesidir. Bu yüzden hükümdar, halkın tek yol göstericisi, iktidarın birlik ve bütünlüğünün tek teminatıdır. Hükümdarın üzerinde herhangi bir başka güç olması mümkün değildir. Otorite

⁷¹ Niccolo Machiavelli, *Hükümdar*, Çev. Necdet Adabağ, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2011, s. 64.

⁷² Machiavelli, s. 69.

⁷³ Machiavelli, s. 87.

⁷⁴ Yusuf Şevki Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 28.

yalnızca ona aittir. İktidarın birlik ve bütünlüğü amaç olduğundan birey ve toplum birer araç haline gelmiştir⁷⁵. Bu amaç doğrultusunda herhangi bir ahlaki, dini veya geleneksel değerlerin başlı başına bir belirleyiciliği yoktur. Önemli olan bu amaca ulaşılmasıdır. Siyasetin kendine göre kuralları vardır, hükümdar bu kuralları iyi bilmeli ve oyunu kurallarına göre oynamalıdır. Machiavelli, siyaseti yalnızca Hıristiyanlık dininin ve her türlü normatif değerlerin değil, aynı zamanda kişisel ahlakın da üzerine çıkarır. Her türlü dış bağından kurtulmuş olan uygulamalı siyaset bilimi, tek ilke olarak devlet mantığını, hikmet-i hükümeti benimser. İnsanlara atfedilen kutsal kısaçtan kurtulup ortaya çıkan ilk uygulamalı bilimin, Machiavelli'nin ele aldığı biçimiyle, siyaset bilimi olduğu söylenebilir⁷⁶. Siyaseti bilim olarak düşünmeye olanak sağlayan işte bu bakış açısıdır.

Machiavelli'nin siyaset kuramına katkısı “Etat” sözcüğünü yeni bir anlamda kullanmasıdır. Bu kullanımdaki amacı, genel görünümü ve biçimi değişebilen, ancak özde hâkim çizgileri bakımından aynı kalan kolektif bir birliği nitelemektir. Belli bir toprak ve belirli bir halk üzerinde gücü kullanan aygıt olarak modern zamanlara ait devlet tanımı, ilk defa onun yapıtında yer almıştır. Machiavelli'nin yapıtları, bu anlamıyla “Etat” sözcüğünün modern ulusların siyasal dil dağarcığında kabul edilmesine büyük katkı sağlamıştır⁷⁷. Sonuç olarak Machiavelli siyaseti kendi başına bir amaç olarak ele almasıyla, onu her türlü aşkın ve kutsal bağlarından kurtarıp kendi içinde değerlendirmesiyle, bu alana seküler bir anlayışla bakmasıyla modern siyaset, devlet ve egemenlik düşüncesine büyük etki yapmıştır. Ama görüşlerinin daha sistematize edilmesi ve egemenlik kavramının literatüre girmesi için Jean Bodin'i beklemek gerektir. Çünkü Machiavelli düşüncesinde siyasal iktidar, hükümdarın kişiliğinde ve becerilerinde tanımlanmıştır. Ona göre hükümdar iyi bir tarih okuyucusu olmalı ve tekerrür edecek olaylar karşısında kendini hazırlamalıdır. Burada hükümdarın siyasi eylemleri belirleyici olan ana etkendir ve her şey onun bedensel varlığına bağlıdır. Bu yüzden her bir hükümdar yeni bir siyasal iktidar

⁷⁵ Halis Çetin, “Modern Devletin Egemenlik (Kurucu İktidar) Döngüsü”, *Abant İzzet Baysal Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* (5) 2002, s. 57.

⁷⁶ Louis Dumont, “Bireycilik Üzerine Denemeler: Doğu. XIII. Yüzyıldan Başlayarak Siyaset Kategorisi ve Devlet”, Çev. Hülya Tufan, *Devlet Kuramı*, (Der. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, s. 149.

⁷⁷ Jean-Pierre Brancourt, “Estat'lardan Devlete: Bir Sözcüğün Evrimi”, Çev. Beki Haleva, Pınar Güzelyürek, *Devlet Kuramı*, (Der. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, s. 179.

düzenleyicisi demektir, ya da tersinden söylenecek olursa bir hükümdarın görevden çekilmesi siyasal iktidarın da sonlanması anlamına gelir. Ayrıca hükümdar ve yönettiği uyrukları arasında ortak bir amaç da yoktur. Machiavelli siyaseti kendi başına bir amaç olarak görüp onu tüm dış bağlarından kurtarsa da hükümdarın becerilerinin yanında “talihe” de sahip olması gerektiğini (*virtu+fortuna*) söylemesi bir belirsizlik işaretidir. Bununla beraber çok büyük bir öneme haiz olan *süreklilik* düşüncesine Floransalı düşünür henüz erişememiştir. Artık siyasi güç, kaynağını Tanrı’dan almamaktadır ancak siyasi-hukuki kavramsallaştırma içinde, meşruiyete ihtiyaç duymayan bir siyasi iktidardan bahsedilemez. Bu yüzden dinin etkinliğinin yitirilmesiyle boş kalan bu alana yeni bir kaynak, yeni bir meşruiyet bulmak gerecektir. Bu kaynağı bulan ve egemenlik kavramını süreklilik özelliğiyle siyaset yazınına katan kişi, Fransız hukukçu Jean Bodin olacaktır.

1.3.3. Jean Bodin

Bodin (1530-1596) devleti; birçok ailenin ve bu ailelere ortak olan şeylerin/ortak çıkarların egemen güç tarafından doğrulukla yönetilmesi olarak tanımlar. Ardından “doğrulukla” derken neyi kastettiğini açıklar. Ona göre doğruluk üzere yönetim, bir yasa uyarınca yönetimdir. Devleti de haydut ve korsan çetelerinden ayıran zaten bu özelliğidir. Her ne kadar bu çetelerde de bir düzen, kendi içlerinde dostça bir yaşam bulunuyor gibi görünse de bu, erdemli bir birliktelik değil suç ortaklığıdır. Adil bir yönetim olmadığı için burada bir devletten söz etmek olanaksızdır⁷⁸. Bodin, öncelikle *devlet* (République, Commonwealth) kavramıyla *egemenlik* (sovereignty, souveraineté) kavramını birbirinden ayırmıştır. Egemenlik yukarıda belirtilen diğer unsurlarla (aileler ve ortak olan şeyler) birlikte devleti oluşturan bir ögedir. Fransız hukukçu daha sonra da adaleti yani hakça yönetimi devletin temeline oturtmuştur.

Bodin’e göre egemenlik; bir devletteki mutlak ve sürekli güç olarak tanımlanır. Süreklilikten kastedilen egemenliğin bireylere bağlı olmadığı, onlardan bağımsız, mutlak ve sürekli devam eden bir güç olduğudur. Uyruklar üzerindeki bu sürekli güç, bir kişi veya kişilere geçici olarak verilir, bu kişiler egemen olmazlar,

⁷⁸ Jean Bodin, *Six Books Of The Commonwealth*, (Abridged and Translated by M. J. TOOLEY), Basil Blackwell, Oxford 1955, s. 1.

sadece egemenliği kullanan, bu g¼c¼n verdiği yetkiyle sınırlanmış kişilerdir. Bu ge¼ici s¼re bittiğinde egemenliği kullanan kişiler sıradan birer uyruk haline gelirler⁷⁹. Bodin egemenliğin, ge¼ici olarak y¼neten siyasi iktidarlardan bağımsız, ¼st¼n bir soyut ve s¼rekli g¼ç şeklinde algılanmasını sağlamıştır. Toplumdaki ¼eřitli unvanlar, makamlar, stat¼ler ve yetkiler, egemen tarafından bağışlanmış ge¼ici s¼re kullanılabilen ayrıcalıklardan daha fazlası değildir. Bu anlayış g¼n¼m¼z devlet sistemi işleyişini de a¼ıklar. Siyasi iktidarlar mutlak egemen değildirler, ge¼ici ve değişkendirler, yetkileri sınırlıdır, b¼rokratik makamlar da aynı şekilde kişiyle ¼zdeřleřmez, egemen g¼c¼ten aldığı yetkiyi, makamı kullanır. Bu makamdan herhangi bir şekilde ayrıldığında bu yetkilerinin hi¼ birini kullanamaz. ¼rneđin emekli bir h¼kim davalarda karar veremez, emekli bir general ordu y¼netemez, g¼rev s¼resi dolmuş bir bakanın bakanlıkta herhangi bir s¼z s¼yleme yetkisi kalmaz. ¼¼nk¼ artık “resmi” stat¼leri ortadan kalkmıştır, bir şeyin resmi olması demek o şeyin egemence verilmiş, bahşedilmiş bir yetki olduğu anlamına gelir. Yetkiler ancak egemen adına kullanılabilir, egemen en ¼st¼n g¼ç olduğu i¼in onun izni dışında hi¼ kimse bu g¼c¼ kullanamaz.

Egemenliğin mutlak olması demek yasa koyma yetkisinin sadece ve sadece egemene ait olması demektir. Egemen en ¼st¼n buyurma g¼c¼ne sahiptir ve uyruklarına hesap vermek zorunda değildir. O sadece Tanrı’ya hesap verir, bunun dışında yasa buyurmak i¼in uyruklarının onayına ihtiya¼ı yoktur. Bu y¼zden egemen ne kendi yaptığı yasalara, ne de kendinden ¼nce yapılmış yasalara uymak zorunda deđildir⁸⁰. Bodin yasa ve hukuk arasında ayrıma gider. Hukuk, adalet ve hakkaniyettir; oysa yasa, egemenin g¼c¼le donanmış buyruğudur. Bu y¼zden h¼k¼mdar herhangi bir kişi veya toplumun yapmış olduğu yasalara bağlı değildir, yasa devlete i¼kindir, pozitif bir anlamı vardır. Her egemen kendi yarasını yapar ve uygular. Yasanın kaynağı bizzat egemendir. Ancak burada tamamen keyfi bir y¼netimden bahsedilemez. ¼¼nk¼ Bodin i¼in, devleti devlet yapan hak¼a y¼netilmesi ve ailelerin ortak ¼ıkarlarının g¼zetilmesidir. Her ne kadar pozitif yasalar egemeni sınırlandıramasa da egemeni sınırlandıran başka yasalar vardır. Bu yasalar ¼ncelikle Tanrısal ve doğal yasalardır. Hi¼bir egemen g¼ç Tanrısal yasalardan ve doğal

⁷⁹ Bodin, s. 25.

⁸⁰ Bodin, s. 28.

yasalardan azade değildir, hepsi korku ve saygıyla bu yasalara boyun eğer. Bu yüzden egemenin yapacağı yasalar Tanrısal ve doğal yasalarla uyum içinde olmalıdır. Yani adaleti, barışı, özgürlüğü ve güvenliği gözetmelidir. Egemen ayrıca krallığın “temel yasalarıyla” da sınırlıdır. Buna göre Fransa kralı tahta geçişindeki ardıllık ilkesini değiştiremez, kamu topraklarını ve mülklerini başkasına devredemez ya da sahiplenemez. Meclisin onayını almadan vergi koyamaz. Buna ek olarak Bodin, özel mülkiyeti de ayrıcalıklı bir yere koyar. Ona göre egemen, ailelerin özel mülkiyeti üzerinde herhangi bir tasarruf hakkına sahip değildir⁸¹. Burada Bodin’in burjuva sınıfını gözettiği görülebilir.

Egemenin hem mutlak olması hem de sınırlandırılmış olması bir çelişkiye işaret ediyor gibi görünse de bu durum bazı yorumlarla aşılabılır. Bodin için egemenlik devletin temel unsurlarındadır ve devlet yapısına ters düşecek her şey aynı zamanda egemenliğe de ters düşer. Devletin amacı kamusal alanın adaletli yönetilmesi olduğundan egemen irade de bu amaca yönelik hareket etmek durumundadır. Bu sınırlamalar egemene dışarıdan dayatılmamış, tam tersine egemenliğe içkin sınırlamalardır. Bu sınırlamalara uyulmadığında ortada bir devlet kalmayabilir, devlet olmadan egemenliğin bir anlamı kalmaz. Doğal olarak bu sınırlamalar egemenlik kavramının içinde mündemiçtir. Ayrıca bu sınırlamalar pratik olarak egemeni herhangi bir seküler güç veya pozitif yasayla denetleyemez, egemen üzerinde yaptırım uygulatamaz. Bu yüzden bu yasalara uyup uymama egemenin vicdanına bırakılmıştır⁸². İlgili sınırlamalar, devletin bir düzen uyarınca yönetilmesi için getirilmiş ideal sınırlamalardır, bunun dışında herhangi bir gücün egemene yaptırım uygulaması anlamına gelmez. Egemen ne hâkim olduğu devlet içinde ne de diğer devletlerce yapılan hiçbir yasaya bağımlı değildir. Egemeni sınırlayacak herhangi bir pozitif yasadan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Egemenlik süreklilik arz eden bir güçtür ve “Kral öldü yaşasın (yeni) Kral” deyişi bu sürekliliği çok iyi açıklar. Krallar ölür ama Krallık yaşar, yani egemenliği kullananlar geçicidir ama egemenlik daimi ve süresizdir. Egemenliğin bir diğer önemli özelliği de onun bir, bölünemez ve devredilemez olmasıdır. Egemenlik bir

⁸¹ Mehmet Ali Ağaoğulları, “Jean Bodin: Egemenlikle Donatılan Devlet”, (Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları), *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, s. 410.

⁸² Ağaoğulları, s. 411.

kişiyeye, bir topluluğa veya halka ait olabilir ama egemenlik birdir ve asla egemenliğini başka güç odaklarıyla paylaşmaz. Devlette düzenin sağlanması için egemenliğin bir ve bölünemez olması çok önemlidir. Aksi takdirde ortada bir egemenlikten bahsedilemez, egemenliğin olmaması demek devletin olmaması demektir. Bu yüzden egemen, en üstün emretme gücüne sahip olan ve mutlak itaat edilen güçtür. Devredilmesi ve paylaşılması da söz konusu değildir. Her devlette tek bir egemen güç bulunur. Aksi takdirde yetki ve itaat karmaşası olur ki bu durumda devletin düzenli bir şekilde yönetilmesi söz konusu olamaz.

Sonuç olarak Bodin, egemenlik kavramını literatüre sokarak önemli bir boşluğu doldurmuştur. O, iktidarlardan bağımsız, sürekli, bir, bölünemez, devredilemez bir mutlak güç tanımlı yapmıştır. Bu sayede bir düzen ve bir kurum olarak soyut biçimde devleti düşünmemize yardımcı olmuştur. Egemenlik kavramı iktidarın ilkesi (auctocritas) ile onun kullanma biçimini (potestas) bir araya getirmiştir. Egemen kendi kendisinin kaynağıdır, meşruluğunu kendinden almıştır, herhangi bir aşkın güce bağımlı değildir. Bu anlamda aynı zamanda seküler bir iktidar ve devlet anlayışına uygun düşer. Devlet meşruluğunu Tanrı'dan değil kendinden alır. Yasaların kaynağı egemendir, yasalar egemenin buyruklarıdır, yasa yapma ve onu uygulama gücü yalnızca egemenindir. Burada pozitifleşmiş bir yasa tanımına ulaşılsa da Bodin, yine de bu yasaların Tanrısal ve doğal yasalara uygun olmasının gerekli olduğunu söyleyerek meşruiyet için ilahi bir kaynağa başvurmadan edemez. Ona göre prens Tanrı'nın yeryüzündeki yansımasıdır⁸³. Egemen kendi kendisinin meşruiyeti olsa da Bodin dolaylı yoldan Tanrı'ya da başvurur. Fakat burada egemenliğin ilkesiyle alakalı bir meşrulaştırma gereksinimi yoktur. Bodin bu ilkeyi egemene vermiştir ve bizzat devlet meşruluğun kendisi olmuştur. Burada gücün kullanımıyla alakalı bir meşrulaştırma söz konusudur ki aslında bir araçsallaştırma söz konusudur. Bodin tanrısallığa devletin oluşumundaki meşruluk düzleminde değil, yalnızca devlet iktidarının kullanımındaki meşruluk düzleminde yer vermiştir⁸⁴. Yani iktidarın ilkesi konusunda ilahi argümanlara başvurulmamış, ama kullanımı konusunda bir kılavuz olarak bu aşkın desteğe ihtiyaç duyulmuştur. Dolayısıyla egemenliğin seküler boyutu devam etmektedir ve ancak seküler bir

⁸³ Bodin, s. 36.

⁸⁴ Ağaoğulları, s. 414.

devlet anlayışında egemenliğin bir anlamı vardır. Buradan hareketle egemenlik şöyle tanımlanabilir: “Yalnızca kullanıldığı ölçüde var olan, ama ilkesi kullanma biçimlerinden bağımsızca süregiden bir güç tasarımı.”⁸⁵ Mairet tarafından yapılan bu tanım, kavramın anlaşılması açısından önemli ipuçları barındırır.

1.3.4. Thomas Hobbes

Thomas Hobbes (1588-1679) siyasal düşünceler tarihinde özel bir konumda bulunur. Devleti sistematik bir biçimde ele alan ve tam anlamıyla ilk defa siyaseti ve devleti seküler temellere oturtan kişidir. Kısacası Hobbes seküler modern devleti, eksikliklerini tamamlayarak tutarlı bir biçimde kuramsallaştırmıştır. Kuramının temelini insan doğasının kötü niteliği ve bunu doğa durumuna etkisi üzerinden kurar.

Hobbes’a göre bütün insanlar eşit yaratılmıştır. Hepsisi bedensel ve zihinsel bakımdan eşittirler. Ama eğer biri diğerlerine göre bedensel olarak daha güçlü bile olsa bu, tek başına üstünlük kurulması için yeterli değildir. Çünkü bedensel güç bakımından en zayıf olan kişi, ya gizli bir düzenle ya da kendisi gibi tehlike altında olan diğerleriyle ittifak yaparak en güçlüyü öldürme potansiyeline sahiptir. Ayrıca zihinsel yetenekleri bakımından da insanlar eşittir. Bu eşitlik Hobbes’a göre güvensizliğin temelidir. Çünkü yetenekler eşitse herkes amacına ulaşmada o denli eşit seviyede umutlu olacaktır. İki kişi aynı amaca ulaşmayı istediği takdirde, çıkar çatışması meydana gelir ve birbirlerine düşman olurlar. Bunun sonucunda -esasta varlıklarını korumak olan ama bazen de zevk için- amaçları uğruna birbirlerini yok etmeye veya birbirleri üzerinde egemenlik kurmaya çalışırlar. Bu durum ciddi bir güvensizlik ortamı oluşturur ve güvensizlikten savaş doğar. Hobbes insan doğasında üç çeşit kavga nedeni olduğunu ifade eder: Rekabet, güvensizlik ve şan ile şeref. Bunlardan her biri farklı sebeplerle de olsa savaşı tetikler. Devlet olmadıkça herkes herkesle daima savaş halindedir. Bu savaş hali süreklilik arz eder ve herkesin korkmadığı bir otorite olmadığı sürece devam eder. Güvensizlik ve korku ortamı tüm hayatı felç eder, insanlar yaşamlarının hiçbir evresini tam manasıyla idame ettiremezler. Sürekli şiddetli ölüm korkusu ve tehlikesi vardır; insan hayatı yalnız, yoksul, kötü, vahşi ve kısa sürer⁸⁶. Böyle bir ortamda adalete yer yoktur. Doğru,

⁸⁵ Mairet, s. 237.

⁸⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2018, s. 99-101.

yanlış, adil, adil olmayan kavramlarının hiçbir anlamı yoktur. Çünkü gücün olmadığı yerde yasa yoktur, yasanın olmadığı yerde de adaletsizlik vardır. İnsanlar böyle bir ortamda yaşamak istemezler. Ölüm korkusu, rahat bir hayat yaşamak ve çalışarak buna ulaşmak umudu insanları barışa yöneltir. Akıl, insanlara anlaşabilecekleri uygun barışın koşullarını gösterir⁸⁷. Fakat bu barış, insanların korktukları ve itaat ettikleri bir otorite olmadan sağlanamaz. Çünkü insanları ceza tehdidiyle korkutan, ahitlerini ifa etmeye zorlayan ve onları doğa yasalarına uymaya mecbur kılan bir güç olmazsa, insanlar o berbat savaş durumundan kurtulamazlar. Kılıcın zoru olmazsa ahitler basit sözlerden ibarettir. Kurulu bir iktidar yoksa veya bu iktidar güvenlik için yeterince büyük değilse herkes kendi güvenliğini korumak için diğer insanlar üzerinde egemenlik sağlamaya çalışacaktır. Bu yüzden bu düzeni sağlamanın tek yolu devletin kurulması ve egemenliği sağlamasıdır. Çünkü devletin amacı bireysel güvenliği sağlamaktır⁸⁸. Devlet bu güven ortamını sağlayamazsa ontolojik anlamını kaybetmiş olacaktır.

Hobbes devletin nasıl kurulacağı sorusuna gelir. Ona göre insanları birbirlerinden koruyacak ve kendi emekleriyle mutluluğa ulaşmalarını sağlayacak böylesine güçlü bir otorite kurmanın tek yolu; bütün kuvvet ve güçlerini, tek bir kişiye veya hepsinin iradesini onların çokluğu ile tek bir iradeye indirgeyen bir heyete devretmeleridir. Hobbes için bu, onay vermek veya rıza göstermekten çok daha öte bir şeydir. Doğa durumundaki yığınların, herkesin herkesle yaptığı ahit yoluyla tek bir kişilik halinde birleşmiş bir topluluk haline gelmesidir ve bunun sonucunda ortaya bir Devlet çıkar. Hobbes, toplum sözleşmesi teorisiyle doğal halde yaşayan başıboş insanları yığınlıktan kurtarıp devletin kurucu iradesi konumuna sokmuştur⁸⁹. Hobbes için bu devlet “Leviathan’dır ya da daha saygılı konuşmak gerekirse ölümlü Tanrı”. Her bir kimsenin ona verdiği yetkiyle, bir o kadar güçle ve kudretle donanmış olan devlet, insanları yurtda barış, yurtdışında da düşmanlara karşı yardımlaşma için birleştirmeye muktedir hale gelmiştir. Devletin özünün toplanmış olduğu bu kişi egemendir, egemenlik kudretine sahiptir, geri kalanlar ise uyruklardır, egemene itaat ederler⁹⁰. Böylece Hobbes devletin gerekliliğinin temelini oluşturmuş

⁸⁷ Hobbes, s. 103.

⁸⁸ Hobbes, s. 133.

⁸⁹ Hakyemez, s. 32.

⁹⁰ Hobbes, s. 136.

olur. Sıra devleti kurmaya gelmiştir: Bir insan topluluğu kendi arasında ahit yaparak, hepsinin birden kişiliğini temsil etmek, yani kendilerinin temsilcisi olma hakkını bir kişiye veya bir heyete devretme konusunda çoğunlukla anlaştığı vakit, devlet kurulmuş olur. Bundan böyle artık insanlar, yetkilendirdikleri egemenin bundan sonraki tüm eylem ve kararlarını kendi kararlarıymış gibi kabul edeceklerdir. Buraya kadar Hobbes devletin kuruluş temelini halkın rızası üzerine kurar. Halk kendi rızasıyla bu “Ejderhayı” yaratmıştır ve ona tüm yetkilerini vermiştir. Fakat devlet bir kez kurulduktan sonra artık uyrukların sözleşmelerine sadık kalmalarından başka seçenekleri yoktur. Uyruklar tekrardan yeni bir sözleşme hakkına sahip değildir. Bu yüzden uyruklar, egemen devletin içinde yeniden bir sözleşme yaparak yönetim şeklini değiştiremez, egemen kişinin yetkisini alıp başka bir kişiye veya heyete bu yetkiyi devredemezler. Egemen güçten vazgeçilemez ve egemene karşı gelinemez. Egemene karşı gelmek adaletsizliktir çünkü halkın çoğunluğunun rızası ile yetkilendirilmiştir. Egemenin eylemleri uyrukları tarafından eleştirilemez çünkü uyruklar egemenin kararlarının amilidir. Bunun sonucu olarak hiçbir uyruk egemeni hiçbir gerekçeyle ve hiçbir şekilde cezalandıramaz. Egemen tek karar merciidir, uyruklar için neyin gerekli ve iyi olduğuna karar verendir, savaş ve barış yapma, ordu kurma ve de yargılama hakkı sadece ona aittir. Bu haklar egemenliğin esasını oluşturur ve bölünemez, devredilemez. Çünkü devletin kuruluş amacı barış ve adalettir, eğer bu haklar egemenin tekelinde olmazsa devlet varlık amacını gerçekleştiremez⁹¹. Hobbes her ne kadar devletin temelini halkın rızasını koysa da, devletin temel gayesinin uyrukları arasında barışı sağlamak ve adaleti tesis etmek olduğunu söylese de devlete verdiği yetkiler bakımından sınırsız güç sahibi, sorgulanamaz bir egemen devlet sonucuna ulaşmıştır. Bu aşamada gözden kaçırılmaması gereken temel nokta, devletin kökenini tanrısal irade yerine toplum sözleşmesine dayandırmasının kuramının seküler niteliği ortaya çıkarmasıdır⁹². Egemenlik kavramının en temel özelliği bu noktada belirginleşir. Bu durum yasa yapma tekelinin ilahi bir güç yerine egemen iradede olmasında da kendini gösterir.

Hobbes’a göre tek yasakoyucu egemen güçtür, bu yüzden egemenden başka hiçbir güç yasa yapamaz veya yasaları tedavülden kaldıramaz. Egemen güç toplum

⁹¹ Hobbes, s. 137-144.

⁹² Hakyemez, s. 35.

yasalarına bağılı değildir. Çünkü yasayı yapan kendisidir ve hiç kimse istediğı zaman geçersiz sayabileceğı bir yasaya bağılı kılınamaz. Yasaların otoritesini sağılayan şey uzun süre yürürlükte olması veya başka türlü sebepler değildir. Yasalar egemen rıza gösterdiği ölçüde ve sürede geçerlidir. Bir yasayı geçerli yapan arkasında egemen gücün rızasının ve kudretinin olmasından başka bir şey değildir⁹³. Bodin'de olduğu gibi yasanın kaynağı egemen güçtür ki zaten egemenliğin en önemli belirtilerinden birisi de yasa koyma tekeline sahip olmasıdır.

Hobbes siyaset kuramını oluştururken tanrısallıktan arındırılmış bir tabiat anlayışı geliştirmiştir. Tabiat demek tutku ve güç demektir. Şiddet ve ölümün hüküm sürdüğü bu tabiatta devlet bir zorunluluk olarak ortaya çıkar. Devlet, insanların yapay bir yaratısıdır, meşruluğunu seküler tabiatın alan tamamen tanrısallıktan azade bir yaratıdır. Seküler güç ideolojisine ulaşmak için Hobbes, tabiatı devreye sokar. Antik ve Ortaçağ düşünürleri sivil yasaları tabiat yasaların bir parçası sayarken, Hobbes bunun tersini savunur. Çünkü tabii halde adalet ve eşitlik gibi tabiat yasaları gerçek anlamda bir yasa değildirler. Ancak devlet kurulduktan sonra gerçek birer yasa haline gelirler. Bu yüzden tabiat yasalarının önkoşulu sivil yasalardır⁹⁴. Hobbes'un bir diğer özgünlüğü de halkı veya toplumu kuramının temel parçalarından biri yapmasıdır. Devlet meşruiyetini Tanrı'dan değil toplumdan alır ve egemen güç toplumun temsilcisidir, dolayısıyla egemenliğin kaynağı toplumsal sözleşmedir. Hobbes, siyaset felsefesini metafizikten ve teolojiden kurtarmış, insanı temel olarak ve insanın doğasından yola çıkarak devlet düşüncesine ulaşmıştır.

Machiavelli, Bodin ve Hobbes tarafından kuramsallaştırılan egemenlik düşüncesi klasik egemenlik anlayışı olarak kabul edilir. Bu anlayışa göre egemenlik bölünmez, mutlak, sınırlanamaz ve devredilemezdir. Egemen irade devlet içerisindeki en üstün güçtür ve yasa yapma tekeline sahiptir. Bunun yanında kendi iradesini sınırlayacak hiçbir yasa kabul etmez. Mutlak monarşilere uygun olan klasik egemenlik anlayışı daha sonra demokratik boyutlara çekilmek üzere sınırlanmaya başlanmıştır. Klasik egemenlik anlayışından sınırlı egemenlik anlayışına geçiş sürecinde halk egemenliği teorisini ortaya atarak önemli bir köprü oluşturan düşünür ise Rousseau olmuştur.

⁹³ Hobbes, s. 201.

⁹⁴ Mairet, s. 240.

1.3.5. Jean-Jacques Rousseau

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) birçok yönüyle orijinal bir düşünür olarak kabul edilir. Aydınlanma çağının ilerleme fikrine muhalif açıklama getirebilen düşünürlerden birisidir. *Sanatlar ve Bilimler Üzerine Risale* adlı eserinde Aydınlanma'ya egemen olan genel ilerlemeci ve optimist tavrın aksine bilim ve sanatlardaki, kısaca medeniyetteki gelişmelerin, tabiatında iyi olan insanı bozduğu iddiasını ortaya atmıştır. İnsanın ahlaki yönden gelişimiyle bilim ve sanatlardaki gelişiminin ters orantılı bir şekilde ilerlediğini öne süren Rousseau'ya göre medeniyet, insanları sadece ahlaki yönden bozmaz, aynı zamanda insanlar arasındaki eşitsizliği de ortaya çıkarır⁹⁵. Hobbes'un kuramındaki doğa durumu hatırlanacak olursa Rousseau'daki doğa durumuyla arasındaki zıtlık hemen fark edilebilir.

Rousseau'dan önce egemenlik büyük oranda monarşilere özgü bir kralda tasavvur edilmiştir. Kral, egemenliğin kaynağı ve doğrudan uygulayıcısıdır. Fakat Fransız düşünür egemenliğin sahibinin bir kişi değil halkın bütünü olduğunu söyler. Günümüz devletlerinin meşruiyet aracı olarak en çok kullandığı halk egemenliği kavramı, Rousseau'nun büyük katkılarıyla ortaya çıkmıştır. Rousseau da diğer düşünürler gibi toplumsal rıza, güvenlik, hak ve ortak çıkar kavramlarına önem vermiştir. Ona göre eğer insanlar bir kişinin boyunduruğu altına girmişlerse orada bir ulusla başkanı değil, bir efendi ve köleleri var demektir. Böyle bir durumda kamusal yarardan ve politik bir bütünden bahsedilemez. Yönetici kişi yönettiklerinden her zaman farklı bir kişidir ve bu durum çıkar çatışmasına sebep olacaktır. Çünkü ortak çıkardan farklı olan çıkar, her zaman özel çıkardır. Bu noktada politik bütün kavramı çok önemli bir yere sahiptir. Rousseau'ya göre bir ulusun kendisine kral seçmesini sağlayan işlemlerden ziyade öncelikle bir ulusu ulus yapan işlemin ne olduğunun ortaya konulması gerekir. Asıl olan ulustur, toplumun gerçek temelidir, diğer işlemler daha sonra gelir⁹⁶. Öncelikle ulusal homojenlik sağlanmalıdır, ancak bu bilinç sağlandıktan sonra diğer siyasal organizasyonlar devreye girmelidir.

Rousseau'ya göre bir toplumun üyelerinden her birinin canını, malını bütün ortak güçle savunan öyle bir toplum biçimi bulunmalıdır ki, orada her insan herkesle

⁹⁵ Ahmet Çiğdem, *Aydınlanma Düşüncesi*, İletişim Yayınları, İstanbul 2013, s. 47.

⁹⁶ Jean-Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, Çev. Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2012, s. 13.

birleştigi halde yine kendi buyruğunda kalsın, hem de eskisi kadar özgür olsun. Böyle bir toplum biçimini bulabilmenin tek yolu bir sözleşmenin yapılmasıdır. Toplum sözleşmesiyle beraber toplumun üyelerinden her biri, bütün haklarıyla beraber kendini bütünüyle topluma bağlar; çünkü bir kez her kişi kendini tümüyle topluma verdiğinden, durum herkes için aynı olacaktır, böylece çıkarlar da zararlar da herkes için ortak olacaktır. Bu bağlanma kayıtsız şartsız olduğu için birlik olabildiğince eksiksiz ve tamdır. Kendini topluma bağlayan kişi, hiç kimseye bağlanmamış olur, çünkü hiç kimse üzerinde ayrıcalıklı hakka sahip hiçbir üye yoktur⁹⁷. Bu birlik sözleşmesi, sözleşmeye katılanların teker teker kişiliklerinin toplamından daha fazlasını ifade eder. Artık soyut ve tüzel bir kişilikten, bir politik birlikten bahsedilmektedir ve politik birlik aynı zamanda egemen güçtür. Böylece halk egemenliği kuramına ulaşılmış olur.

Halk egemenliği fikrinin anlaşılmasında kilit bir öneme sahip olan kavram “genel irade” kavramıdır. Rousseau, sözleşmeyle yaratılan politik birliğin bireylerden kaynaklanmasına karşın, onların toplamından farklı bir şey, onları aşan "tüzel ve kolektif bir bütün" olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda aynı kurgusal işlemin bir yarattığı olan genel irade de bireysel iradelerden kaynaklanmakta, ama bu iradelerden (ve bu iradelerin toplamından) ayrı ve üstün, bütüncül bir irade olarak ortaya çıkmaktadır. Genel iradenin birçok özelliği vardır: Genel irade hiçbir zaman değişmez, bozulmaz ve saflığını yitirmez. Genel irade her zaman doğrudur, kamusal yarara yöneliktir ve yok edilemez. Genel irade Akıl ile donanmış ya da Akıl ile yönetilen bir iradedir. Daha açıkçası, genel irade, mutlak akıl ile bağlantılı olduğu içindir ki hep aynı kalır, hiçbir zaman yanılmaz⁹⁸. Kişisel çıkarların üzerinde ortak yararı gözetir, bu yüzden de ahlakidir. Genel irade kavramıyla bağlantılı olarak Rousseau, halk ve yurttaş kavramları arasında bir ayrıma gider:

“Toplum sözleşmesiyle kurulan sisteme üyeleri, edilgin olduğunda devlet, etkin olduğunda egemen, diğer devletler karşısında da egemenlik diyor. Üyelere gelince bir birlik olarak halk, egemen otoritenin birer üyesi olarak yurttaş, devletin yasalarına boyun eğen kişiler olarak da uyruk adını alırlar.”⁹⁹

⁹⁷ Rousseau, s. 14.

⁹⁸ Mehmet Ali Ağaoğulları, *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2010, s. 89.

⁹⁹ Rousseau, s. 15.

Egemen otoriteye yani genel iradeye katılan yurttaş soyut bir anlam ifade eder, bir bilinç ve akli temsil eder. Özel irade insanı karşılarken genel irade yurttaşla özdeşleşmiştir. Bu bağlamda egemenlik yurttaşların genel iradesini temsil eder, egemenlik halkındır, ama genel iradeyi oluşturan halkın, özel çıkarlar için bir araya gelmiş bir topluluğun değil. Egemen varlık, kendini kurmuş olan kişilerden oluştuğu için bu kişilerin çıkarlarına aykırı hiçbir eylemde bulunamaz. İnsanların insan olmalarından dolayı özel istençleri olabilir ama bu istençler asla genel iradeye aykırı olmamalıdır. Eğer böyle bir şey söz konusu olursa bu, sözleşmenin temeline terstir ve mümkün değildir. Genel iradeye itaat, uyrukluk görevinin yerine getirilmesidir ve ancak bu görevi yerine getirenler yurttaşlık haklarından faydalanmalıdır¹⁰⁰. Genel iradeye itaat etmeyenler zaten yurttaşlık bilincine sahip olamamışlar demektir.

Rousseau egemenliğin halka ait olduğunu belirtir. Ona göre sadece genel irade, devletin güçlerini devletin kuruluş amacına yani herkesin iyiliğine uygun şekilde yönetebilir. Yani egemenlik genel iradenin uygulanması anlamına gelir. Bu yüzden egemenlik halk oyunun yürütülmesinden başka bir şey olmadığı için asla devredilemez, bir başkasına geçirilemez. Egemenlik devredilirse halk yok olacak demektir, halk yoksa devlet de yoktur. Yine buna bağlı olarak egemenlik bölünemez, çünkü ya geneldir ya da değildir, ya tüm halkın genel iradesidir, ya da bir bölümünün. Bunun başka alternatifi olmadığı için egemenlik asla bölünemezdir, aksi takdirde herhangi bir “genellikten” ve “ortaklıktan” bahsedilemez demektir¹⁰¹. Egemenlik bir kere parçalanırsa genel irade, genel iradeler olacaktır ki bu da mümkün değildir. Genel iradenin karşısında başka genel iradeler değil, özel iradeler vardır.

Rousseau’ya göre egemen varlık ancak yasalarla iş görür, çünkü elinde yasama gücü vardır. Bütün halkın bir araya gelmesiyle egemen güç kullanılabilir. Doğrudan demokrasiyi gerçek halk egemenliği olarak tanımlayan Rousseau’ya göre egemenlik temsil edilemez, çünkü genel iradeye dayanır ve bu irade ne olursa olsun temsil edilemez. Bu yüzden halkın onamadığı hiçbir yasa geçerli değildir, milletvekilleri temsilci değil sadece geçici işlerin görevlileridir ve hiçbir zaman kesin bir karara varamazlar. Ancak Rousseau, yasama alanında taviz vermezken yürütme

¹⁰⁰ Rousseau, s. 17.

¹⁰¹ Rousseau, s. 23-24.

alanında temsilin olması gerektiğini söyler¹⁰². Egemen varlığın hükümdara veya hükümete verdiği hak politik bütünü yaşatmak ve yürütmekten ibarettir, egemenlik yetkisinin devredilmesi değildir. Yürütme işini elinde tutanlar halkın efendileri değil görevlileridir.

Halkın veya ulusun egemenliği kuramı, günümüz dünyasında devletlerin dayandığı temel meşruiyet kaynağı olmayı sürdürmektedir. Bu, aynı zamanda oldukça kullanışlı bir teoridir, çünkü siyasal iktidarlar için eylemlerini savunmada adeta bir kalkan görevi görür. Peki, ulusal egemenlik denilen şey aslında nedir? Genel irade denilen şeyin herhangi bir karşılığı var mıdır? Burada Fransız pozitivist ekolden kamu hukuku uzmanı Léon Duguit'ye başvurulması gerekir. Duguit öncelikle devletin ve ulusun kişileştirilmesini kabul etmez. Ona göre tüm üyelerinin ortak kavgası, ortak acısı, ortak amacı olduğu ve üyelerinin hepsinin toplamından daha fazlası olan, ayrı bir kişiliğe sahip bir ulus düşüncesinden bahsedilemez. Ayrı bir kişilik olarak ulusun, pozitif bilim açısından kanıtlanabilecek hiçbir yönü yoktur. Aynı şey Rousseau tarafından kavramsallaştırılan genel irade kavramı için de geçerlidir. Sözleşmeye katılanların teker teker kişiliklerinin toplamından daha fazlasını ifade eden, soyut ve tüzel bir kişilik, bir politik birlik ve bir ortak akıl olarak görülen genel irade aslında hiçbir anlam ifade etmez. Milyonlarca bireysel iradenin dışında, onlardan ayrı ve onlardan üstün, tek ve toplu bir genel iradenin varlığından söz edilemez. Çünkü genel irade denen şeyin mahiyetinin ve egemenliğin niçin sahibi olduğunun açıklaması yapılamaz. Niçin ulus bireyden daha üstündür? Kişileştirilmiş ulus teorisi genellikle bir çoğunluk ve azınlık aracılığıyla dile gelir. Doğal olarak çoğunluk azınlığa kendini kabul ettirir. Peki, bunun sebebi nedir ya da azınlığın çoğunla itaat etmesinin gerekliliği nasıl açıklanabilir? Fransız hukukçunun cevabı bunun bir açıklamasının olmadığıdır¹⁰³. Duguit'ye göre Tanrısal hak öğretisi bu durumu açıklamada ulusal egemenlikten daha tutarlıdır. Çünkü ulusun egemenliği düşüncesi aslında bir dogmadır ve ona inanılması için hiçbir bilimsel gerekçe yoktur. Bu yüzden tanrısal öğretiler gibi, dini bir gerçeklik ve inanç kuralıyla aynı konumdadır. Ulusal egemenlik bir nevi seküler tanrısalıktır. 1789'da yöneticilerin gücünün ardına konulan şey yine bir metafizik bütün olarak ulusun egemenliğiydi

¹⁰² Rousseau, s. 91.

¹⁰³ Léon Duguit, "Egemenlik ve Özgürlük", Çev. Didem Köse, Sedef Koç, *Devlet Kuramı*, (Der. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, s. 394.

diyor Duguit¹⁰⁴. Realist akımın da temsilcisi olan Fransız hukukçu için, ulusal egemenlik anlayışı sadece bir mitostur, insanlar her zaman iktidarların arkasında daha yüce ve kutsal bir güç araya gelmişlerdir. Halkın egemen olması mitosu da bu kutsal gücün sadece isim değiştirmiş halidir. Duguit için hepsi aynı düşünce ve inanç sisteminin ürünüdür. Tüm bu eleştirilere rağmen Rousseau, çoğunluğun mutlak üstünlüğüne dayalı olsa da mutlak egemenlik anlayışından sınırlı egemenlik anlayışına geçiş sürecinde egemenlik kavramına demokratik bir nitelik kazandırmış olmasıyla ön plana çıkmaktadır¹⁰⁵. Bu sayede egemenlik anlayışı, klasik mutlak ve sınırlanamaz niteliklerinden ziyade daha sınırlı ve demokratik bir şekilde tanımlanmaya başlanacaktır.

1.3.6. Klasik Egemenlik Anlayışından Sınırlı Egemenlik Anlayışına Geçiş

Teorik düzeyde Bodin, Hobbes ve Rousseau tarafından geliştirilip yetkinleştirilen klasik egemenlik anlayışı, mutlak ve sınırsız olması bakımından önemli eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştiriler klasik egemenlik anlayışının sınırlandırılmasını ve yönetilen sınıfın egemen devlet karşısındaki hak ve özgürlüklerinin dikkate alınmasını sağlamıştır. Rousseau egemenliğin halka ait olduğunu kuramsallaştırırsa ve egemen iradenin sınırlandırılması konusunda önemli bir adım atsa da sınırlı bir egemenlik anlayışından ziyade klasik egemenlik anlayışı içinden konuşmaktadır. Fakat özellikle XVII. ve XIX. yüzyıllar arasında ortaya çıkan doğal hak düşüncesi, hukuk devleti ilkesi, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve XX. yüzyılda daha etkin olmaya başlayan uluslararası kurum ve kuruluşlar, klasik egemenlik anlayışını sınırlamış ve günümüz sınırlı egemenlik anlayışının şekillenmesini sağlamıştır.

Devletin yönetilenler üzerindeki hükmetme yetkisinin, bireylerin doğuştan sahip oldukları vazgeçilemez haklarla sınırlı olduğu, başka bir deyişle egemenliğin kullanımının doğal hakların alanına giremeyeceği düşüncesini John Locke'a kadar götürmek mümkündür. Locke doğa durumundan siyasal iktidara geçişte yetki devrinin; bireyin kendilerini koruma hakkının kısmen, suçluları cezalandırma yetkilerinin ise tamamen devlete aktarılmasıyla sınırlı olduğunu savunur. İnsanın

¹⁰⁴ Duguit, s. 395.

¹⁰⁵ Hakyemez, s. 40.

doğuştan sahip olduğu doğal hakları bu yetki devrinin dışında kalmalıdır. Bireyler doğa durumunda olduğu gibi siyasal toplumda da doğal hakları konusunda dokunulmazlığına sahiptirler¹⁰⁶. Egemen iradenin meşruiyeti doğal haklara saygı göstermesi ve onları ihlal etmemesi şartıyla kabul edilebilirdir. Birey haklarının devlete karşı korunması gerektiğini savunan görüşler günümüze kadar ciddi gelişme göstermiş ve ‘demokratik hukuk devleti’, siyasal iktidarların meşruiyetinin neredeyse tek ölçütü haline gelmiştir. Egemen iradenin doğal hakları ihlal edip etmediğinin denetlenmesi yine hukuk yoluyla olmalıdır. Devletin de bireyler gibi hukuka itaat etmesi gerektiğini savunan hukuk devleti ilkesi, doğal hak doktrininin bir devamı olarak ortaya çıkmaktadır.

Hukuk devleti ilkesinin temel vurgu noktası hukukun sadece yönetilenlerin uymak zorunda olduğu bir düzlemden çıkarılıp yönetenlerin de uymak zorunda olduğu bir konuma yerleştirilmesidir. Devlet, egemenlik yetkilerini kullanırken klasik egemenlik anlayışının aksine hukuk kuralları çerçevesinde hareket etmek zorundadır ve devletin tüm iradi işlemleri yargı denetimine tabiidir¹⁰⁷. Bu şekilde bireysel özgürlükler korunmuş olmakta, yönetilenler yöneticilere karşı haklarını savunabilmektedir. Egemen irade keyfi olarak hareket edememekte, hukuk tarafından sınırlanmaktadır. Egemen irade anayasaya uymak zorundadır ancak yapılan anayasanın da bireyin hak ve özgürlüklerine gereken güvenceyi sağlamış olması gerekir. Dolayısıyla yasayı yapan iradenin kim olduğu mühim olan esas meseledir. Egemenliğin halka ait olması, yasa yapma yetkisine sadece halkın sahip olduğunu ifade etmesi bakımından önemlidir. İnsanlar kendi yaptıkları yasalara itaat etmekte zorluk çekmezler ve aynı zamanda yöneticilerin uyması gereken yasaları da belirleme yetkisine sahiptirler. Bu şekilde yönetilen sınıfa karşı egemen irade, hukuk tarafından sınırlandırılmış olmaktadır. Hukuk, devletin iradi işlemlerine karşı bireylere koruma, güvence, iktidarın keyfiliğinden uzak bir yaşam ve öngörülebilir bir yöneten-yönetilen ilişkisi sunar. Klasik egemenlik anlayışının mutlaklığı böylelikle hukuk devleti ilkesi tarafından sınırlandırılmış olmaktadır.

Doğal haklar ve hukuk devleti ilkelerinin yanında ilk kez Montesquieu tarafından ortaya atılan ve Locke’un da benimsediği kuvvetler ayrılığı ilkesi de,

¹⁰⁶ Beriş, s. 134.

¹⁰⁷ Hakyemez, s. 106.

siyasal iktidarın sınırsızlığına ve mutlaklığına karşı bireylerin devlet karşısında daha güvenli bir pozisyonda olmasını amaçlar. Bu ilke, mutlak monarşinin doğurabileceği sakıncaları, devletin fonksiyonlarını birbirinden ayırıp kullanımlarını farklı organlara vererek engellemeye çalışır¹⁰⁸. Feodalitenin parçalı siyasal yapısına cevap olarak geliştirilen “bölünmez” egemenlik anlayışı, mutlak monarşinin elinde baskı aracına dönüşmüştür. Bu durumun yarattığı problemler demokratik yönetim anlayışına geçiş aşamasında kuvvetler ayrılığı ilkesiyle çözülmeye çalışılmıştır. Bu ilkeye göre devletin hiçbir organı tek başına egemenlik sahibi değildir ve her biri diğerini denetleme ve dengeleme pozisyonundadır. Bundan böyle egemen gibi davranabilecek tek bir devlet organı yoktur. Egemenin yetkilerinin bölünmesi her alanda farklı bir yetki sahibi organın bulunmasını öngörür. Parlamentolar anayasaya aykırı kanun yapamazlar, yargı organı bağımsızdır ve sadece anayasaya göre hareket eder. Yürütme organı aynı şekilde parlamento ve hukukun denetimine tabidir. Bu bölünmüşlük devletin faaliyetlerini icrası noktasında kimi zafiyetler taşıyor olmakla eleştirilse de kuvvetler ayrılığı ilkesi sayesinde devlet karşısında bireylerin özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

İç egemenlikle alakalı sınırlamaların yanında devletlerin dış egemenlikleri de belirli zorunluluklar kapsamında sınırlandırılmak zorunda kalmıştır. Özellikle teknoloji ve iletişim araçlarının gelişmesiyle ortaya çıkan küreselleşme, uluslararası işbirliği ve karşılıklı bağımlılık gibi etkenler devletlerin egemenliğinin uluslararası alanda da kısıtlanmaya başladığını gösterir. Küreselleşmeyle birlikte insan hakları düşüncesi evrensel bir nitelik kazanmış ve dünya kamuoyunu ilgilendiren ortak bir mesele haline gelmiştir. İletişim araçlarının ve ülkeler arasındaki irtibatların gelişmesiyle birlikte, ülkeler tarafından yapılan hak ihlalleri hızlı bir şekilde dünya kamuoyu tarafından duyulmaktadır. Dış egemenlik gereği devletlerin egemen oldukları alan içerisindeki mutlak hâkimiyeti ve diğer devletlerin bu alana müdahil olamayacağı anlayışı, insani müdahaleler gerekçesiyle aşınmaya başlamıştır¹⁰⁹. Buna ek olarak kurulan Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği gibi uluslararası örgütler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası mahkemeler devletlerin egemenliğini kısıtlayan organizasyonlar olarak artış göstermiştir. Tüm bu etkenler

¹⁰⁸ Hakyemez, s. 104.

¹⁰⁹ Hakyemez, s. 121.

devletlerin sadece iç egemenlik boyutunda değil dış egemenlik boyutunda da klasik egemenlik anlayışından uzaklaşıp sınırlı egemenlik anlayışına geçmiş olduğunu göstermek için yeterlidir.

Egemenlik kavramının gelişiminin ve geçirmiş olduğu dönüşümün ardından XX. yüzyıl düşünürleri tarafından nasıl ele alındığı önemli bir meseledir. Çünkü XX. yüzyılda iki dünya savaşı yaşanmış ve bu savaşların etkisi entelektüel düzeyde de azımsanmayacak boyutlara ulaşmıştır. Bu bağlamda konuya, XX. yüzyılın iki önemli hukuk ve siyaset felsefecisinin -Carl Schmitt ve Hans Kelsen- egemenlik kavramını nasıl değerlendirdiği incelenerek devam edilecektir. Schmitt ve Kelsen aynı dönemin düşünürleridir ve aynı soru ve sorunlara cevap aramışlardır. Ancak aynı soru ve sorunlara verilen bu cevaplar zıt cephelerde konumlanmıştır. Schmitt, egemenlik kavramını devletin ve hukukun üstünde yeniden konumlandırmaya çalışırken; Kelsen, egemenliği hukukun emrine vererek, kavramı anayasal sistemin içinde eritmeye çalışmıştır.

II. BÖLÜM

HANS KELSEN VE EGEMENLİK ANLAYIŞI

Kelsen 11 Ekim 1881 yılında Prag'da doğmuştur. 1883 yılında Viyana'ya taşındıktan sonra Protestan ilkokuluna başlar ve devlet ilkokuluna devam eder. Askerliğini yapmasının ardından 1901 yılında Viyana Üniversitesi'nde hukuk öğrenimine başlar. 1905 yılında ilk kitabı olan *Die Staatskhre des Dante Alighi (Dante'nin Siyasal Felsefesi)* yayımlanır. Kamu hukuku kuramları alanındaki sorunlara yoğunlaşır ve 1906 yılında doktora derecesi alır. Sadece hukukla değil, öğrenme tutkusu onu aynı zamanda felsefe, edebiyat, mantık ve hatta matematik ve doğa bilimleri ile ilgilenmeye de sevk eder. Bu konulardaki araştırmaları onun hayatının geri kalanında oluşturacağı kuramları açısından önemli bir alt yapı sağlar. Bir kamu hukuku otoritesi olan George Jellinek liderliğindeki Heidelberg'de araştırmalarını sürdürür. 1911 yılında 700 sayfalık kamu hukuku alanındaki kapsamlı çalışması olan *Hauptprobleme der Staatsrechtsk'ı (Kamu Hukuku Kuramında Temel Meseleler)* yayımlar ve Viyana Üniversitesi'nde kamu hukuku ve hukuk felsefesi alanında dersler vermeye başlar¹¹⁰.

1914 yılında üç ciltlik *Austrian Journal of Public Law (Avusturya Kamu Hukuku Dergisi)* dergisini kurar. Birinci Dünya Savaşı'nda askere çağrılır ve savaş bitene kadar Viyana'da Savaş Bakanlığı'nda çalışır. 1918'de işine döner ve Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde doçent olur. Aynı yıl Kamu ve İdare Hukuku alanında aynı üniversitede profesör olur. Sonraki on yıl boyunca araştırma ve öğretim faaliyetlerini artırır. Hepsi önemli hukuk teorisyenleri olan ve Viyana Okulu'nu şekillendiren Adolf Merkl, Alfred Verdross, Felix Kaufmann, Fritz Sander, Erich Voegelin, Alf Ross, Charles FJsenmann, Luis Legaz Lacambra ve Franz Weyr gibi birçok öğrenci yetiştirir. Otto Bauer, Max Adler, Joseph Schumpeter ve Ludwig von Mises gibi dönemin tanınmış bilim adamlarıyla da iletişim kurar. Sosyal demokratlara yakın olsa da politik olarak tarafsız kalmayı tercih eder.

¹¹⁰ Nicoletta Bersier Ladavac, "Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography", *European Journal of International Law*, 9 (1998), s. 391.

Kendisine 1918 yılında Şansölye Karl Renner'in emriyle yeni Avusturya anayasasını hazırlama görevi verilir. 1919'da *Journal of Public Law (Kamu Hukuku Dergisi)* dergisini kurar ve editörlüğü yapar. 1920 yılında *Das Problem Der Souveränität Und Die Theorie Des Völkerrechts (Egemenlik Sorunu Ve Uluslararası Hukuk Teorisi)* eserini yayımlar. Aynı yıl Kelsen'in, hazırlanmasında büyük katkısı olduğu Avusturya Federal Anayasası kabul edilir ve 1921 yılında Anayasa Mahkemesi'ne üye olarak atanır. Ancak 1930 yılında politik sebeplerle bu görevine son verilir.

Artan baskılar üzerine Kelsen, Köln Üniversitesi'ne geçer ve burada uluslararası hukuk üzerine dersler verir. 1931 yılında Carl Schmitt'in başlattığı tartışmaya cevap olarak *Wer soil der Hitter der Verfassung sein? (Anayasanın Koruyucusu Kim Olacak?)* makalesini yayımlar. Lahey Konferansları'nda ve Uluslararası Hukuk Akademisi'nde dersler verir. 1932-33 yılları arasında Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde dekan olarak görev yapar.

1933 yılında Nazilerin iktidara gelmesiyle Kelsen için yeni problemler baş gösterir. Yahudi soyundan geldiği için üniversitedeki görevinden ayrılmak zorunda kalır ve eşi ve iki çocuğuyla birlikte Cenevre'ye gitmek üzere Almanya'yı terk eder. 1933 yılında Cenevre Uluslararası Hukuk Çalışmaları Enstitüsü'nde yeni akademik hayatına başlar. Cenevre'de Georges Scelle, William Rappard, Paul Mantoux, Maurice Bourquin, Guglielmo Ferrero, Paul Guggenheim ve Hans Wehberg gibi önemli kişilerle tanışır ve birlikte çalışır. Bu dönemde ilgisini uluslararası hukuka yöneltir¹¹¹.

1934 yılında en önemli eserlerinden biri olan *Reine Rechtslehre (Türkçeye Çevrilmiştir: Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş)* yayımlanır. 1936 yılında Utrecht Üniversitesi tarafından fahri doktora unvanı verilir; Cenevre'deki görevinin yanı sıra Prag Charles Üniversitesi'nin öğretim üyeliği teklifini de kabul eder ve Harvard Üniversitesi Kelsen'e fahri doktora unvanı verir. Fakat anti-Semitik saldırılar ve siyasal baskılar sonucu Prag'daki akademik hayatı da sonlanır. Bunun üzerine İkinci Dünya Savaşı'nın başlamasının da etkisiyle 1940 yılında Cenevre'den ve de Avrupa'dan ayrılarak Amerika'ya gider.

¹¹¹ Ladavac, s. 392.

Harvard Law School'da çalışmaya başlar. Burada Oliver Wendell Holmes Konferansları çerçevesinde bir dizi konferans verir. Konferanslar 1942'de *Law and Peace in International Relations (Uluslararası İlişkilerde Hukuk ve Barış)* başlığıyla yayımlanır. Kaliforniya Üniversitesi Siyaset Bilimi bölümünde misafir öğretim üyesi olarak çalıştıktan sonra 1944'te *Peace Through Law'u (Hukuk Aracılığıyla Barış)*, 1945'te ise *General Theory of Law and State'i (Hukukun ve Devletin Genel Kuramı)* yayımlar. 1945-1952 yılları arasında Kaliforniya Üniversitesi Siyaset Bilimi bölümünde profesör olarak görev yapar ve Amerikan vatandaşlığına geçer. 1945 yılında Washington'daki Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu'na yasal danışman olur¹¹².

Kelsen bu dönem boyunca özellikle Birleşmiş Milletler Andlaşması bağlamında uluslararası işbirliği ve barışın korunması gibi konular üzerinde yazmaya başlar. 1950 yılında hacimli bir çalışma olan *Law of the United Nations'ı (Birleşmiş Milletler Hukuku)* yayımlar. 1952'de *Principles of International Law'u (Uluslararası Hukukun İlkeleri)* yayımlar. 1952-1953 yıllarında Cenevre'de, Uluslararası Hukuk Çalışmaları Lisansüstü Enstitüsü'de misafir öğretim üyesi olarak bulunur ve 1953 yılında Uluslararası Hukuk Akademisi'nde Lahey Konferansları'nın üçüncü serisini verir. 1960 yılında *Reine Rechtslehre (Saf Hukuk Kuramı)* eserini genişleterek ikinci baskısını yapar. Bu yıllarda akademik dünyanın farklı köşelerinden sayısız ödül alır ve on bir üniversiteden (Utrecht, Harvard, Chicago, Meksika, Berkeley, Salamanka, Berlin, Viyana, New York, Paris, Salzburg) fahri doktora ünvanına layık görülür.

19 Nisan 1973 yılında Hans Kelsen, Berkeley'de, ardında neredeyse 400 çalışma bırakarak 92 yaşında hayata veda eder. Çalışmaları 24 farklı dile çevrilmiştir ve 1971 yılında Avusturya Hükümeti tarafından, Kelsen 90. yaşına girmişken "Hans Kelsen Enstitüsü" kurulmuştur. Böylesine zorlu bir hayata rağmen bu kadar üretken bir düşünür olabilen Kelsen'in etkisi, başta hukuk felsefesi, hukuk kuramları ve hukuk teorisi olmak üzere birçok bilimsel disiplin alanında devam etmektedir¹¹³.

¹¹² Ladavac, s. 393.

¹¹³ Ladavac, s. 394.

2.1. Hans Kelsen ve Saf Hukuk Kuramı

Hukuku bir bilim olarak ele almayı amaçlayan Kelsen'in 'Saf Hukuk Kuramı'¹¹⁴; başlı başına pozitif hukukun kuramı olma iddiasındadır, herhangi bir hukuk sisteminin kuramı değildir. Belirli bir ulusal ya da uluslararası hukuk normlarının yorumu değildir, genel hukuk kuramıdır. Bu kuram sadece kendi nesnesini bilmeyi amaçlar, hukukun ne olduğu ve nasıl yapıldığı sorularıyla ilgilenir, hukukun ne olması gerektiği veya nasıl olması gerektiği sorularıyla değil. Bu anlamda 'Saf Hukuk Kuramı' bir hukuk bilimidir, hukuk politikası değildir¹¹⁵. Kelsen'in kuramındaki "saf" olma iddiası; hukukun sosyoloji, psikoloji, siyaset gibi diğer tüm bilimlerin ve ahlak, din, etik gibi tüm metajuridik (hukuk ötesi) unsurların etkisinden temizlenmesi amacını ifade eder¹¹⁶. Saf Hukuk Kuramının temel metodolojik ilkesi hukuk bilimini bütün yabancı unsurlardan temizlemektir. Nasıl ki diğer bilimler sadece kendi nesnesini bilişsel olarak kavrama amacındaysa, bu kavrayış biçimi, aynı şekilde hukuk bilimi için de geçerli olması gereken bir ilkedir. Kelsen'in buradaki amacı hukukun gerekli ve sürekli unsurlarını bir araya getirmek, geçici ve değişken olan unsurlarını ise inceleme dışında bırakmaktır. Politika, ahlak, sosyoloji ve psikoloji gibi hukuk dışı birçok etkene karşı Saf Hukuk Kuramı kapalı olmalıdır. Bununla bağlantılı olarak her türlü idealizm ve amaç düşüncesi hukuk teorisinin dışında bırakılmalıdır¹¹⁷. Eğer gerçek bir hukuk biliminden bahsedeceksek objektiflik ve kesinlik nitelikleri gerekmektedir. Objektiflik ise ancak idealizm ve bununla bağlantılı olarak "amaç" düşüncesinden sıyrılarak erişilebilecek bir özelliktir. Bu yüzden Saf Hukuk Kuramı olması gereken hukuku incelemeyen, olan hukuku inceler.

Kelsen Saf Hukuk Kuramını, normativist ve pozitivist bir anlayışla geliştirmiştir. Ayrıca metodolojisinde Kant'ın akılcı, transandantal idealizm

¹¹⁴ "'Saf Hukuk Kuramı' Türkçeye çevrilirken esasında 'Hukukun Saf Kuramı' olarak çevrilmelidir. Çünkü "saf" olan hukuk değil kuramdır. Kavramın Almanca orijinali (Reine Rechtslehre), İngilizce (Pure Theory of Law) ve Fransızca (Théorie Pure du Droit) karşılıkları saf nitelemesinin kuramın kendisine yönelik olduğunu göstermektedir." Bkz. Kasım Akbaş, "Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı", (Ed. Ertuğrul Uzun), *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, İthaki Yayınları, İstanbul 2017, s. 30. Ancak tez boyunca kavramın yerleşik Türkçe çevirisi olan 'Saf Hukuk Kuramı' kullanılacaktır.

¹¹⁵ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul 2016, s. 1.

¹¹⁶ Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1988, s. 196.

¹¹⁷ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2017, s. 309.

felsefesinden etkilenmiştir. Neo-Kantçı (Yeni Kantçı) düşünce sistemi ve bir zamanlar dâhil olmuş olduğu Viyana Okulu da Kelsen üzerinde önemli etkiye sahip olmuştur. Kelsen'in metodunun transendental¹¹⁸, akılcı¹¹⁹, pozitivist¹²⁰, normatif¹²¹ karakterlerinin yanı sıra formalist¹²² yönü de mevcuttur¹²³. Formalist olması gerekir, çünkü muhtevaya yönelik herhangi bir kuram genel bir kuram oluşturamaz. Her hukuk düzeni kendine has bir içeriğe sahiptir, bu yüzden içerik genel bir kuramın nesnesi olamaz.

Kelsen kuramını oluştururken Immanuel Kant'ın “olan” (sein, is) ve “olması gereken” (sollen, ought) ayrımına müracaat eder. Nitekim Kant'a göre, insan tabiatından ve ampirik âlemden zorunlu hiç bir ahlâk kanunu çıkarılamaz; çünkü her ahlaki tecrübenin ahlaki esaslara göre değerlendirilmesi ve bu sebeple de ahlakilik idesinin her türlü tecrübeden önce gelmesi gerekmektedir. Bu görüşden faydalanan Kelsen için ilimler, bir taraftan olaylar âlemini kavramak zorunda olanlar ve diğer taraftan mutlak değerlerin ve saf normların bilgisine yönelmiş bulunanlar olmak üzere bir ayrıma tâbi tutulurlar. “Olan” dan bir “olması gereken” çıkarılamayacağına göre nedensel ve normatif metodlar da birbiriyle karıştırılmamalıdır. Bilgi konularının düalizmine, düşünce tarzlarının düalizmi tekabül eder¹²⁴. Kelsen ayrıca Neo-Kantçı felsefenin, “bir bilginin mevzuunu onu elde etmek için kullanılan bilgi metodu yaratır” ilkesini benimser. Buna göre, bilginin konusunu, bu doğrultuda kabul edilen metot yaratır. Metot değişirse bilginin konusu da beraberinde değişir.

¹¹⁸ Transendental: 1) Bir şeyi, bir disiplin ya da etkinliği, söz gelimi bilgi ya da deneyimi mümkün kılan koşullar bütünü; 2) söz konusu koşullara dair araştırma; 3) salt kişisel, özel ve psikolojik olana karşıt olarak, zorunlu ve tümel için kullanılan sıfat. Bkz. Ahmet Cevizci, *Felsefe Sözlüğü*, Paradigma Yayınları, İstanbul 1999, s. 856.

¹¹⁹ Akılcılık: Evreni bir bütün olarak düşünce yoluyla yorumlamayı, bireysel ve toplumsal yaşamı aklın ilkelerine göre düzenlemeyi amaçlayan tavır. Akılcılık daha özel deneyciliğe ya da emprizme karşıt bir öğreti olarak da, duyu algısından önce ya da üstün ve bağımsız olan, ilk ve temel bilgi kaynağı olarak akli ön plana çıkartan ya da vurgulayan felsefi teoriye karşılık gelir. Bkz. Cevizci, s.30

¹²⁰ Pozitivizm: Genel olarak modern bilimi temele alan, ona uygun düşen ve batıl inançları, metafizik ve dini, insanlığın ilerlemesini engelleyen bilim öncesi düşünce tarzları ve formları olarak gören dünya görüşü. Bkz. Cevizci, s. 707.

¹²¹ Normatif: İnsan davranışını bir ideal, norm, ya da standarda göre düzenleme, bir standart oluşturma, olması gerekeni gösterme tavrı. Bkz. Cevizci, s. 633.

¹²² Formalizm: Genel olarak açıklama ya da değer biçmenin anlamlı ya da nihai temeli olarak formun (ilkelerin, yasaların) önemini vurgulayan, form fikrine madde fikrinin çok daha üstünde yer veren, içerikten çok, düzenleme, tutarlılık ve formel ilkelerin gelişimi üzerinde duran sistem ya da anlayış. Bilimsel hakikatin, her türlü deneyimden bağımsız olarak, bir yorumlama sisteminin yasalarına ve kurallarına bağlı olduğunu öne süren görüş. Bkz. Cevizci, s. 359.

¹²³ İlhan Dağdelen, “Devlet Bilimi Metodolojisi “Hans Kelsen’in Saf Hukuk Kuramı ve Devlet Anlayışı”, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, ISSN: 1303-5134, Ankara 2004, s. 10.

¹²⁴ Vecdi Aral, “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, *İÜHFİM*, Cilt 34 Sayı 1-4, İstanbul 1968, s. 516.

İlmî bir bilgi, saf bir metotla elde edilen bir malûmat silsilesi demektir. O halde, bilginin ilmiliği metodun safiyetiyle ölçülür. İki türlü bilgi vardır. Birincisi realiteyi “olan”ı inceler ve izah eder. Realiteden kastedilen, nedensellik (kozalite) kanununa tabi maddi ve psişik âlemdir. Bütün tabii ilimler ve sosyoloji bu birinci bilgi türüne dâhildir. Realiteyi arayan ilimlerin hepsinin metodu aynıdır. İkincisi ise normatif ilimlerdir. Bunlar realiteyi, “olan”ı değil ideal şekli, “olması gereken”i açıklarlar. Hukuk; ahlak veya mantık gibi normatif bir ilimdir, doğada var olan neden-sonuç ilişkisine tabii değildir, herhangi bir zorunluluk bağıntısı yoktur¹²⁵. Mevcut realiteyle ilgilenmez, sadece “olması gereken”, hukuki bilginin alanına girer.

Saf Hukuk Kuramının, “olması gereken” hukuku değil de “olan” hukuku incelemesi ilkesiyle yukarda belirtilen ve bilişin nesnesi olarak nitelenen “olan” ve “olması gereken” birbirine karıştırılmamalıdır. Hukuk bilimi “olan” hukuku inceler, çünkü konusu pozitif hukuktur ve “olması gerekenin” alanına giren herhangi bir idealle, etik veya ahlak düşüncesiyle ilgilenmez ve hukuku bu ilkeler doğrultusunda oluşturma amacı gütmeyiz. Buradaki “olan” hukuk; pozitif hukuka karşılık gelir. Oysa bilgi türü olarak “olan”; doğada var olan ve neden sonuç ilişkisine tabii bilgi türüne karşılık gelir. Hukuk, bilgi türü olarak “olması gerekenle” ilgilenir çünkü normatiftir ve doğa bilimleriyle aynı niteliğe sahip değildir. Her ne kadar kavramlar birbirine benzer görünse de bağlamları oldukça farklıdır, bu yüzden birbirlerine karıştırılmamalıdır.

Hukuk ve olgular arasında doğrudan bağlantı kurmanın yanlış olduğunu belirtse de Kelsen, hukukun toplumsal bir fenomen olduğu gerçeğini reddetmez. Buna ilave olarak toplum ve doğayı birbirinden ayırır. Toplum doğadan farklı bir şeyse, hukuk da doğadan ayrı olarak düşünülebilir. Hukuk her ne kadar doğada yer kaplıyor gibi görünse de aslında burada ince bir çizgi vardır. Herhangi bir eylem, eğer hukukilik vasfı yasal düzen tarafından ona önceden atfedilmişse, o zaman hukukun bir nesnesi olarak karşımıza çıkar. Fakat eğer herhangi bir hukukilik atfedilmemişse bu eylem hukuk biliminin konusu değildir. Bir yanda duyularla algılanabilen, zamanda ve mekânda yer alan harici bir olay, genellikle de beşeri davranış bulunur. Diğer yanda ise bu olaya içkin veya iliştilmiş belirli bir anlam

¹²⁵ Muvaffak Akbay, “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, *AÜHFD*, Sayı:1 Cilt:4, Ankara 1947, s. 30.

vardır. İnsanlar bir salonda toplanırlar, konuşurlar, ayağa kalkar tekrar otururlar, bu harici olaydır, yani anlamı bilinmeden dışardan gözlemlenendir. Fakat muhtevasına bakıldığında bu eylem aslında parlamentodaki yetkililerin yasa çıkarma eylemidir¹²⁶. Buradan hareketle Kelsen objektif anlam ve subjektif anlam arasında bir ayrıma gider. Objektif anlam, hukuk sisteminde bir eyleme atfedilen anlamdır. Kelsen burada şu örneği verir: Ülkelerini, kendilerince istenmeyen bir adamdan temizlemek amacını güden gizli bir topluğun üyeleri, ilgili kişi hakkında infaz emri verdiği ve bunu uyguladıklarında, bu eylemin subjektif açıdan, bir suça karşı verilmiş idam kararı olduğunu düşünürler. Fakat objektif olarak, yani objektif hukuk sisteminde bu olay; idam cezası vermek ve uygulamak değil, tam aksine bir cinayettir, suçtur¹²⁷. Yani bir olayı hukuki bir eylem yapan onun olgusalılığı, doğal oluşu, doğa yasalarına uygun şekilde neden-sonuç ilişkisine tabi olarak meydana gelmesi değildir, bir olayı hukuki yapan şey eyleme atfedilen objektif anlamdır. Objektif anlamsa sadece bir hukuki normdan çıkarılarak atfedilebilir. Bu yüzden söz konusu maddi olaylar, ancak hukuki düzenin atfettiği verili bir normun içeriğiyle örtüştüğü zaman hukuki eylem olma özelliği kazanır. Kelsen bu konuda şunları söylemektedir:

“Doğada meydana gelen olayları hukuki olarak karakterize etmek, içeriği fiili olaylara belirli bir şekilde karşılık gelen normların geçerliliğini savunmaktır. Yargıç, verili somut maddi olayın (sözgelimi cürmün) sübutuna dair karar verdiğiinden bilişi öncelikle tamamen doğada var olan bir şeylere çevrilmiştir. Sübutuna karar verdiği maddi olay ile uygulayacağı yasayı bir araya getirdiği anda, bilişi hukuki hale gelir; yani maddi olayı 'hırsızlık' veya ‘dolandırıcılık’ olarak yorumladığında bilişi hukuki biliş olur. Ve bu yorum sadece ve sadece, maddi olayın içeriği çok özel bir şekilde, yani bir normun içeriğine göre bilinmiş ise mümkün olabilir¹²⁸”.

Maddi olaylarla hukuki normların birbirine karıştırılmaması gerektiğini söyleyen Kelsen’e göre normlar, içerik itibariyle elbette ki maddi olaylara dayanır ancak her maddi olay hukuki norm niteliği kazanmaz. Kelsen’in ifade ettiği gibi maddi olay ancak hukuki bir düzen tarafından, önceden maddi davranışın ne zaman ve nasıl gerçekleşeceği, gerçekleşmesi gerektiği bildirildiği zaman hukuki norm olma özelliği kazanır. Norm, bir kişinin belirli bir şekilde davranması veya davranmamasını öngörür. Belirli bir süre için geçerli olmak üzere çıkarılmış olabilir,

¹²⁶ Kelsen, s. 3.

¹²⁷ Kelsen, s. 5.

¹²⁸ Kelsen, s. 7.

sadece belirli özellikteki insanları muhatap alıyor olabilir ya da yetkili organ tarafından çıkarılan başka bir norm aracılığıyla geçersiz kılınabilir¹²⁹. Bunlar hukukun normatif oluşunun özellikleridir. Kelsen'in hukuk kuramının ve hukuk anlayışının temelini oluşturan Saf Hukuk Kuramının metodolojik yapısı, hukuku bir bilim olarak ele almayı amaçlayan Avusturyalı hukukçu için büyük önem taşımaktadır.

2.1.1. Saf Hukuk Kuramının Metodolojik Yapısı

Kelsen kuramını bir bilim disiplini çerçevesinde geliştirmeye özen gösterir ve iki yönden kuramını güvence altına alır: İlk olarak hukuku doğanın bir parçası olarak görüp hukuku anlamada nedensel bilimlerin yöntemini kullanan sosyolojiye karşı hukuku koruma altına alır. Hukuk olgulardan türetilemez ancak sosyoloji bunu yapmaya çalışır. İkinci olarak doğal hukukun etkisine karşı hukuk biliminin “saflığını” muhafaza etmeye çalışır. Pozitif hukuk normları etik-politik postülaların etkisine karşı kapalı olmalıdır. Bunlara ek olarak, Kelsen kendisini pozitivist olarak nitelese de, pozitif hukuk anlayışının primitif türünün (Austinci bir bakış açısıyla) hukuku bir karar ve siyasi iradenin buyruğu olarak gören anlayışına da karşı çıkar. Kelsen teorilerini Kıta Avrupası geleneği içinde Austinci düşünceye referans yapmadan geliştirmiştir. Ancak teorilerinin Austin'in analitik hukuk bilimine yakın konumlara ulaştığını ve önemli noktalarda Austin'in doktrinine tekabül ettiğini kendisi ifade etmiştir¹³⁰. Ama Kelsen düşüncesinin temel noktası, pozitivist olması değil normativist olmasıdır. Ona göre hukuk normatif bir bilimdir ve siyasi olarak üstün olanların siyasi olarak kendilerine tabi olanlar için oluşturduğu basit kurallar bütünü şeklinde anlaşılabilir. Kelsen doğal hukuku, hukuku ahlakla; ampirik-pozitivist kuramı da hukuku olguyla karıştırdığı için reddeder¹³¹. Kelsen'e göre bunlar, hukukun kendine has bir anlamı olduğunu görmezler. Hukuk olgulardan ve ahlaktan ayrı olarak düşünülmesi gereken bir bilimdir.

Hukukun ahlaktan ayrılması gerektiğini belirten Kelsen, hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiyi tamamen görmezden gelmez. Ancak hukuk ve ahlak arasındaki

¹²⁹ Güriz, s. 312.

¹³⁰ Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, Çev. Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2018, 132.

¹³¹ B.L.Paulson & S.L.Paulson, “Kelsen'in Hukuk Bilimindeki Yeri Üzerine”, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul 2016 s. 166.

bağların kavramsal ya da *a priori* olduğunu düşünmek ‘ayrılabilirlik tezi’ bağlamında yanlıştır. Bu tez, hukukun ve ahlakın ayrılabilir olduğunu savunur. Bir de hukuk ve olgu arasında kurulmuş olan bağ vardır. ‘İndirgeyici tez’ ise hukukun olguyla izah edilmesi gerektiğini savunur, yani hukuk ve olgu ayrılmaz ikilidir. Normativite tezi de hukuk ve olgunun ayrılabilir olduğu savunan karşı tez olarak karşımıza çıkar. İndirgeyici tez pozitif hukukun bir türeviyken, normativite tezi ise doğal hukukun kısmi bir uzantısı olarak görülebilir. Kelsen, kuramında ‘normativite tezi’ ile ‘ayrılabilirlik tezlerini’ bir araya getirmeye çalışır¹³². Kelsen klasik pozitif anlayıştan bir nebze ayrılarak hukuku normatif niteliğiyle açıklamaya çalışırken bunu doğal hukukçu bir ahlakilikten kaçınarak yapar. Yani Kelsen’e göre normatiflik tezi ahlakilik tezinden çıkarsanabilirken, bunun tersi mümkün değildir. Aynı şekilde ayrılabilirlik tezi indirgeyici tezden çıkarsanabilirken tersi mümkün değildir. Özet olarak Kelsen, ahlakilik tezi olmaksızın normativite tezinin ve indirgeyici tez olmaksızın da ayrılabilirlik tezini harmanlamanın peşindedir. ‘Olan’ ve ‘olması gereken’ arasındaki Kelsen’in net ayrımı, normativite tezi bağlamında ele alınacak olursa; ‘olan’ olguya karşılık gelirken ‘olması gereken’ hukuk normlarına denk düşer. Ayrım ayrılabilirlik tezi çerçevesinde gündeme geldiğinde ise ‘olan’ geçerli yani mevcut hukuk normları iken; ‘olması gereken’ ahlak normlarına denk düşer.

Olgularla ilgilenmemesi, Kelsen’in bilgi teorisinin ‘rasyonel’ niteliğini ortaya koyar, çünkü o ampirik bir metot kullanmaz. Kelsen’in kuramı tecrübeden bağımsız, mantıken ondan önce gelen, akılda mevcut saf transandantal metodun, fakat nedensel metoda karşılık normatif bir metot olarak, hukuk ilmine uygulanmasıdır¹³³. Saf Hukuk Kuramı, sadece, normatif hukuk biliminin belirli bir hukuk sisteminin fiili normlarını betimlemekte kullanabileceği kavramları temin eder¹³⁴. Bu kavramlar rasyonel olarak düşünmeyi mümkün kıldığı gibi biçimsel yönüyle de hukuki bilimin çerçevesini oluşturur.

Kelsen’in metodunda biçimsellik öne çıkar ve kuramı muhtevayla ilgilenmediğinden ‘formalist’ bir yapıya sahiptir. Önemli olan biçimsel olarak geçerli bulunan hukuk normlarının yaratılmasıdır. Bir normun geçerli olabilmesi için

¹³² Paulson & Paulson, s. 172.

¹³³ Aral, s. 545.

¹³⁴ Cotterrell, s. 166

biçimsel uygunluk, Kelsen için yeterli ve temel sebeptir. Otoritenin kaynağının ne olduğu önemli değildir. Temel norm da zaten bir içeriğe sahip değildir, tarafsız ve objektif bir varsayımdır. Kelsen'in kuramının formalist karakteri despot bir yönetime veya diktatörce hüküm süren bir otoriteye de meşruluk ya da geçerlilik kazandıracığı için eleştirilmektedir. Nasıl ve ne amaçla yönetildiğine bakmadan sadece formalist ölçütlere göre bir hukuk sistemini geçerli saymak çok tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Fakat Kelsen bu eleştirileri haksız bulur. Kelsen'e göre Saf Hukuk Kuramının formel karakteri onu izafi bir kuram yapar. Zira amaç; genel bir hukuk kuramının içerdiği kavramlar ile pozitif hukukun muhtevasının kavranmasıdır. Yani formalizmde hukuk ilminin objektivitesi mündemiçtir¹³⁵. Saf Hukuk Kuramı herhangi bir siyasal veya ideolojik bir muhteva içermemektedir ve bundan hareketle genel hukuk kuramı oluşturma çabasıdadır. Bu yüzden hukuk dışı her şeye karşı objektivitesini muhafaza eder. Özellikle hukuka ideolojik olarak yaklaşan ve hukuk alanında düalizmlerin varlığını kabul eden görüşler Kelsen tarafından reddedilir.

Hukukta varsayılan tüm düalizmleri reddetmesi Saf Hukuk Kuramının 'monist' bir niteliğe sahip olduğunu gösterir. Buna göre bilginin hedefi birliği sağlamaktır, yani bir bilim için önemli olan şey çelişkilerden uzak, tutarlı ve sistematik olmasıdır. Bu özellikleri bilime kazandıracak olan monist (tekçi/birlik) teoridir. Doğa bilimleri bu monizmi neden sonuç ilişkisiyle kurarken; hukuk teorisi de normların aynı sisteme ait olmasıyla ve normlar birliğiyle sağlar. Temel normun kabul edilmesi bu yüzden gereklidir ki diğer tüm normlar onda birleşsinsin ve aynı sisteme ait olabilsin. Konusu hukuk olan bir bilgi, ancak hukuk sistemi içerisinde bir anlam kazanabilir. Doğa bilimleri için tek bir tabiat varsa hukuk bilimi için de tek bir hukuk sistemi olmalıdır¹³⁶. Kelsen bu monist teoriden yola çıkarak sistemdeki birliği zedeleyecek kamu hukuku-özel hukuk, ulusal hukuk-uluslararası hukuk gibi tüm ayrımları reddeder. Buna ek olarak hukuku, ahlak gibi diğer normatif disiplinlerden ayırarak hukukun normatif yapısının hukuk bilimine has yönlerini ortaya koymayı amaçlar. Hukuk ve ahlak ilişkisi bu anlamda üzerinde özellikle durulması gereken bir meseledir.

¹³⁵ Hans Kelsen, "Mahz Hukuk Nazariyesi Nedir?", Çev. Orhan Münir Çağlı, *İÜHF*, Cilt 22, Sayı 1-4, İstanbul 1957, s. 415.

¹³⁶ Aral, s. 550.

2.1.2. Hukuk ve Ahlak

Kelsen'in hukuk ve ahlak arasında yaptığı ayrımında hukuk bilimi doğa bilimlerine değil, beşeri bilimlere ait bir bilimdir. Hukuk doğadan ayrılması gereken normatif bir bilim dalıdır. Fakat norm tipleri sadece hukuka ait değildir. Bu yüzden hukukun diğer norm tiplerinden de ayrılması gerekir.

Kelsen iki tür normatif sistemin olduğunu söyler: Biri; birbirinden türeyen normlardan oluşan statik sistem, diğeri; bir üst iktidarın alt iktidarı yetkilendirmesiyle, birinin diğerrinin ortaya çıkmasına neden olduğu normlardan oluşan dinamik sistem. Ahlak sistemleri statik sisteme, hukuki sistemler dinamik sisteme uyar. Ahlaki normatif sistem ya da tabii hukuki sistem türemiş, hukuki bir normatif sistemse yaratılmıştır¹³⁷. İki normatif sistem arasındaki temel fark burada ortaya çıkar. Buna bağlı olarak ikisi de normatif karakteri haiz olan ahlakla hukuk arasında ayırım yapıp, hukuku zincirlerinden kurtarmak gerekir¹³⁸. Hukuku ahlakın bir parçası olarak görmek aslında her yasanın ahlaki olduğu anlamına gelir. Ya da yasalar ahlakilik ölçütüne göre değerlendirilir, fakat hukuk eğer saf bir kuram olacak ve hukukun genel teorisi oluşturulacaksa bu ölçütler geçersizdir. Ahlaki bir kategori olarak hukuk, adaletle eş anlamlı olarak kullanılabilir. Ancak neyin adil olup neyin adil olmadığı konusu göreceli bir şeydir. Adaletle alakalı ya da neyin adil olduğuyula ilgili birçok farklı tanım yapılabilir ama bu tanımlar her zaman değişken ve görecelidir. Örneğin; “Adalet arzusu insanın mutlu olması için gerekli olan nihai arzudur. Bu da ancak toplumla birlikte erişilebilecek bir arzudur. O halde adalet toplumsal mutluluğa denk gelir” şeklinde bir açıklama yapılabilir. Bu şekilde bir açıklama yapıldığında bir cevaba erişmiş olmayız. Kelsen soruların bitmediği söyler ve bir sonraki sorunun “o halde mutluluk nedir?” şeklinde geleceğini belirtir. Mutluluk tanımı da göreceli olarak tanımlanmak durumundadır ve şurası kaçınılmaz bir gerçektir ki birinin mutluluğu bir başkasının mutsuzluğu ile doğrudan bağlantılı olabilir¹³⁹. Yani herkesin aynı anda mutlu olması çok zordur ve insanların mutsuz olduğu bir yerde adaletten bahsetmek doğru değildir. Mesela kimilerine göre bir insanın hayatı en yüce değerdir. Bu etik görüşe göre, bir insan hiçbir şekilde

¹³⁷ Norberto Bobbio, “Kelsen ve Hukukun Kaynakları”, Çev. Bige Açımız, *Devlet Kuramı*, (Der. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, s. 461.

¹³⁸ Kelsen, s. 14.

¹³⁹ Hans Kelsen, “Adalet Nedir?”, Çev. Ali Acar, *TBB Dergisi*, 2013 (107) Ankara, s. 432.

öldürülmemelidir, ne sebeple olursa olsun insanın hayatına son vermek yanlıştır. Fakat başka bir etik görüş de der ki; bir ulusun çıkarı ve onuru en yüksek değerdir. Bu yüzden de ulusu veya vatani için ölen insan en değerli insandır. Burada iki etik görüş arasında ciddi bir tezat bulunmaktadır. Kelsen'e göre bu görüşler arasında bilimsel bir yolla ve akılla tercih yapmak imkânsızdır. Burada devreye duygular ve hissiyatlar girer¹⁴⁰. Bu yüzden asla öznellikten kaçınılamaz ve yargılar asla genelleştirilemez. Değer sistemleri ve bu değer sistemine bağlı olarak adalet düşüncesi sosyal bir olgu olarak karşımıza çıkar. Sosyal olgularsa toplumdaki topluma, zamandan zamana ve durumdan duruma değişkenlik gösterebilir. Bu yüzden nesnel bir adalet yargısına ulaşmak olanaksız görünmektedir.

Yasakoyucular tam anlamıyla adaleti sağlamak için çaba gösterdiğinde bu uğraş yetersiz olacaktır. Örneğin cinsel taciz suçlarına karşı hadım etme yaptırımının gerçekten adil olup olmadığını yasakoyucu nasıl bilecektir? Belki idam cezası ya da müebbet hapis cezası, hadım etmekten daha adaletli olacaktır, bu suçu işleyen her insanın hangi cezadan daha çok çekineceğini yasakoyucunun bilmesi gerekir. Fakat bunu bilmek için tek tek her insanın zihnindeki bilgilere ulaşmak gerekir ki buda imkânsızdır. Kelsen için bu bilgiye ulaşmak ancak deneyle mümkündür ve sosyal bilimlerin alanında deney çok sınırlı ölçüde mümkündür. Bu nedenle adalet sorunu, varsayılan bir amaç için uygun aracın ne olduğu sorununa hasredilse bile, hiçbir zaman rasyonel olarak cevaplanamaz¹⁴¹. Adalet bu şekilde yaklaşım nesnel bir tanıma ulaşmak mümkün değildir. Kelsen'e göre adaletin başka bir tanımı herkese hakkını vermektir. Bu tanım, birçok seçkin düşünür ve özellikle hukuk felsefecileri tarafından kabul edilmiştir. Fakat burada asıl belirleyici soru; herkesin hakkının ne olduğudur. Bu nedenle bu tanım, sadece bu sorunun, örf-adet veya yasama tarafından oluşturulmuş hukuki veya ahlaki (yani pozitif hukuk ya da toplumsal ahlak) bir düzen tarafından çözüme kavuşturulmuş olması halinde uygulanabilir. Bu yüzden, söz konusu tanım, yasama tarafından oluşturulmuş düzenin niteliğine göre (demokratik-otokratik, kapitalist-komünist) değişkenlik gösterir ve bu düzenlerin meşrulaştırılması için bir araçtan öteye gitmez. Bu durumda ideolojik argümanlar hukukun önüne geçer. Bu ise Kelsen'in Saf Hukuk Kuramına hanel getirir. Saf

¹⁴⁰ Kelsen, s. 435.

¹⁴¹ Kelsen, s. 439.

Hukuk Kuramı, hukuku olduğu gibi, onu meşrulaştırmadan ya da gayri adil diyerek değerini reddetmeden tanımlamak amacındadır. Fiili ve mümkün olan hukuk inceleme konusudur, olması gereken hukuk değil. Bu yüzden Saf Hukuk Kuramı pozitif hukuku değerlendirmeyi reddeder, onu, yapısını analiz etmek suretiyle olduğu şekliyle kavrar¹⁴². Çünkü her değerlendirme öznel yargıları da beraberinde getirecektir.

Ahlakla alakalı değerlendirmelerine binaen Kelsen'in düşüncesinde ahlakın hiç bir değer taşımadığı sonucu çıkarılmamalıdır. O'na göre tek bir ahlaki sistem yoktur, birçok farklı ahlaki sistem vardır ve bunlardan birisi diğerlerini dışlamamak koşuluyla tercih edilir. Görecelilik insanlara ahlaki bir sorumluluk yükler ve insanlar bu sorumluluğu taşıyamadığından onu daha üst otoritelere devrederler. Ahlaki olarak kendinin efendisi olmaksızın üstün bir gücün verdiği emre itaat etmek daha kolaydır. Kişisel sorumluluk korkusu, göreceliliğe karşı gösterilen tutkulu direncin en güçlü itkilerinden biridir¹⁴³ ve sorumluluğun olduğu yerde görecelilik de olur, çünkü her uğraşı farklılık anlamına gelir. Ayrıca hukuk ve ahlak arasında yapılan ayrıma göre hukukun en temel özelliğinin müeyyideye dayanması olduğu görülür. Kelsen ahlak alanında hiçbir müeyyidenin olmadığını iddia etmez. Ama hukuk müeyyideleri ile ahlak müeyyideleri arasında ayırım yapar. Ahlak alanındaki müeyyideler aşkın/deneyüstü niteliğe sahiptir. Hukuk alanındaki müeyyideler ise yalnız bu dünya için geçerlidir ve topluluk üyelerine içkin bir yapıya sahiptir¹⁴⁴. Buradan hareketle ahlak ve adalet gibi hukukun dışında olan ve tüm insanlar için genel geçer olmayan öğeleri hukukun alanına sokmayan Kelsen, adaletin veya ahlakın görece değerler olduğunu, toplumdan topluma ve hatta kişiden kişiye değişen değerler olduğunu savunur. Bu yüzden hukukun ahlakla ya da adaletle meşrulaştırılması demek aslında ideolojik hedeflerin uygulanması demektir. Herkes kendi adalet anlayışı doğrultusunda hareket ettiği zaman aslında kendi ideoloji dünyası içinde hareket ediyor demektir. Kelsen bu noktayı şöyle ifade eder:

“Saf Hukuk Kuramı, hukukun kavramsal karakterizasyonunu bu ideolojik unsurdan kurtarmaya çalışıyor. Bunun için de hukuk normu kavramını kaynağından,

¹⁴² Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s. 18.

¹⁴³ Hans Kelsen, “Adalet Nedir?”, s. 452.

¹⁴⁴ Kasım Akbaş, “Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı”, (Ed. Ertuğrul Uzun), *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, İthaki Yayınları, İstanbul 2017, s. 36.

yani ahlak normu kavramından tümüyle ayırıyor ve ahlak yasasına karşı dahi hukukun özerkliğini güvence altına alıyor. Saf Kuram bunu, hukuk normunu, ahlak normunda olduğu gibi, bir buyruk gibi anlayarak değil-ki bu geleneksel kuramın olağan yaklaşımıdır-, koşullanan maddi bir olay ile koşullanan sonucun özel bir şekilde birbirine bağlanışını ifade eden koşullu{hipotetik} bir yargı olarak görerek gerçekleştirir. Hukuk normu böylece pozitif yasaların temel formunu sergileyen, yeniden inşa edilmiş hukuk normu haline gelir.”¹⁴⁵

Kelsen Saf Hukuk Kuramının ideolojilerin bir aracı olmadığını, tarafsız bir şekilde sadece genel hukuk teorisi olduğunu belirtir. Hukuk normlarının ahlak normlarıyla aynı değerde görülmesi, ahlaktaki mutlaklığı hukuka da isnat etmek olacaktır ki bu durum, hukuk normları açısından sorunlu bir kavrayışa sebep olur. Hukukun ahlaktan ve ahlak gibi başka normatif alanlardan farkını daha net bir şekilde ortaya koymak için hukuk normlarının yapısının incelenmesi gerekir.

2.1.3. Hukuk Normları

Hukuk normları Kelsen’in teorisinin temel yapıtaşlarıdır. Hukukun diğer normatif sistemlerden ayrı olduğunu bu kavramla (hukuk normu) vurgular ve hukuk bilimini (jurisprudence) diğer doğa bilimlerden normlar aracılığıyla ayırır. Bir şeyi hukuki yapan şey normlardır. Normlar temellendirici bir yapıdadır ve hukuki karakteri haiz her şey bu özelliğini normlardan alır. Bu yüzden Kelsen’in kuramında norm, esas alanı teşkil eder niteliktedir.

Kelsen *Saf Hukuk Kuramı (Reine Rechtslehre)* eserinin ikinci baskısında hukuki kaziyeler ile hukuki normlar arasında bir ayırım yapma gereği duymuştur. Hukuk normları öğretici veya bilgi verici bir karaktere sahip değildir, aksine emredici karaktere sahiptir. Ancak hukuki kaziyelerin böyle bir özelliği yoktur ve kimseyi her hangi bir şeyle mükellef kılmaz. Kaziyeler sadece hukuku açıklar ve hukuk ilmi tarafından formüle edilmişlerdir. Bu yüzden hukuki kaziyeleri doğru veya yanlış olarak nitelendirmek mümkündür, oysa hukuki bir otorite tarafından vaz edilmiş ve bağlayıcılığı bulunan hukuk normları için doğru veya yanlış biçiminde bir değerlendirme yapmak doğru değildir. Hukuk normları sadece geçerli veya geçersiz olarak nitelenebilirler, herhangi bir değer yargısına göre değil. Hukuki bilgi ve hukuki otorite arasındaki fark da burada karşımıza çıkar. Hukuki bilgi hukuku

¹⁴⁵ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s. 24.

bilmek ve tasvir etmek konumundadır, fakat hukuki otorite, hukuki bilginin sonradan bilip açıklayabileceği hukuku meydana getirmek durumundadır¹⁴⁶. Sonuç itibariyle hukuki normlar bağlayıcıyken, hukuki kaziyeler değildir.

Kelsen doğa kanunları ile hukuk yasaları arasındaki farka normatiflik bağlamında dikkat çeker. Doğa kanunları şöyle der: “Eğer A meydana gelirse B’de olmalı”. Fakat hukuki yasalar şunu ifade eder: “ Eğer A meydana gelirse B yapılmalı”. Yani “suyun ısısı yüz dereceye geldiğinde su kaynar” bir doğa yasasıdır ve neden-sonuç ilişkisine zorunlu bir şekilde bağlıdır. Ancak “bir adam hırsızlık yaparsa en az beş yıl hapis cezası verilmeli” bir hukuki yasadır ve zorunlu neden-sonuç ilişkisine tabiiyeti yoktur. Hırsızlık suçunu işleyen bir insanın beş yıl hapis yatması bir gerekliliği ifade etse de bu gereklilik, zorunlulukla karıştırılmamalıdır. Çünkü bu gereklilik (olması gereken) sadece ilgili hukuki koşul ile hukuki sonucun ait olduğu hukuk normundaki hususi anlama karşılık gelir¹⁴⁷. Bu gereklilik doğada var olan olgulardan türetilemez, ancak yasakoyucunun, suç ve ceza arasında kurduğu ilişkiyle belirlenebilir. Burada hukuk normunun ilişkilendirildiği maddi olayın içeriğinin bir önemi yoktur, önemli olan uygulanabilmesidir.

Kelsen’in kuramına göre bir hukuk normunda belirli bir koşula bağlanmış sonuç, devletin cebri eylemidir. Sadece devletin cebri eylemi yoluyla, bir maddi olay hukuka aykırı bir eylem olarak nitelenebilir. Belirli bir beşeri davranışı hukuka aykırı fiil yapan, ilgili eyleme içkin bir özellik değildir. Aynı şekilde beşeri davranışın pozitif hukukun üstündeki ahlaki bir değerle ölçülmesi ve buna göre değerlendirilmesiyle de böyle bir sonuca varılamaz. Belli bir davranışı hukuka aykırı eylem yapan şey, esasında, yeniden inşa edilmiş bir hukuk normunda bu davranışın belli bir sonucun koşulu olarak belirlenmiş olmasıdır ve buna paralel olarak pozitif hukukun, bu davranışa cebri bir eylemle karşılık vermesidir¹⁴⁸. Eğer ki bir eylemin hukuka aykırı olduğu iddia ediliyorsa öncelikle bu şartları taşıyıp taşımadığına bakılması gerekir. Örnek olarak “kapalı yerde sigara içmek” fiili ele alınacak olursa; birileri için kapalı yerde sigara içmek insanları zehirlediği için hukuka aykırı olarak nitelenebilir. Buna göre bu eylem başlı başına zarar getiren bir eylemdir ve hukuka

¹⁴⁶ Aral, s. 523.

¹⁴⁷ Kelsen, s. 27.

¹⁴⁸ Kelsen, s. 28.

aykırı olmalıdır. Fakat eğer “kapalı yerde sigara içme” hukuki otorite tarafından oluşturulmuş hukuki bir normla suç sayılmamışsa ve karşılığında “para cezası” gibi herhangi bir yaptırım öngörülmemişse, bu davranış hukuka aykırı olarak nitelendirilemez. Aynı şekilde bu eylem etik, ahlaki veya dini olarak da uygun değilse, yani ahlaksızca ya da günahsa dahi hukuk normunda düzenlenmemişse hukukun konusu değildir ve bu yüzden hukuka aykırılık veya uygunluktan söz edilemez. Hukuka aykırı eylem, hukuk normunda koşul olarak belirlenmiş bir davranıştır, aynı şekilde hukuk normunca belirtilmiş olan zorlayıcı eylemin muhatabı olan insan davranışıdır.

Kelsen, hukuku basitçe dışsal zorlayıcı bir sistem olarak da görmemektedir. Hukuk sisteminin amacı insanların arzu edilen şekilde (aksi takdirde müeyyidelerle karşı karşıya kalacağını bilmesinin vasıtasıyla) davranmalarını sağlamaktır. Hukuk sisteminin hedeflediği etkililik bu istekte kendini gösterir. Etkili olmak amacıyla hukuk normlarının içeriği insan davranışlarıyla sınırlandırılmıştır. Çünkü akıl ve irade nosyonuna sahip bir insan, ancak hukuk normları vasıtasıyla harekete geçirilebilir ve bu normlara uygun davranması beklenebilir. Eğer hukuka aykırı davranış sonucunda ortaya çıkacak olan cebri eylemin, kaçınılması gereken bir şey olmadığı düşünülüyorsa, böyle bir durumda normlara uygun hareket edilmesi olanaksızdır. Dolayısıyla hukuki olaylar denen, insanın yapma veya kaçınma eylemlerinde bulunan diğer maddi olgular, hukuk normlarının içeriğinde, normun koşulu ya da sonucu olarak, ancak insan davranışıyla temel bir bağlantı içinde olduğu zaman ortaya çıkar¹⁴⁹. Bu yüzden normlar ancak insan davranışlarıyla sınırlı olmalı ve insanları muhatap olarak oluşturulmalıdır. Beşeri davranışı konu edinmeyen hiçbir kural hukuki norm olarak nitelendirilemez.

Hukuk normlarının, normun hukuki karakteri açısından temel teşkil eden zorlayıcı eylemle olan bağlantısı oldukça önemlidir. “Hiç kimse hırsızlık yapmamalıdır” normu hukukilik açısından yeterli değildir. Hırsızlık yapmama fiilinin aksi olan verili bir davranış varsa (hırsızlık yapmak) ve bu davranışa karşı sonuç olarak zorlayıcı bir eylem meydana gelecekse (hapis cezası) o zaman hukuk normu

¹⁴⁹ Kelsen, s. 32.

tamamlanmış olur¹⁵⁰. Burada hukuki bir koşul hukuki bir sonuca bağlanmıştır. Hukuk normunu diğer normatif sistemlerden ayıran temel özellik bu cebri vasfıdır. Saf Hukuk Kuramı, hukuk sisteminin gerçekleştirmek istediği amaçlarla ya da gerçekleştirdikleriyle değil, hukuk sisteminin bizzat kendisiyle ilgilenir.

2.1.4. Subjektif Hak-Objektif Hak Düalizmi

Kelsen'in hukuk kuramı normativist, pozitivist ve formalist bir niteliğe sahiptir. Aynı şekilde O'nun kuramının bir diğer önemli özelliği de monist bir yapıya sahip olmasıdır. Bu yüzden hukuki olarak yaratılmış birçok ayrımı ve düalizmi reddeder. Hukuku saf bir bilim haline getirmenin şartlarından birisi de tekçi bir kuramsal anlayış içerisinde tüm teoriyi anlamlandırabilmektir. Bu yüzden Kelsen; kamu hukuku-özel hukuk, objektif hak-subjektif hak, özel kişi-tüzel kişi ve ulusal hukuk-uluslararası hukuk gibi ayrımları reddeder. Tüm hukuk sistemi birdir ve aynı kaynaktan gelir.

Objektif hak ve subjektif hak düalizmi, subjektif hakkın objektif hakkı hem zamansal hem de mantıksal olarak önceliğini varsayar. Subjektif haklar -özellikle de mülkiyet hakkı-, klasik tanımıyla; subjektif hakları koruyan, tanıyan, güvence altına alan ve devlet sistemi olarak daha sonradan ortaya çıkmış olan objektif hukuktan önce ve ondan bağımsız bir şekilde ortaya çıkar¹⁵¹. Bu yüzden birbirlerinden ayrı ve bağımsız haklardır. Subjektif haklar objektif haklardan önce vardır ve insanlar bu haklara objektif haklara bağlı olmadan da sahiptir. Ancak Kelsen'e göre bir kişi, kendi kendine hak veremez, çünkü bir kişinin hakkı başkasının yükümlülüğünü varsayar ve böyle bir hukuki bağlantı ancak -objektif hukuk sistemine uygun olarak- iki birey açısından söz konusu olan birbiriyle uyumlu irade beyanları vasıtasıyla gerçekleşebilir. Fakat bunun bile hukuki bir bağ oluşturabilmesi için, objektif hukukun sözleşmeyi hukuk yaratan maddi olay olarak ihdas etmesi gerekir. Sonuçta "hukuki" nitelmesi objektif hukuktan kaynaklanır¹⁵². Objektif hukuk eğer subjektif hukuku tanımaz ve hukuki bir temele oturtmazsa burada herhangi bir hukuktan bahsedilemez. İki kişi arasındaki kira sözleşmesi eğer objektif hukukça tanınmamışsa, bu ikili arasındaki herhangi bir hak ihlalinde,

¹⁵⁰ Kelsen, s. 33.

¹⁵¹ Kelsen, s. 47.

¹⁵² Kelsen, s. 50.

başvurulacak mercii de yok demektir. Bu da ortada aslında subjektif bir hakkın olmadığını gösterir. Subjektif anlamıyla hukuk, hukuki hak olarak objektif hukuktan bağımsız değildir. Subjektif hak, ancak objektif hak onu normatif olarak düzenlemişse var olabilir. Aynı şey fiziksel kişi-tüzel kişi düalizmi için de geçerlidir ve Kelsen bu düalizmi kuramsal olarak reddeder.

2.1.5. Fiziksel Kişi-Tüzel Kişi Düalizmi

Pozitivist geleneksel teorinin ‘fiziksel kişiyi’ insan olarak nitelemesine karşı çıkan Kelsen’e göre insan hukuki bir kavram değildir, insan; esasında psikolojik-biyolojik bir kavramdır. Hukuka veya hukuki bilise uygun bir varlığı ifade etmez, çünkü hukuk, insanı bütün zihinsel ve fiziksel özellikleriyle kavramaz. Aksine hukuk sadece belli insan davranışlarıyla ilgilenir, yükümlülük ve hak olarak ihdas etmiş olduğu davranışları dikkate alır. Hukuk sisteminin inşa etmiş olduğu yapıya insan bütün varlığıyla, varlığının tüm özellikleriyle değil; sadece bazı yapma ve yapmama eylemleriyle, yani bu sistemin normlarıyla düzenlenmiş eylemleri vasıtasıyla dâhil olur. Tek bir insanın pek çok farklı hukuk topluluğuna aynı anda ait olabilmesi ve davranışlarının farklı hukuk sistemlerince düzenlenebilmesi ancak bu şekilde mümkün olabilir. Hukuki kişi kavramı ve hukuki özne, yükümlülükler ve haklar çokluğunun birliğini ifade eder. Bu birlik de esasında fiilen ilgili yükümlülükleri ve hakları ihdas eden normlar çokluğunun birliğine tekabül eder¹⁵³. Yani doğa bilimlerinin kullandığı insan kavramı ile hukuki kişi kavramı arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Tekil insan doğal bir gerçeklik iken, fiziksel kişi hukuki bilise ait sezgisel bir nosyondur. Nasıl ki fiziksel kişi insan değilse, tüzel kişi de insanüstü bir gerçeklik değildir. Gerçek olan yalnızca beşeri davranışlardır¹⁵⁴. Tüzel kişi de fiziksel kişi gibi, bir normlar kompleksinin birliğine, yani insanlar çokluğunun davranışını düzenleyen hukuk sistemine ait bir ifadedir. Tüzel kişi; ya bir alt topluluk oluşturan bir alt sistemin kişiselleştirilmesi, ya da bütün alt toplulukları kapsamı altına alan hukuki bir topluluk kuran ve geleneksel olarak devletin kişiliğinde temsil edilen kapsayıcı bir hukuk sisteminin kişiselleştirilmesidir. Tüzel kişinin tekil insanlardan farklı bir gerçeklik ya da insanlardan oluşmuş bireyüstü toplumsal bir

¹⁵³ Kelsen, s. 57.

¹⁵⁴ Aral, s. 533.

organizasyon olduğu varsayımı, Kelsen için geleneksel düşüncenin kuruntusudur¹⁵⁵. Konu hak kavramı bağlamında ele alındığında da Kelsen'in değerlendirmeleri değişmemektedir.

Kelsen bir tüzel kişinin yükümlülüklerini ve haklarını, tekil insanın yükümlülükleri ve haklarından ayrı görmez. İkisi de aslında insan davranışlarına gönderme yapar. Tüzel bir kişinin malvarlığı (mesela şirket) nihayetinde o tüzel kişiyi oluşturan insanların malvarlığıdır. Tabi bu hakları (malvarlığını) her bir tekil üye istediği biçimde kullanamaz, alt sistemin yarattığı yetkili bir organ vasıtasıyla kullanabilir. Burada esas olan hukuk düzeninin normlar aracılığıyla isnat etmiş olduğu hak ve yükümlülüklerdir. Kapsayıcı hukuk sisteminin kişileşmesi olarak devletin hukuki kişisi, bütün hukuki alt sistemleri kapsar ve bütün fiziksel ve tüzel kişiler bu alt sistemlerde bir araya getirilir. Devletin hukuki kişisi, merkezi isnadın son noktası haline gelir¹⁵⁶. Fiziksel kişi ile tüzel kişi arasındaki farklılık, aynı sistem içerisinde sadece derece ve kapsam olarak bir ayrılığı ifade eder, daha fazlasını değil.

Kelsen bu düalizmin tekabül etmiş olduğu ideolojik arka planı geçersiz kılmış olduğunu ileri sürer. Birey ve toplum arasında oluşturulmaya çalışılan çatışmayla birlikte, subjektif haklar bağlamında da bireyi ön plana alan ve kişiye dair belirtilen hukuki kategoriyle temsil edilen özgürlük ideolojisinin varsayımlarını çürütür. Birey ve toplumu çözümsüz bir çatışmaya sürüklemek, bireyi kolektif sistemin yayılmacılığına karşı koruma amacı güden bir ideolojinin savlarıdır¹⁵⁷. Saf Hukuk Kuramı evrensel ve tarafsız olma iddiasındadır ve amacı ideolojik amaçlara hizmet etmek değildir. Kuram, hukukun tamamıyla ilgilenir ve her bir olguyu diğer olgularla olan sistematik ilişkisi içinde kavramaya çalışır. Bu yüzden de ideolojik amaçlarla hukuka yapılmış müdahalelere karşı hukuka sağlam bir kalkan tutmayı hedefler. Bu bağlamda hukuku, hukuk dışı etkenlerden korumak için Kelsen'in başvurduğu en önemli dayanak noktası 'temel norm' kuramıdır.

2.1.6. Hukuk Sistemi ve Temel Norm (*Grundnorm*)

Hukuki normlar, Saf Hukuk Kuramı açısından kilit bir öneme sahiptir. Bu doğrultuda Kelsen'in kuramında sistem olarak hukuk sistemi, hukuk normları

¹⁵⁵ Kelsen, s. 59.

¹⁵⁶ Kelsen, s. 63.

¹⁵⁷ Kelsen, s. 64.

sistemidir. Normlar, geçerliliklerinin nihai temeli olan tek bir norma dek sistemli bir şekilde izlenebiliyorsa, burada bir birlikten, sistemden ve düzenden bahsedilebilir. Ortak kaynak olarak bu temel norm, sistemi oluşturan normlar çokluğunun birliğini ifade eder. Bir normun belli bir sisteme ait olması, normun geçerliliğinin izinin bu sistemi inşa eden temel norma dek sürülebilmesini gerektirir¹⁵⁸. Eğer bu sistematik bağımlılık ve hiyerarşik ilişki olmazsa bir hukuki sistemden bahsedilemez.

Kelsen, norm sistemlerini temel normun mahiyetine göre ikiye ayırır. Birinci tipteki normlar içerikleri sebebiyle geçerlidirler; bu normların belirlediği insan davranışları yapılması gereken olarak düşünülür. Çünkü bu normlar içerikleri itibarıyla kendi kendilerine geçerlilik kazandıran normlardır. Bu tip normlar ahlak normlarıdır. “Doğruluk” temel bir norm olarak ele alındığında ‘çalmayacaksın’, ‘aldatmayacaksın’, ‘sözünü tutacaksın’ gibi normlar ‘doğruluk’ temel normundan türetilmiştir. Burada önemli olan özel normların genel olanda zaten içerildiğinin anlaşılabilmesidir. Bu şekilde ahlak normları, temel normdan zihinsel bir işlemle çıkarılabilir. Çünkü ahlak normları statik ve maddi karaktere sahiptir.

Hukuk normları statik normlardan farklıdır. İçerikleri sayesinde geçerli olmazlar. Hukuk normunun içeriğine insan davranışının her türlü dâhil olabilir. Bir hukuk normunun geçerliliği ahlaki bir değere karşılık geliyor mu gelmiyor mu diye tartışma konusu yapılamaz. Hukuk normu, sadece belli bir şekilde ortaya çıkmışsa – belli bir kurala uygun olarak yaratılmışsa, özel bir metot uyarınca çıkarılmışsa veya koyulmuşsa- geçerli sayılır. Hukuk sadece pozitif hukuk olarak, yani çıkarılmış veya konulmuş hukuk olarak geçerlidir¹⁵⁹. Kelsen’in kuramının doğal hukuk karşıtı konumu ve pozitivist karakteri burada da ortaya çıkar. Normlar, çıkarılmalarına veya konulmalarına özgü özel bir eylem aracılığıyla yaratılmalıdır ve bu eylem, zihinden ziyade iradeye ait bir eylemdir. Ancak iradeye ait olması normların olgulardan çıkarılacağı anlamına gelmez. Bir norm ancak başka bir normdan çıkarılır. Yargısal bir kararın veya idari bir işlemin geçerliliğinin nedeni kararın bir yargıç veya idareci tarafından verilmiş olması değildir. Yargıçı karar vermeye, idareciyi işlemler yapmaya yetkili kılan bir normun varlığı koşuluyla, ilgili geçerlilik sağlanmış olur¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Kelsen, s. 67.

¹⁵⁹ Kelsen, s. 68.

¹⁶⁰ Akbaş, s.41.

Bu metodoloji bir eylemin niçin hukuki olduğunu açıklar. Kelsen örnek olarak “hapsetme” cebri eylemini ele alır. Bir insanı özgürlüğünden alıkoyan bu fiil niçin hukuki bir nitelik kazanmıştır? Çünkü bu eylem tekil bir normla, yani bir yargı kararıyla öngörülmüştür. Peki, bu tekil normun niçin geçerli olduğu sorulursa buna ne cevap vermek gerekir. Kelsen buna tekil normun ceza kanununa uygun olarak verildiğini söyler. Peki, ceza kanununun geçerliliği hangi temele dayanır? Bu aşamada Kelsen, tüm kanunların kendisine uygun usuller uyarınca çıkarıldığı devlet anayasasına ulaşır. Sorular tükenmeyecek ve bütün yazılı kuralların ve de bu yazılı kurallardan kaynaklanan bütün hukuki eylemlerin kendisine dayandığı anayasanın geçerlilik temeli sorulacaktır. Kelsen’in cevabı bu anayasadan önce yapılmış anayasadır. Kelsen, daha da ileriye giderek, bir işgalcinin ya da nasıl kurulduğu önemli olmayan bir konseyin ihdas ettiği ilk anayasaya ulaşır. Artık neyin geçerli norm olduğunu belirleyen, ilk anayasayı ihdas edenlerin iradeleridir¹⁶¹. Bu geçerlilik kaynağı sorunsalı sonsuza dek gidebilir. Bu yüzden Kelsen, normların geçerliliğinin temeli olarak temel norma (*Grundnorm*) ulaşır ve muhakemesini sonlandırır. Temel norm varsayımsal (hipotetik) bir temeldir ve onu varsaymak Saf Hukuk Kuramı açısından zorunludur. Eğer temel normun geçerliliği varsayılırsa ona bağlı hukuk sistemi de geçerli hale gelir. Dolayısıyla temel norm, ilk yasakoyucunun eylemlerine ve bu eyleme dayanan hukuk sisteminin diğer eylemlerine “olması gereken” anlamı yüklemiş olur. Sonuç olarak temel normdan kaynaklanan şey, hukuk sistemini inşa eden bütün maddi olayların normatif olarak belirlenmesi ve sistemin içine yerleştirilmesidir. Temel norm pozitif hukuk normu olarak değil, pozitif hukuka ait her sürecin varsayılmış koşulu olarak geçerlidir¹⁶². Bu yüzden Kelsen, temel normu sınırlandıracak herhangi bir tanım yapmaz. Temel norm, Saf Hukuk Kuramının diğer kavramları gibi belli bir teorik maksat için teorik bir fikir olarak bilinçli bir şekilde yaratılmıştır¹⁶³.

Kelsen’e göre temel normun önemi, bir hukuk sistemi hukuki olarak değil de devrimci yollarla değiştirildiğinde ortaya çıkar. Eğer bir grup, monarşiyi yıkıp cumhuriyetçi bir rejim getirmek amacıyla darbe yapmaya kalkışır ve başarılı olursa eski sistem etkililiğini yitirir ve yeni sistem geçerli hale gelir. Çünkü sistemin

¹⁶¹ Kelsen, s. 70.

¹⁶² Kelsen, s. 71.

¹⁶³ Cotterrell, s.169.

geçerlilik iddiasında bulunduğu fiili insan davranışı, artık yeni sisteme tekabül etmektedir. Dolayısıyla devrim veya darbeye getirilmiş olsa da yeni sistem artık hukuk sistemi olarak karşımıza çıkar. Yeni sistemi uygulayan eylemler hukuka uygun eylemler olarak değerlendirilirken eski sistemi uygulayan veya yeni sistemi ihlal eden eylemler artık hukuka aykırı eylemler olarak kabul görür. Yeni temel norm, artık eski sistem olan monarşinin egemeni durumundaki monarka hukuk yapma yetkisi veren temel norm değil, devrimle oluşturulmuş hükümete hukuk yapma yetkisi veren temel normdur. Eğer devrimciler başarısız olsaydı, eylemleri önceki sistemin temel normuna göre değerlendirilecek ve vatan hainliği olarak yorumlanacaktı¹⁶⁴. Temel normun hukuk yaratma ve normları belirleme açısından değeri bu örnekle çok daha iyi anlaşılmaktadır. İlerde de görüleceği üzere temel norm geçerliliğini yitirdiğinde ona bağlı olan tüm normlar geçerliliğini yitirir.

Kelsen, temel normun varsayımsal bir norm olması konusunda birçok kişi tarafından tutarsızlık gerekçesiyle eleştirilmektedir. Örneğin Alf Ross'a göre, hukuk bilimi, anayasaya itaati emreden bir temel normu varsayarak görevinin dışına çıkmıştır. Hukuk bilimi artık dünyayı objektif olarak tasvir eden bir bilim değildir. Dolayısıyla O'na göre Kelsen ancak bir "pozitivist-benzeri" (quasipositiviste)dir, tam anlamıyla bir pozitivist değildir¹⁶⁵. Çünkü ortaya atılmış olduğu temel norm varsayımı, O'nun Saf Hukuk Kuramının pozitivist yönüne hanel getirmiştir.

Kelsen yaşamının son döneminde temel norm üzerine ikinci bir yorum tarzı daha kabul etmiştir. Bu ikinci yoruma göre, temel norm herhangi bir muhtevaya sahip değildir ve anayasaya itaati emretmez. O sadece epistemolojik bir ön varsayımdır. Bu hangi hukukçu olursa olsun ona gerekli bir ön varsayımdır. Burada bilim sadece bu ön varsayımın var olduğunu göstermektedir. Bir kanunu hukuk olarak inceleyen her hukukçu bu kanunun geçerli olduğunu peşin olarak kabul eder ve dolayısıyla bu kanunun geçerliliğinin temelini anayasa olduğunu varsayar. Ama anayasanın ilgili geçerlilik temelini oluşturduğunu kabul etmek için öncelikle anayasanın bizzatıhi geçerli olduğunu kabul edilmelidir. Dolayısıyla kendi özel metodunu uygulayan ve hukuku hukuk olarak tasvir eden her hukukçu, bir temel normu varsayar. Bu anlamda temel norm bir "kurgu (fiction)"dur; böyle bir temel

¹⁶⁴ Kelsen, s. 73.

¹⁶⁵ Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Yayıncılık, Ankara 1998, s. 77.

normun mevcut olduğu varsayılır¹⁶⁶. Eğer hukuk, hukuk olarak yorumlanmak isteniyorsa bu varsayıma müracaat etmek kaçınılmazdır.

Temel norm diğer bütün normların geçerliliklerinin temeli olsa da hukuk normlarının geçerli olmasının pratikteki anlamı kuram açısından önemli bir sorunsaldır. Kelsen'e göre kapalı bir hukuk normları sistemi olarak hukuk sisteminin geçerliliği, onun etkililiğine dayanır. Etkililik, insanların fiili davranışlarının hukuk sistemine tekabül etmesiyle açıklanabilir. Ancak bu, tek başına geçerliliğin etkililiğe dayandığı anlamına gelmez. Çünkü hukuk sistemi içerisindeki bir normun etkili olmaması, bir bütün olarak hukuk sistemini geçersiz kılmaz. Hukuk normu etkili olmasa bile, eğer hala geçerli bir hukuk sistemine ait norm yaratma zincirinin halkasıysa ve böyle olmaya da devam ediyorsa geçerliliğini koruyor demektir. Örneğin hâkimin, hırsızlık yapan birisini cezalandırmasını öngören bir hukuk normu, hâkim hırsız fiilen cezalandırdığı zaman etkililiğe sahip demektir. Ancak hırsızın cezalandırılmaması, hırsızlığın cezalandırılmasını öngören normun geçersiz olduğu anlamına gelmez. Fakat Kelsen, sürekli olarak etkinliğe sahip olamayan bir özel hukuk normunun, sürekli olarak uygulanmadığı için etkinliğini kaybedebileceğini de vurgular¹⁶⁷. Bu vurgu bir hukuk normunun etkin olabilmesi için fiili durumlar ile her zaman uyum içinde olması gerektiği anlamına gelmez. Kelsen böyle bir uyumun normatifliğe uymadığını belirtir.

Normatif sistem ile fiili durum arasında her zaman bir uyumsuzluğun mevcut olması gerekeceğini dile getiren Kelsen, bir hukuk normunun ihlal edilebiliyor olmasının tam da hukukun normatif yapısı sebebiyle olduğunu ifade eder. Çünkü eğer 'olması gereken' doğal bir zorunlulukla gerçekleşiyorsa herhangi bir düzen kurmaya gerek yoktur. Normlar ihlal edilebilir olandır, çünkü olması gerektir; olmak zorunda olan değildir. Zaten yapılması veya yapılmaması mümkün olmayan hiçbir şey hukuki normun konusu olamaz. Eğer bir normda ifade edilen şeyin zıddı mümkünse bu norm ancak o zaman hukuki norm olarak değerlendirilebilir. Bu yüzden normun geçerli olması ona uyulma oranıyla ölçülemez. Kelsen geçerlilik ilkesiyle alakalı iki sınır çizmiş olur. Eğer bir hukuki norma veya nizamla hiç riayet edilmiyorsa, başka bir ifade ile bu normlar sisteminin süjeleri o nizamın gereklerine

¹⁶⁶ Gözler, s. 78.

¹⁶⁷ Güriz, s. 316.

hiç riayet etmiyorlarsa, bu düzenin geçerliliğini iddia etmek yanlış olur. Bu, asgari sınır olarak karşımıza çıkar. Azami sınır ise yukarıda da belirtildiği gibi normlara uymanın tabii bir zorunluluk olarak görülmesidir ki burada normatiflikten bahsetmek olanaksızdır¹⁶⁸. Dolayısıyla sadece bu iki sınır arasında hukukun geçerlilik ilkesi bahse konu olabilir. Konunun daha net anlaşılması için Gözler'e başvurmak gerekirse:

“Bununla birlikte tekrar belirtelim ki Kelsen'e göre, etkililik geçerliliğin bir koşuludur, ama geçerliliğin kendisi değildir. Bir normun geçerliliği onun biçimsel geçerliliği ile yani bir hukuk düzenine ait olması ile belirlenir. Eğer bu anlamda geçerli bir norm söz konusu değilse, ortada hukuk biliminin inceleme alanına giren bir şey yoktur. Biçimsel olarak hukuk düzeninin bir parçası haline getirilmedikçe, bir kurala toplumda yüzde yüz itaat edilse de, o kural bir hukuk kuralı değildir; hukuk biliminin inceleme alanına girmez. Ne var ki, bir kural biçimsel olarak geçerliyse ve eğer o kurala toplumda itaat edilmiyor ve bu durumda da resmi makamlar tarafından öngörülen müeyyide uygulanmıyor yahut uygulanamıyorsa, artık bu norm, her ne kadar belirli bir hukuk düzeninin şeklen bir parçası ise de, Hans Kelsen'e göre geçerliliğini yitirmiştir¹⁶⁹”.

Asgari etkililik ilkesini ikincil veya ek koşul olarak ele alındığına göre, Kelsen'de esas olarak, herhangi bir normun geçerli olup olmadığı sorusu, tüm normların geçerliliğinin kaynağı olan anayasaya müracaatla cevaplandırılabilir. Eğer anayasa geçerliyse, Kelsen'in kuramına göre, ona uygun olarak çıkarılmış normlar da geçerlidir¹⁷⁰. Normlar beşeri iradenin bir ürünüdür ve norm kavramı iradeyi varsayar. Ancak Kelsen, kuvvetin ve iradenin hukuk yaratma ve normları geçerli kılmada temel teşkil ettiği savlarına karşı çıkar. Hukuk asla güçle özdeş olarak görülemez. Çünkü güç de irade de bir olgudur ve olgulardan asla hukuki normlar türetilemez. Olgular 'olan' âlemine aitken, hukuk ise 'olması gereken' âlemine aittir. “Normu”, onu koyan irade tasarrufundan ayırmak gerekir. Zira norm, bu irade tasarrufunun özgül anlamıdır. Başka bir deyişle emir verme fiilinin kendisi ile bu fiilin muhtevası olan emrin bizzat kendisini birbirinden ayırmak gerekir. Örneğin, “A istiyor ki B şu şekilde davransın” önermesinde ilk kısım (A'nın istemesi) bir 'olana (sein)', yani irade tasarrufunun gerçek olgusuna, ikinci kısım ise bir 'olması gerekene (sollen)',

¹⁶⁸ Akbay, s. 40.

¹⁶⁹ Gözler, s. 86.

¹⁷⁰ Kelsen, s. 77.

yani bu irade tasarrufunun anlamı olan norma tekabül eder¹⁷¹. Bu yüzden ikisi arasındaki ince farka dikkat edilmelidir, aksi takdirde hukuk, normatif değil iradeci ve kararçı (desizyonist) bir niteliğe sahip hale gelir. Saf Hukuk Kuramı normların geçerlilik koşulu olarak ‘kararı’ değil yine hukuki normları alır.

Normlar geçerliliklerini ancak kendilerinden bir üstte bulunan normdan alırlar¹⁷². Hukuk kendi kendinin yaratılmasını da düzene bağlar. Hukuk normu başka bir hukuk normunun yaratılması sürecini ve yaratılacak olan diğer bir normun içeriğini düzenler. Eğer bir norm, kendinden üstteki normun belirlediği biçimde yaratılmışsa geçerlidir ve bu norm aslında ilk normun geçerliliğini de temsil eder. Önemli olan biçimsel (formel) geçerliliktir ve buradan normun belirli bir hukuk düzenine ait olması anlaşılır. Aynı şekilde bir norm, onu belirleyen bir üst normla geçersiz de kılınabilir. Norm yaratmayı belirleyen norm üst düzey norm; bu belirlemeye uygun bir biçimde yaratılmış normlarsa alt düzey normlar olarak karşımıza çıkar. Bu yüzden hukuk düzenini aynı dereceye sahip, yan yana duran bir normlar düzeni olarak görmek yanlış olacaktır. Hukuk düzeni farklı katmanlardaki normların düzenlendiği hiyerarşik yapıya sahiptir. Yukarıdan aşağıya doğru tüm normlar bir zincir şeklinde birbirine bağlanmıştır. Temel norm varsayımsal olarak alındığından, pozitif hukuktaki en üstün norm maddi anayasadır. Anayasanın görevi ise genel hukuk yaratan organları, yani yasama faaliyetlerini düzenlemesidir¹⁷³. Anayasadan sonraki bir alt düzey ise genel normlardır. Bu genel normlar da tekil normların içeriğini belirler. Soyut bir biçimde belirlenen maddi olayı, yine soyut bir biçimde belirlenmiş sonuca bağlayan genel normlar, normatif bir mahiyete sahip olabilmek için bireyselleştirmeye gereksinim duyar. Çünkü genel normca soyutlanarak belirlenen maddi olay, fiilen yani somut bir şekilde ihdas edilmelidir. Aynı şekilde bu olay için öngörülen cebri eylem de somutlaştırılmalıdır ki hayata geçirilebilsin ve uygulanabilsin. Bu aşamada sıra tekil yargı kararlarına gelir. Zincirin daha alt halkasında, genel normlarca belirlenmiş ve ona tabi olan tekil yargı kararları ile idari eylemler vardır¹⁷⁴. Böylece temel normdan gelen hukuki düzen, bir mahkeme tarafından somut bir kişi hakkında verilen hükümlerle hayata geçirilmiş olur.

¹⁷¹ Gözler, s. 38.

¹⁷² Akbay, s. 38.

¹⁷³ Kelsen, s. 79.

¹⁷⁴ Kelsen, s. 85.

Devlet sistemi esasında arada hiçbir kırıklık olmayan ve yukardan aşağıya doğru birbirine bağlanmış hukuk normları zinciri, ya da daha çok bilinen tabiriyle bir normlar hiyerarşisidir. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus temel normdan sadece hukuk normlarının geçerliliğinin çıkarılabileceğidir, (genel olarak yanlış anlaşıldığı gibi) hukuk normlarının içeriğinin çıkarılabileceği varsayımı yanlıştır¹⁷⁵. Neticede bir anayasa ihdasıyla başlayan hukukun yaratılması süreci, son aşamada, hukuka aykırı eylemin sonucu olan cebri eylemin uygulanmasıdır. Hukuki işlem temelde cebri eylemin uygulanması ve hayat bulmasıdır. Temel norm varsayımı salt norm yaratma niteliğinde, cebri eylem ise salt uygulama niteliğindedir¹⁷⁶. Hukuk normları cebri özellikte olmasıyla ve bu zorlayıcı karakterini de sadece hukuk düzeninin uygulayabilmesiyle normatifliğinin özgünlüğünü ortaya koyar.

Temel norm bahsini kapatmadan önce çağdaş hukuk felsefecilerinden Joseph Raz'ın konuyla alakalı değerlendirmelerini incelemek faydalı olacaktır. Raz öncelikle Kelsen'in temel norm ve hukuk sistemiyle alakalı olarak ileri sürdüğü iki temel savı açıklar. Birinci sava göre, ikisinden biri ötekinin oluşturulması için doğrudan veya dolaylı olarak yetki veren iki norm, zorunlu olarak aynı hukuk sistemine aittir. İkinci sava göre, bir hukuk sisteminin tüm kuralları doğrudan veya dolaylı olarak tek bir kuralla yetkilendirilmektedir. Ancak Raz'a göre Kelsen'in hukuk sistemlerinin birliği teorisi başarısızlığa uğramaya mahkûmdur. İlk savla başlanacak olunursa bu sav; tek bir geçerlilik zincirine bağlı olan tüm kuralların, tek ve aynı hukuk sisteminin parçası olduğunu ileri sürmektedir. Raz bu bağlamda şunları ifade eder:

“...Eğer bu aksiyom doğru olsaydı, yeni devletlere barışçıl yollarla bağımsızlık tanımak imkânsız hale gelebilirdi. A ülkesinin B isimli bir kolonisi olduğunu ve ikisinin de aynı hukuk sistemiyle yönetildiğini varsayalım. A, B halkı tarafından seçilmiş bir temsilciler meclisine (B üzerinde) kapsamlı ve sınırlanamaz bir yasama yetkisi veren bir yasayla, B'ye bağımsızlık tanımış olsun. Ayrıca bu temsilciler meclisi, B halkının genelinin kabul ettiği bir anayasayı benimsemiş ve hatta buna göre seçimler yapılmış ve sonraki yasalar konulmuş olsun. Hükümet, mahkemeler ve B halkı, B'yi bağımsız bir hukuk sistemine sahip, bağımsız bir devlet

¹⁷⁵ Akbaş, s. 43.

¹⁷⁶ Kelsen, s. 88.

olarak görmektedir. A dâhil olmak üzere, tüm diğer devletler tarafından tanınmıştır. A'nın mahkemeleri, B'nin anayasa ve yasalarını, A'ninkinden farklı ve bağımsız bir hukuk sistemi olarak kabul etmektedir. Bu olgulara rağmen Kelsen'in ilk aksiyomundan, B'nin anayasa ve yasalarının A'nın hukuk sisteminin parçası olduğu sonucu çıkmaktadır. Çünkü B'nin anayasası ve buna dayanarak yapılan tüm yasalar, A'nın bağımsızlık tanıyan yasasıyla yetkilendirilmiştir ve bu nedenle aynı sistemin aynı geçerlilik zincirine aittirler¹⁷⁷."

Raz, Kelsen'in hatasını olguları dikkate almaması ve sadece kuralların içeriğini değerlendirmesi olarak görür. İkinci aksiyom ise bir sistemdeki tüm kuralların aynı geçerlilik zincrine bağlı olmak zorunda olmasını savunuyordu. Raz bu sefer, hem geleneksel anayasanın hem de yazılı anayasanın geçerli olduğu bir yerde, bu ikisinin aynı geçerlilik zincirine ya da aynı hukuk sistemine tabi olup olmadığı sorar. Kelsenci cevap; bu ikisini, temel normun birleştirdiği ve aynı sisteme dâhil ettiği şeklinde olacaktır. Peki, iki anayasayı da yetkilendiren bir temel normun olup olmadığını sorduğumuzda nasıl bir cevap bizi bekler? Ya da her bir anayasayı yetkilendiren farklı temel normların olabileceği sorulduğunda sonuç nedir? Kelsenci cevap; temel normun içeriğini bilmek için bir düzenin yaratılmasına ve uygulanmasına aracılık eden olguları ortaya çıkarmak gerektiğidir. Fakat burada bir çıkmaz vardır. Hukuk sistemini bilmek için temel norma ihtiyacımız vardır, temel normu bilmek için de hukuk sisteminin niteliğinin belirlenmesi gerekir. Sonuç olarak temel norm hukuk sisteminin niteliği bilinmeden tanımlanamaz¹⁷⁸. Dolayısıyla temel norm, hukuk sistemlerinin niteliği ve birliği sorununu çözemez.

Raz, temel normun pozitif olmayan niteliğini de ortaya koyar. Kelsen normun geçerlilik şartını bir üst normun onu yetkilendirmesine bağlıyordu. Buna göre her kural insan eylemiyle yaratılmasına rağmen, geçerliliğini eylemden değil oluşturulması yönünde yetki veren bir başka kuraldan almaktadır. Sonuç itibarıyla bütün pozitif kurallar geçerliliklerini pozitif olmayan, insan eylemiyle yaratılmayan bir kurala borçludur. Yalnızca pozitif olmayan bir kural, hukuk sisteminin temel kuralı olabilir; yalnızca bu, normatifliğinin kaynağı olarak bir başka normu önceden varsaymamaktadır. İşte pozitif olmayan bu kural, temel normdur¹⁷⁹. Ancak temel

¹⁷⁷ Joseph Raz, *Kelsen'in Temel Norm Kuramı*, Çev. Şule Şahin Ceylan, *AÜHFD*, 62 (4), Ankara 2013, s. 1175.

¹⁷⁸ Raz, s. 1176.

¹⁷⁹ Raz, s. 1173.

normu hukuk dışı bir öge olarak görmek yanlıştır, yerine getirmiş olduğu hukuki işlevler sebebiyle temel norm, hukukun bir parçasıdır. Temel normun önemli işlevlerinden birisi de belirli olguların subjektif anlamını, tanrı veya doğa gibi meta-hukuksal otoritelere başvurmaksızın, objektif bakımdan geçerli bir hukuki normlar sistemi olarak yorumlamayı sağlamasıdır. Temel norm, pozitif hukukun objektif geçerliliğini sağlaması açısından önemlidir. Aynı şekilde temel norm varsayımı, hukuk öncesi var olan bir gücü ve hukuka yön veren bir kararı reddetmek açısından gereklidir. Kelsen'in egemenlik anlayışının temel noktası hukuk dışındaki otoritelerin reddine dayanır ve egemenlik, sadece hukuk düzeninin içerisinde konumlandırılabilir bir şey olarak anlaşılabilir. Kelsen egemenlik anlayışını, hukuk kuramının kapsamında değerlendirir. Bu yüzden öncelikle Saf Hukuk Kuramının temel özellikleri ortaya konulmuştur. Şimdi ise Kelsen'in egemenlik hakkındaki düşüncelerine ve değerlendirmelerine geçilebilir.

2.2. Hans Kelsen'in Egemenlik Anlayışı

Devleti bir hukuk sistemi olarak kabul eden Kelsen, devlete hukuk karşısında herhangi bir üstünlük atfetmez. Devlet ve devletin yetkilerini kullanan iktidar organları sadece hukuk sistemi tarafından yetkilendirilirse yasal niteliğe kavuşmuş olur. Hukuk sistemi içinde yetkilendirilen tüm organların işlevi yine ilgili hukuk sistemi tarafından belirlenmiş ve tanımlanmıştır. Hukuk sisteminin dışına çıkıldığında ne devlet diye nitelendirilebilecek bir organ ne de devlet organı içinde tanımlanan hiçbir kişi ve kurum kalmayacaktır. Kelsen egemenlik kavramını da bu bağlamda değerlendirir. Egemenlik devletten ve hukuk sisteminden önce var olan ve bunların üstünde bir irade değildir. Egemenlik, devlet gibi sadece hukuk sistemi içerisinde kendisine yer bulabilir. Hukuk sistemi içine dâhil edildiğinde ise klasik egemenlik anlayışı, temel niteliği olan mutlak ve sınırlanamaz özelliğini kaybedeceğinden, Kelsen'e göre kavramın bu anlamıyla bir önemi kalmayacaktır. Egemen olan, hukuk sisteminin kendisidir. Klasik egemenlik anlayışına uygun olarak geliştirilen geleneksel hukuk kuramları, özel hukuk-kamu hukuku arasında bir ayrıma gider ve kamu hukukuna üstünlük tanır. Aynı şey hukuk-devlet ve devlet hukuku-uluslararası hukuk ayrımları için de geçerlidir. Kelsen tüm bu ayrımları

reddeder ve egemenlik kavramı bağlamında devlete verilen hukuki ve siyasi üstünlüğü, Saf Hukuk Kuramıyla ortadan kaldırmış olur.

2.2.1. Özel Hukuk-Kamu Hukuku Düalizminin Reddi

Kelsen'in egemenlik anlayışını anlayabilmek için öncelikle özel hukuk-kamu hukuku ayrımıyla alakalı düşüncelerini incelemek gerekir. Geleneksel ayırmda özel hukuk, eşit düzeydeki sùjeler arasındaki hukuki ilişkileri; kamu hukuku ise tabi olan ve tabi olunan sùjeler arasındaki hukuki ilişkileri ifade eder. Yani kamu hukuku devletle vatandaşlar arasındaki ilişkilere denk düşer ve bu ayırım, hukuk ile devlet arasında bir karşıtlık meydana getirmiş olur. Devletin hukukuna, vatandaşları karşısında bir üstünlük atfedilmiş olur. Tek taraflı irade beyanıyla vatandaşlara yükümlülükler yüklenir. Kamu hukuku, idari bir organ tarafından çıkarılan ve norma muhatap olan sùjelerin, direktifle uyumlu şekilde davranmaya yönelik hukuki bir yükümlülük altına sokulduğu kurallardır. Ancak özel hukukta böyle bir durum geçerli değildir. Özel hukuk ilişkisi sözleşme yoluyla ortaya çıkar ve taraflar bu sözleşme uyarınca davranma yükümlülüğü yüklenmiş olurlar. Taraflar bu normların yaratılmasına bizzat katılmış olurlar ve hukukun sözleşmeyle oluşturulmasının anlamı budur. Kamu hukukunda idari direktif verilen taraflar, kendilerine yükümlülük yükleyen normların yaratılmasına katılamazlar¹⁸⁰ ve iki hukuk düzlemi arasındaki temel fark burada yatar. Kamu hukukunda idare “x yapılacak” der ve yapılır. Muhatabın fikri alınmaz, normun içeriğiyle alakalı soru sorulmaz. Oysa özel hukukta karşılıklı bir müzakere vardır ve taraflar yükümlülükleri kabul etmek zorunda değildir.

Kelsen bir monizm savunucusu olarak bu ayrımı da reddeder. Saf Hukuk Kuramı, özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki mutlak karşıtlığı bir ideoloji olarak niteler ve buna karşı çıkar. İki hukuk türü de aslında aynı temel normun uzantısı olan genel normların tekilleştirilmiş halidir. Özel hukuk sözgelimi medeni hukukun genel normunun tekilleştiği bir alanken, kamu hukuku ise idare hukukun genel normunun tekilleştiği alandır. İki hukuk türü de temel normun kendisini geçerli saymasıyla geçerlilik kazanır ve hukuk sisteminin birliği içerisinde algılanmalıdır. Eğer aksi

¹⁸⁰ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s. 116.

düşünülürse ortaya çıkacak olan şey, devlet menfaati için kamu hukukuna sınırlandırma getirmemek, idarenin daha rahat hareket etmesini sağlamak, kamu refahı adına işlemlerini meşrulaştırmasının önünü açmaktır. Özellikle bir istisna durumu meydana geldiğinde, mesela olağanüstü hal, devletin amaçları tüm yasaların önüne geçebilir¹⁸¹. Bu durumda herhangi bir hukuki düzenden bahsetmek olanaksız hale gelir ve artık keyfi bir sistemin önü açılmış demektir. Kamu hukuku siyasal alanın tekeline girmiş olur ve adeta hukuktan bağımsızmış gibi değerlendirilir. Oysa ne siyasal güç özel hukuktan bağımsızdır, ne de özel hukuk hakları siyasal haklardan farklıdır. Çünkü özel hukuk alanında yaratılan haklar da devletin iradesinin şekillenmesine katkıda bulunur. Özel hukuk alanıyla alakalı bir yargı kararı da devletin iradesini yansıtır. Sözleşmeyle yaratılan özel hukuk, yasamayla veya idareyle yaratılan kamu hukukunun içinde olduğu siyasal alandadır. İkisi arasındaki fark, basit bir hukuk yaratma metodu farkıdır. Kelsen'e göre bundan fazlasını söylemek ideolojik niyetleri açığa çıkarır.

Kamu hukuku egemenlik alanına tekabül eder ve özel hukukla arasında yapılan böyle bir ayırım, egemenlik düşüncesinin belirmesine yardımcı olur. Zira devletin hukuka tabi olmasının kısıtlı olması (ya da devletin hukuka tabi olmaması) ve devlet denilen aygıtın diğer hukuk sùjeleri karşısında üst bir konuma oturtulması egemenlik düşüncesinin özünü verir. Ancak Kelsen için böyle bir ayrılık ve üstünlük söz konusu değildir. Kelsen egemenlik düşüncesine sempatiyle bakmaz, çünkü egemen ve üstün bir devlet anlayışı Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı açısından sağlıklı değildir. Her şeyi hukuk ve normlar temelinde anlamlandırmak isteyen Kelsen için; hukuktan bağımsız, ondan ayrı ve ona üstün bir otorite varsaymak doğru değildir. Kelsen'in teorisinin tekçi (monist) yapısı bu tür ayrımlara olanak tanımaz. Ona göre her şey hukuk sisteminin birliği içinde değerlendirilmelidir. Bu bağlamda hukuk ve devlet ayrı şeyler olarak değerlendirilemez, devlet; hukuk sisteminin bizzat kendisidir.

2.2.2. Hukuk-Devlet Düalizminin Reddi

Geleneksel hukuk teorisi kamu hukuku-özel hukuk ayırımı yaparak devlete hukuk karşısında bir üstünlük atfetmiştir. Bu ayırım, esasında ortaya konulan daha

¹⁸¹ Kelsen, s. 117.

temel bir ayrımın sonuçlarından birisi olarak değerlendirilebilir. Bahsedilen temel ayrım, Kelsen'e göre, geleneksel hukuk teorisinin ortaya atmış olduğu hukuk-devlet düalizmidir. Geleneksel hukuk ve devlet teorisinde hukuk, hem devletin karşısına konur; hem de devletin hukuki bir niteliğe sahip olduğu söylenir. Devlet hem hukuk sisteminden bağımsız görülür, hem de hukuki yükümlülüklerin ve hakların öznesi olarak bir hukuk kişisi şeklinde kabul edilir. Özel hukuk bireyi önceleyen bir karaktere sahiptir ve bireysel hakların devletten mantıksal ve zamansal olarak önce geldiğini savunur. Aynı şekilde kamu hukuku da devletin hukuktan bağımsız ve ondan önce var olduğunu iddia eder. Ancak devlet ve teorisi, kendi kendini bu sisteme tabi kılmak için, kendi hukukunu kendisine yükümlülük yüklemek ve hak vermek için kullanmak üzere, hukuk yaratmak suretiyle, bir nevi kendi hukukunu, başka bir deyişle objektif hukuk sistemini yaratarak tarihsel amacını gerçekleştirmeye devam eder. Bu durumda ortaya çıkan sonuç devletin –hukuk üstü, güçlü bir makro insan ya da sosyal organizma olarak- hem hukukun ön varsayımı olduğu hem de hukuku ön varsaydığıdır. Daha açıkça ifade etmek gerekirse devlet hukuktan önce gelir çünkü hukuku yaratan devlettir. Ancak hukuku yarattıktan sonra da yarattığı hukuktan meşruluk ve hukuki kişilik kazanır. Aynı zamanda bu hukuka kendini tabi kılar, kendini sınırlandırır. Kelsen bu teoriyi büyük bir tutarsızlık ve çelişkiler yumağı olarak görür, ancak teorinin ne kadar güçlü bir şekilde direncini koruduğu konusunda da şaşkınlığını gizleyemez¹⁸². Kelsen bu ayrımda da ideolojik etkilerden bahseder. Devletin hukuktan farklı bir şahıs olarak görülmesi devleti hukukla meşrulaştırmanın bir aracı haline gelir. Hukuk; devleti adil, gerekli veya haklı olarak nitelediğinde devlet meşrulaşmış olur. Devlet metafiziksel-dinsel meşrulaştırımını yitirse de kendine yeni bir meşruiyet aracı bulmuştur: Hukuk ya da Rechtsstaat (hukuk devleti, anayasal devlet)¹⁸³. Devlet, tamamen hukukla kavranamayacak, devletin hukuktan önceliği bağlamı dikkate alındığında, hukuk dışı niteliklere de sahip olduğu kabul edilecektir.

Kelsen'e göre devlet ancak ideolojiden, metafizikten ve mistisizmden bağımsız bir biliş aracılığıyla anlaşılabilir. Bu biliş, devleti insan davranışları sistemi olarak görür. Devlet cebri bir sosyal sistemdir ve hukuk da cebri eylemi içerir.

¹⁸² Kelsen, s. 122.

¹⁸³ Kelsen, s. 123.

Dolayısıyla temelde aynı sistemlerdir ve bir sosyal topluluk farklı iki sistemce inşa edilemez. Buradan Kelsen şu sonucuna ulaşır: *Devlet bir hukuk düzenidir*. Kelsen burada bir parantez açar ve her hukuk düzeninin devlet olarak nitelendirilemeyeceğini ekler. Eğer hukuk düzeni belli organları yaratırsa yani belli bir merkezilik ölçüsüne ulaşırsa devlet niteliği kazanır¹⁸⁴. Merkezileşme örgütlenmeyi gerektirir, örgütlenme ise uzmanlaşmış (hukuk yaratma ve uygulamada) organlar kurulmasını gerektirir.

Kelsen primitif, devlet öncesi hukuk topluluklarını örnek göstererek merkezilik ölçüsünden ne kastettiğini açıklamaya çalışır. Bu toplumlarda normları yaratan; örf ve adetler, geleneklerdir. Herhangi bir merkezi mahkemeye rastlanmaz, bunun sonucu olarak normlar, cebri eylemler aracılığıyla hayata geçirilemez. Dolayısıyla neyin hukuka aykırı fiil ya da suç olduğuna karar veren merkezileşmiş bir hukuk sistemi yoktur. Buna karar veren, hakkının ihlal edildiğini düşünen herhangi bir kişidir. Bu kişi hakkı ihlal edildiğinde adaleti bizzat kendisi sağlayacaktır. Babasını öldüren katili gidip öldürecek, alacaklı olduğu borçlunun herhangi bir malına el koyacaktır. Sistem bu şekilde varlığını sürdürür ancak bu düzen asla devlet olarak tanımlanamaz¹⁸⁵. Çünkü bu düzenler ve ileride görülecek olan uluslararası hukuki düzen, âdemi merkezileşmiş zorlayıcı düzenlerdir ve devlet için gerekli olan merkezileşmeye sahip değildir.

Sosyal bir kolektivite olarak devlet, geleneksel kuram dikkate alındığında üç unsurdan oluşur; Devletin halkı, devletin toprağı ve bağımsız bir devletin hükümetince uygulanan kamusal güç. Kelsen bu üç unsurun sadece hukuki olarak tanımlanabileceğini ifade eder. İlgili unsurlar ancak hukuki bir düzenin geçerlilik alanı olarak anlaşılabilir. Devletin halkı, devlete tabi olan insan demektir. Bu tabiiyetin tek ölçüsü, bu insanın diğerleriyle birlikte, görece merkezileşmiş belli bir baskı düzenine tabi olmasıdır. Çünkü bir insanın devletle arasındaki bağ sorunu, ruhsal değil hukuki bir sorundur. Bir devletin halkını oluşturan insanların birliği, tek ve aynı hukuk düzeninin tüm bu insanlar için geçerli olduğu ve onların davranışlarını belirli kurallara bağlandığı bir sistemin dışında aranmaz. Devletin halkı, devlet hukuki düzeninin kişisel geçerlilik alanıdır. Devletin toprağı da açıkça sınırlanmış bir

¹⁸⁴ Kelsen, s. 124.

¹⁸⁵ Kelsen, s. 124.

alandır. Devletin sınırlarının neye göre belirlendiği sorusu hukuki bir saptamayla cevaplandırılabilir. Devletin toprağı; bir devlet hukuki düzeninin geçerlilik alanıdır. Ayrıca geleneksel kuram devletin yalnızca alansal bir varlığı olduğunu ifade etmiş, zamansal varlığını göz ardı etmiştir. Devletin varlığı nasıl belirli bir alanla sınırlanmışsa, aynı şekilde belirli bir zamanla da sınırlıdır. Bir devletin ne zaman var olup ne zaman varlığının son bulduğu sorunu da ancak hukuki bir sorundur. Bunların saptanmasında devreye uluslararası hukuk girmektedir. Üçüncü ve son özellik olan devletin iktidarını ise diğer iktidar tiplerinden ayıran şey, onun hukuken kurallandırılmış olmasında yatar. Yani iktidarı uygulayan bireylere, merkezi hukuk sistemi tarafından iktidarı kullanma yetkisi verilmiştir¹⁸⁶. Kelsen devletle alakalı tüm özellikleri hukuk bağlamında açıklamaya ve bu yolla temellendirmeye özen gösterir. Devletin hukukileştirilmesi egemenlik kavramının da etkinliğinin sona ermesi demektir.

Kelsen'e göre hukuk ve devlet özdeşdir. Devletin varlığına dair her eylemi, hukuki (hukuk kurallarını yaratan veya uygulayan) bir eylem olarak tanımlanmalıdır. Herhangi bir insanın eylemi, eğer bir hukuk normu onu devlet eylemi olarak nitelermişse, devlet eylemi olabilir. Kelsen için devlet sorunu aslında isnat sorunudur. Devletin her eylemi esasında bir insan eylemidir. Sadece hukuk normları bu insan eylemlerine devlet vasfı kazandırabilir. Şahıs olarak devlet, bu açıdan cebri düzenin kişileştirilmesi olarak karşımıza çıkar. Bir eylemi, kişi olarak devlete isnat etmek, isnat edilen maddi olayı devlet eylemi haline getirir. Maddi olayı yapan insana da devlet organı vasfı kazandırır. İnsan yetkilendirildiği normla, kendi adına değil, devlet adına hareket eder. Böylece devletin hukuki kişiliği bütün diğer hukuk kişilikleriyle aynı karaktere sahip olur. Hukuk sisteminin birliğinin bir ifadesi olarak devletin hukuki kişiliği de bir isnat meselesidir, yani normun yetkilendirmesidir¹⁸⁷. Bir okulu açanın ya da bir mala el koyanın devlet olduğunu söylemek, aslında bunu yapan kişinin belli bir şekilde nitelenmiş olduğunu söylemektir. Bu isnat zinciri kişileri, kurumları ve nihai olarak devleti belirli bir düzen olarak tanımlar ve merkezileştirir. Hukuka aykırı fiillere karşı müeyyidelerin uygulanması işlemi, yine sadece isnat edilmiş –resmi olarak vazifelendirilmiş- kişilerce yapılır; aslında bu da

¹⁸⁶ Hans Kelsen, “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği”, Çev. Cemal Bâli Akal, *Devlet Kuramı*, (Der. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, s. 428-429.

¹⁸⁷ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s. 127.

devletçe yapıldığı anlamına gelir. Müeyyideleri uygulayan otorite, devletin gücüdür ve bu güç, hukuk sisteminin etkililiğini sağlar. Ancak buradan asla düalizme gidilmemelidir. Devletin gücü de hukuka içkindir, çünkü hukuk devlettir. Kelsen bu konuyu açık bir şekilde şöyle ifade eder:

“Nasıl ki cebri hukuk sisteminde sistem olarak devleti ve sistemin birliğinin kişileşmesinde kişi olarak devleti görebiliyorsak, hukuk sisteminin etkililiğinde de ‘güç’ olarak devleti -geleneksel olarak 'devlet iktidarı' olarak nitelenen her şeyi- görebiliriz. Bu güç kendisini sadece, hukuk sisteminin, yani devlet sisteminin normlarında yer alan nosyonların harekete geçirici gücünde ifade edebilir. Devlet gücünün geleneksel olarak algılandığı tüm harici yansımalar -hapishaneler ve kışlalar, darağaçları ve makinalı tüfekler- kendi başlarına cansız nesnelere. Bir güç aracı olabilmeleri için insanların onları belli bir sistem içerisinde kullanmaları, bu insanların söz konusu düzen nosyonu, yani bu düzene uygun hareket etme zorunluluğu inancı tarafından yönetiliyor olması gerekir¹⁸⁸”.

Klasik egemenlik anlayışının kendini ifade ettiği devlet gücü kavramını hukuka bağlayan Kelsen’e göre bu güç, hukuka üstün bir güç değildir, tam tersine devlet; gücünü yalnızca hukuk aracılığıyla kullanabilir. Hukuk yoksa devlet gücü de yoktur. Bu sebeple ‘egemen’, pratik olarak bir anlam ifade etmez ve egemen irade aslında hukukun kendisi olur. Egemenlik hukuka verilirse, bu sayede devletin hukuk eliyle meşrulaştırılması imkânsız hale gelir. Hukuk, hukuk eliyle meşrulaştırılmayacağı gibi devlet de hukukla meşrulaştırılmaz, tabi ki hukuku, pozitif hukuk olarak dikkate almak şartıyla. Hukuku, ‘haklı’ veya ‘adil’ hukuk olarak dikkate alırsak burada ideolojiler ve subjektif değerlendirmeler devreye girecektir. Bu yüzden devleti bir ‘hukuk devleti’ olarak meşrulaştırmaya kalkmak beyhude bir çabadır. Çünkü her devlet bir hukuk düzenidir, hukuk düzenine sahip olmayan bir aygıt devlet olamaz, bu yüzden hukuk devleti tamlaması fazlalık içerir, zira hukuk zaten devlettir¹⁸⁹. Hukuk, devlet gibi, insan davranışına ait cebri bir sistemdir, devletle özdeşdir. Hukukilik vasfını adil devlet/adil olmayan devlet olarak değerlendirmek hukuk biliminin konusu değildir, öznel yani ideolojik vb. yargılardır. Saf Hukuk Kuramı hukuk biliminin herhangi bir meşrulaştırıcı görevi olduğu reddeder. Meşrulaştırma değerlendirme demektir, değerlendirmeler ise subjektiftir, hukuk biliminin dışındadır.

¹⁸⁸ Kelsen, s. 131.

¹⁸⁹ Kelsen, s. 133.

2.2.3. Devlet Hukuku (Ulusal Hukuk) - Uluslararası Hukuk Düalizminin Reddi

Devleti ve hukuku  zdeŒ kabul eden Kelsen, devlet hukuku ve uluslararası hukuk arasında yapılan ayrıma aynı kuramsal gerekçelerle karŒı çıkar. Uluslararası hukuk, egemenlik kavramının sıklıkla tartiŒma konusu haline geldiği bir alandır. Uluslararası arenada devletler birbirlerinin egemenlik alanlarına müdahale etmezler, i  iŒlerine karıŒmazlar, hukuki alanlarına etki edemezler. Devletler sadece kendi hukuki yapılarına bağlıdırlar, birbirlerinin hukuki sistemine bağlı değildirler. Uluslararası iliŒkilerde devletlerin mi ana aktör olduğu yoksa devlet dıŒı aktörlerin mi etkili olduğu önemli bir tartiŒmadır. Devletler temel özne olarak alınırsa ve mutlak egemenlikleri tanınırsa, uluslararası hukukun bağlayıcılığı minimum seviyede görülür. Ancak uluslararası hukuka daha çok yetki vermeyi, barıŒıl yolların tesisi olarak görenler içinse devletlerin egemenliği, sınırlanması gereken bir Œey olarak gündeme gelir. Uluslararası hukuka tabiiyet esas mesele haline gelir. Bu yüzden Kelsen'in uluslararası hukuk hakkındaki değerlendirmeleri egemenliğe bakıŒ açısını vermesi bakımından önemlidir.

Kelsen uluslararası hukuku, devletlerarası iliŒkileri düzenlemek üzere yaratılmıŒ normlardan oluŒan bir hukuk sistemi olarak görür. Ancak bu normlar teamül yoluyla yaratılmıŒtır ve genel uluslararası hukuka aittir. Devletlere hem yükümlülükler yükler hem de haklar verir. Bu normlar arasında Kelsen, özellikle *pacta sunt servanda* (ahde vefa) olarak bilinen, devletlerin tarafı olduğu anlaŒmaların gereklerine uyma ilkesine özel bir önem atfeder¹⁹⁰. Bu norm sayesinde devletler, birbirleri arasındaki davranıŒlarını antlaŒmalar yoluyla düzenleyebilirler. Fakat antlaŒmayla oluŒturulan normlar sadece ona taraf olan devletleri bağlar, tüm uluslararası toplumun üyelerini değil. Genel uluslararası örf ve adet hukukuyla, bu tikel devletlerin uluslararası antlaŒma yoluyla oluŒturduđu hukuk arasında uyumsuzluk yoktur. İkincisi birincisine uygun olarak yapılır ve ikisi arasında ast-üst iliŒkisine dayalı bir hiyerarŒi vardır. Kelsen'in hukuk kuramı dikkate alındığında, bu hiyerarŒik yapının kurulması doğaldır. Kelsen, hem antlaŒmayla yaratılan uluslararası hukukun hem de erklerini uluslararası hukuktan alan devlet sistemlerinin dayandığı temel bir normun olması gerektiğini ifade eder. Temel norm, devletlerin karŒılıklı

¹⁹⁰ Pazarcı, s. 15.

davranışlarının hukuk yaratan maddi olaylar olduğunu ihdas eden ve bunu önceden yetkilendiren etkendir. Bahsedilen temel norm; uluslararası örf ve adet hukukudur¹⁹¹. Anayasa, bir devletteki maddi eylemlerin hangilerinin hukuk kuralı olacağını belirliyorsa, aynı şekilde uluslararası arenada da devletlerin aralarındaki maddi işlemleri (ortak enerji çalışmaları, tatbikatlar, yaptırımlar, müdahaleler) hukuk kuralı olarak belirlemesi gereken bir temel norma ihtiyaç vardır. Ya da bir devlette iki kişinin sözleşmeyle yarattığı özel hukuk işlemleri, hukuk sisteminin birliği içinde ve temel normun onu hukuk işlemi olarak tanıması koşuluyla bir hukuk yaratma olarak karşımıza çıkıyorsa, uluslararası ilişkilerde de aynı durum geçerlidir. İki devletin antlaşmayla yaratmış olduğu hukuk, uluslararası hukuk sisteminin birliği içinde ve uluslararası hukukun temel normuyla tanındığı sürece hukuki bir işlem olmuş olur. Kelsen uluslararası hukuku ve devlet iç hukukunu iki ayrı sistem olarak görmez. Hepsini tek bir sistemin parçası olarak ele alır.

Kelsen, uluslararası hukuk sistemini primitif bir hukuk sistemi olarak tanımlar. Her ne kadar uluslararası hukuk, devlet hukuk sistemindeki gibi cebri bir eylem olarak ortaya çıksa da bu sistem, devlet hukukuna göre çok daha az merkezileşmiş bir sistemdir. Uluslararası hukukta, hukuka aykırı eylemlerin yaptırımı misilleme ve savaştır. Uluslararası arenada devlet hukukundaki gibi yaptırımları uygulayacak tek bir merkezileşmiş ve örgütlenmiş yapı olmadığı için âdemi merkezileşmiş bir sistem mevcuttur. Kelsen'in daha önce örneğini vermiş olduğu ilkel hukuk toplulukları gibi, uluslararası hukuk da üyelerinin bizzat kendi eliyle gerçekleştirilir. Genel norm somut olaylara uygulanırken de aynı durum geçerlidir. Çıkarlarının ihlal edildiğini düşünen devlet, başka bir devletin sorumlu olduğu hukuka aykırı eylemin gerçekleşip gerçekleşmediğine kendisi karar verir. Mevcut nesnel bir otorite olmadığından, eğer sorumlu devlet suçlu olduğunu inkâr ederse devreye uluslararası hukukun cebri eylemleri olan misilleme ya da savaş girer. Burada ciddi bir sorun karşımıza çıkar. Eğer hakkı ihlal edilen devlet, suçlu devlete misilleme yapamayacak kadar güçsüzse ne olacaktır. Zaten misilleme ve savaşın hukuki müeyyide tanımına uyduğunu söylemek oldukça güçtür. Müeyyide hukuk düzeni tarafından örgütlenmiş bir cebirdir. Yani müeyyideyi, hukuk normunun ihlalinden zarar gören kişi değil, yalnızca hukuk düzeni tarafından yetkilendirilen

¹⁹¹ Kelsen, s. 136.

kişiler ve organlar uygulamaya yetkilidir. Ve müeyyide, ancak hukuk düzeni tarafından öngörülen şartlar içinde olabilir. Hukuk düzenin müeyyidesi merkezileştirilmiş ve tekelleştirilmiştir. Misilleme ve savaş ise bu tanıma uygunluk göstermez¹⁹². Uluslararası hukukun primitif bir sistem oluşunun zaafı burada ortaya çıkmış olur. Bir diğer zaaf; “devleti cezalandırmanın” devletin gerçek kişilerinin cezalandırılması demek olmasıdır. Uluslararası hukuka aykırı fiilin ortaya çıkmasına sebep olan gerçek kişiden ziyade, devletin halkı olan gerçek kişiler cezalandırılır. Eğer ordu ve halk ayrımı yapılmışsa o zaman da ordu vurulur ki bu da aslında suçun sonucunun başkalarına yönelmesidir¹⁹³. Kelsen’in önceden de belirttiği gibi devlet eylemleri insanların eylemleridir, devletin suçu insanın suçudur ve cezalandırılan da esasen devlet değil yine insandır. Buradan yola çıkarak uluslararası hukukun bireylere dolaylı yoldan haklar verip ve yükümlülükler yüklediği sonucuna ulaşırız. Çünkü uluslararası hukuk doğrudan devlet hukuk sistemlerini düzenler, devlet hukuk sistemleri de bireylerin davranışlarını düzenler. Bazı durumlarda da uluslararası hukuk doğrudan kişilere yükümlülükler yükler ve haklar verir. Bu durumda da bireyler uluslararası hukukun doğrudan süjesi olmuş olurlar. Mesela insan haklarının uluslararası korunması, bu gelişimin en önemli göstergesidir. Geçmişte bir devletin uyrukları ile ilişkilerinin, her devletin kendi sınırları içinde uygulanan egemenlik kavramıyla korunma altına alınmış bir iç hukuk sorunu olarak görülmesine karşın; benzer ilişkiler bugün uluslararası hukukun sahasına girmiştir¹⁹⁴. Böylece ulusal ve uluslararası hukuk arasındaki net çizgiler belirginliğini kaybetmeye başlamıştır.

Kelsen hukukun tümüyle tek bir sistem içinde görülmesinin ve bölünmez bir bütün olarak tekçi bir bakış açısından bakılmasının epistemolojik gereklilik olduğunu ifade eder. Hukuki biliş, hem uluslararası hukuku hem de devlet hukukunu, hukuk olarak kavrayarak nesnesini bir birlik içinde ele almış olur. İki normun birleşik bir sistem oluşturabilmesi için birinin geçerlilik temelini diğerinden alması gerekir. İki norm eğer hiyerarşik bir yapıda değil de eş düzeyde olursa, bunları aynı sisteme dâhil edecek üçüncü bir norma ihtiyaç var demektir. Bu üçüncü norm ya da

¹⁹² Gözler, s. 141.

¹⁹³ Kelsen, s. 138.

¹⁹⁴ François Rigaux, “Hans Kelsen on International Law”, *European Journal of International Law* 9, 1998, s. 332.

üçüncü sistem bu ikisinden daha üst düzeyde olmalıdır. Bu sistem diğer iki normun geçerlilik alanlarını birbirinden ayırmaya ve ikisini de eş sıralı kılmaya yarar¹⁹⁵. Uluslararası hukuk ve devletler hukuku birleşik bir sistem oluşturuyorsa bu şekilde değerlendirilmesi gerekir.

Uluslararası hukuk, her hukuk sistemi gibi hiyerarşik bir yapıya sahiptir. Yukarda, Kelsen için uluslararası hukukun temel ilkesi olan *pacta sunt servanda* (ahde vefa, antlaşmalara uyma) kuralından bahsedilmişti. Kelsen'e göre bu ilke, temel normu oluşturur ve tüm antlaşmalar bu ilke sayesinde hukuki geçerlilik kazanır. Ancak daha sonraki yazılarında Kelsen, *pacta sunt servanda* ilkesini uluslararası örf ve âdetin ve de uluslararası teamül kurallarının bir parçası mesabesine indirmiştir¹⁹⁶. Yani uluslararası hukukun temel normu teamüllerdir, gelenektir, uluslararası örf ve adetlerdir. Diğer ilkelerle birlikte uluslararası hukuka ve antlaşmalara uyma ilkeleri de bu kurallardan doğar.

Kelsen, uluslararası hukuk ve iç hukuk ilişkileri hakkında iki teoriyi ele alır. Bu teorilerden ilki dualistik teoridir. Bu teoriye göre uluslararası hukuk ve devlet hukuku iki farklı norm sistemidir. Geçerlilikleri hususunda birbirlerinden bağımsızdırlar ve bu anlamda eşit dereceye sahiptirler. Tekil insan davranışları uluslararası hukuk tarafından ve devlet hukuku tarafından aynı anda yargılanabilir. Yani hem uluslararası hukuk hem de devlet hukuku aynı anda geçerliliğini koruyan iki normdur. Çünkü iki hukuk sistemi birbirinden ayrıdır ve birbirlerinin alanlarına müdahil olmazlar. Diğer teori ise monist teoridir. Bu teoriye göre devlet hukuku ve uluslararası hukuk birdir, aynı hukuk sistemi içinde yer alır ve birbirlerinden bağımsız değildir. Ancak bu görüş ikiye ayrılır. İlki uluslararası hukukun devlet hukukundan üstte olduğunu savunur ve devlet hukukunun geçerlilik temelini uluslararası hukukta bulduğunu ifade eder. İkincisi ise devlet hukukunun üstünlüğünü savunur ve uluslararası hukukun devlet hukuku aracılığıyla geçerlilik kazandığını ileri sürer¹⁹⁷.

Kelsen'e göre dualistik görüş, yegâne geçerli hukuk sisteminin tekil devletin hukuk sistemi olduğunu kabul etmek zorundadır. Çünkü birbirinden bağımsız ve

¹⁹⁵ Kelsen, s. 144.

¹⁹⁶ Rigaux, s. 328.

¹⁹⁷ Hans Kelsen, "Sovereignty", (Ed. Stanley L. Paulson, Bonnie L. Paulson), *Normativity and Norms*, Calendon Press- Oxford 1998, s. 527.

hatta çelişebilecek iki farklı normun aynı anda geçerli olduğunu savunmak mümkün değildir. İki hukuk sistemi birbirleriyle çeliştiğinde düalist inşa, kendini devlet hukuk sistemiyle sınırlamak durumunda kalacaktır¹⁹⁸. Bu durumda diğer hukuk sistemleri ve uluslararası hukuk, geçerli norm olarak görülemeyecektir. Kişi için geçerli tek hukuk sistemi kendi devlet hukukudur, bunun dışındaki hukuk sistemleri dışlanır ve bağlayıcı kabul edilmez. Bu görüşe göre uluslararası hukuk asla gerçek bir hukuk olamaz. Dualistik inşanın çıkış noktası; tek geçerli hukuk sistemini, kişinin kendi devletinin hukuku olarak görmesidir.

Dualistik inşa diğer hukuk sistemlerini de tamamen görmezden gelemez. Bu yüzden şöyle bir teori ortaya atar: Eğer uluslararası hukuk, kişinin kendi devleti açısından bağlayıcı olacak ve diğer devlet hukuk sistemleri de kabul edilecekse bunun tek yolu kişinin kendi devletinin bunu kabul etmesi yani ‘tanımasıdır.’ Böylece uluslararası hukukun ve diğer hukuk sistemlerinin tanınması koşulu, kişinin kendi devletinin hukuk sistemine bağlanmış olur. Mevcut olan en üst hukuk, hala kişinin devletinin hukukudur ve diğer hukuk sistemlerinin geçerli olması kişinin kendi devletinin iradesine bırakılmıştır. Esas olan devlet hukuku olduğundan, uluslararası hukuk devlet-üstü ve devletten ayırık bir hukuk sistemi olarak görülmez. Kelsen dualistik inşanın iddiasını açıkladıktan sonra onu çürütmeye girişir. Uluslararası hukuku kabul eden bir devletin hukuku, diğer devletlere yetki vermiş olur. Devlet, eğer başka devletlerin hukuk sistemlerini geçerli saymak için kendi hukuk sistemini ön koşul olarak görüyorsa, demek ki kendi hukuk sistemi diğer topraklardaki devletlerin hukuk sistemlerini yetkilendirmiş olmaktadır. Yani buradaki ‘tanıma’ doktrini, bir devlet hukuk sistemini diğer bütün devletlerin hukuk sistemine bağlayan bir yetkilendirme zinciri oluşturmuş olur. Ortaya bir paradoks çıkar ve hukuk dünyasının birliği görüşü yeniden ihdas edilir. Ancak bu birlik sağlanırken öncelik uluslararası hukuka değil devlet hukukuna verilmiştir¹⁹⁹. Kelsen’e göre bu tezat dualistik inşayı kendi kendini yıkmaya zorlar. “Tanıma” doktrininin devreye girmesiyle dualistik inşa, devlet hukukunu önceleyen monist görüşe çok yaklaşmıştır ve bu aşamada ikisini ayırt etmek oldukça güçleşmektedir.

¹⁹⁸ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s. 145.

¹⁹⁹ Kelsen, s. 147.

Dualistik görüş aslında bir siyasal tasarım üstüne kurulmuştur. Bu tasarım devletin egemenliği tasarımıdır. Devlet, en üstün hukuki topluluk olarak görülür ve her birey kendi devletini bu konuma oturtur. Bu yüzden kişinin kendi devlet hukuk sisteminin önceliğini kabul etmesiyle sonuçlanan egemenlik dogması, solipsizme dönüşmüş olur. Bu görüş aslında tekil bireyi dünyanın merkezine koymuş olur ve olabildiğince subjektivisttir²⁰⁰. Kelsen egemenlik kavramını bir dogma olarak görür ve egemenlik düşüncesinin uluslararası hukuku yok saydığını ifade eder. Egemen devlet tüm hukuk sistemlerinin geçerliliğini kendi sistemine bağlamışsa, aslında diğer devletlerin hukuk sistemlerini ve uluslararası hukuku hiçe sayıyor demektir. Bu bağlamda düalist görüş, uluslararası siyasette mevcut bulunan *non-intervention* (müdahale etmeme) ilkesini merkeze alır. Bu ilkeye göre hiçbir devlet diğer devlete müdahale edemez, iç işlerine karışamaz. Bu, devletlerin egemenliğinin bir sonucudur. Ancak Kelsen'e göre bu ilke devlet egemenliğinin mantıksal sonucu değildir. Devletler koşullara göre yasal olarak güç kullanımına başvurabilir. Devletlerin hangi şartlar altında insani müdahalelere başvuracağı da egemen devlet kavramının analiz edilmesiyle cevaplanamaz. Kavramlara bakış açımızı, hayatımızdaki izdüşümleriyle oluşan zihinsel ön kabullerimiz belirler. *Non-intervention* kavramının egemenlik kavramının bir sonucu olduğunu söylemek de böyledir²⁰¹. Aynı zaviyeden bakıldığında egemen devletin diğer devletlerin siyasal bağımsızlığına ve toprak bütünlüğüne karşı güç kullanma hakkının, egemenliğinin bir parçası olarak hep var olması gerekir. Eğer devlet egemense, sınırlama kabul etmemelidir ve bu, aynı şeyin tersten söylenişidir. O yüzden bu ilkenin egemenlikle bağlantısı yoktur, hukuki olarak antlaşmalar ve teamüllerle ortaya çıkmıştır. Buna paralel olarak devlet hukukunu önceleyen monist görüş -düalist görüşün yaptığı gibi- egemenlik dogmasını muhafaza eder ve uluslararası hukuku devlet hukukuna bağlar. Son karar mercii devletse, uluslararası hukuk önemsiz demektir. Çünkü esasında 'son karar' 'ilk karardır' ve tek geçerli olandır.

Kelsen devlet hukukunun uluslararası hukuka üstün olduğunu savunan monist görüşü açıklar. Bu görüşe göre devlet hukuk sistemiyle ilgili 'dar anlam' ve 'geniş anlam' olmak üzere iki farklı tanımlama yapmak gerekir. Dar anlamda devlet hukuk

²⁰⁰ Kelsen, s. 148.

²⁰¹ Hidemi Suganami, "Understanding Sovereignty Through Kelsen/Schmitt", *Review of International Studies* (2007), 33, British International Studies Association, s. 524.

sistemi; anayasa, teamüller, yasama, yürütme ve yargı organlarından meydana gelir. Geniş anlamda ise bunlara ek olarak (devlet hukuk sisteminde tanınan) uluslararası teamüller ve antlaşmalar eklenir²⁰². Bu görüşe göre merkezde olan devlettir, öncelik devlet hukukuna aittir. Kelsen devlet hukukunun önceliği iddiasını değerlendirmeye devam eder:

“Devlet hukuk sisteminin sınırları içinde uluslararası hukuk, devletleri eşdüzeleme, eşit düzeye getirme şeklindeki asli işlevini daha fazla icra edemeyecektir. Kişinin kendi devletinin diğer devletlere karşı hareketlerini düzenleyen normların geçerliliğinin temeli -yani uluslararası hukukun harici devlet hukuku olarak geçerliliği- devletin uluslararası hukuku kabul eden anayasasında bulunur. Bu durumda uluslararası hukukun geçerliliği, en uç durumu düşünecek olursak, bu anayasanın hükümleri uyarınca bir anayasa değişikliği ile ortadan kaldırılabılır demektir. Bununla birlikte böyle bir değişiklikle diğer devletlerin -harici devlet hukuku olarak uluslararası hukuk hükümlerine dayanılarak- tanınmış olması ve dolayısıyla bu devletlerin sadece bu tanımaya dayalı olan hukuki doğaları da kaldırılmış olacaktır. Kişinin kendi devletinin hukuk düzeninin önceliği kuramı nihayetinde başladığı noktaya döner, yani kişinin kendi devletinin hukuk düzenini yegâne hukuk olarak gördüğü duruma.”²⁰³

Kelsen dualistik inşa ile paralel olan ve devlet hukukunu önceleyen monist teorinin ortaya koyduğu çelişkiye işaret etmiştir: Devlete ait bir yasanın, devletin diğer başka devletlerle yaptığı antlaşmalara aykırı olabileceği durumu. Kelsen, genel kuramından hareketle bu “sözde çelişkiyi” çözümler. Öncelikle böyle bir aykırılığın uluslararası hukukun yok sayılmasını gerektirmeyeceğini belirtir, anayasaya aykırı bir normun anayasayı geçersiz kılmayacağı gibi. Bir normun başka bir norma aykırı olması alt düzey norm ile üst düzey normlar arasında bir çelişkiye neden olmaz. Çünkü ikisi de aynı hukuk sistemine aittir. Burada söz konusu olan ya alt düzey normun geçerliliğinin kaldırılmaması ya da bu durumdan sorumlu otoritenin cezai sorumluluğudur. Hukuka aykırı eylemin sonuçları normun çıkarılmasına nispet edilebilir, ama bu şekilde çıkarılmış olsa da, yürürlükten kaldırılıncaya kadar bu norm geçerli olacaktır. Aynı durum uluslararası hukuk için de geçerlidir:

“Aykırı hareket veya aykırı içerikteki devlet normunun çıkarılması, uluslararası hukukun belli bir yaptırımı -misilleme veya savaşı- hukuka aykırı bir

²⁰² Hans Kelsen, “Sovereignty”, s. 530.

²⁰³ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s. 149.

eylemin sonucu olarak nispet ettiği koşuldur. Uluslararası hukuku 'ihlal' etmek suretiyle yaratılan devlet hukuk sisteminin normları uluslararası hukuk açısından dahi geçerli kalmaya devam eder zira uluslararası hukuk devlet hukuk sisteminin 'uluslararası hukuka aykırı' normlarının geçersiz kılınabileceği usule dair herhangi bir hüküm içermez."²⁰⁴

Kelsen bu “çelişkiyi” çözüme kavuşturduğu iddiasından sonra uluslararası hukuk ile devlet hukukunun birliği teorisini açıklamaya başlar. Bir defa, farklı devletlerin her birinin kendine has hukuk düzenleri olduğunu ve özellikle de toprakları açısından birbirlerinden hukuken ayrıldıklarını kabul etmek için, devlet hukuk sistemlerinin üzerinde, devletleri eşit düzeye getiren ve geçerlilik alanları açısından birbirinden ayıran daha üst düzeydeki bir hukuk sistemi kabul etmek gerekir. Bu hukuk sistemi de uluslararası hukuk sistemidir; pozitif uluslararası hukukun işlevi tam da budur²⁰⁵. Örneğin A devletinin B devletiyle arasındaki sınırın nerde başladığı belirlemek için iki devletin hukukunu da aşan bir yere müracaat etmek gerekir. İki devletin birbirinden niçin ve nasıl ayrı olduklarını saptamak ancak bu şekilde mümkün olacaktır.

Kelsen'e göre devrimle ya da bir darbe ile iktidara gelmiş olan bir hükümet, eğer çıkardığı normlara sürekli itaat edilmesini sağlayabilmişse uluslararası hukuk tarafından meşru kabul edilir. Etkililik ilkesince meşru kabul edilip, uluslararası hukukça devlet olarak tanınan bu cebri sistem, aynı zamanda uluslararası hukuk tarafından yetkilendirilmiş olur. Belli bir coğrafi alan içinde sürekli olarak etkili normlar ihdas eden -hukuk yapan- bir otorite bulunuyorsa, bu otorite esasında uluslararası hukukun o coğrafi alandaki otoritesini kullanıyor demektir. Uluslararası hukuk devlet hukuk düzenlerinin geçerliğinin mekânsal ve zamansal alanını da belirlemiş olur. Uluslararası hukuk bu geçerliliğin mekânsal alanını diğer devletlere karşı korur. Devletin mekânsal alanına karşı meydana gelebilecek müdahaleleri hukuka aykırı bir eylem olarak değerlendirir ve savaş/misilleme gibi, bu duruma özel sonuçlar atfetmekle onu güvence altına alır. Sonuç itibarıyla her bir hukuk sistemini diğerinden ayırmak; her bir devleti sadece kendi toprağında, yani uluslararası hukukun güvence altına aldığı toprakta bir cebir aygıtı olarak ele almayı gerektirir. Dolayısıyla devletler, kendilerine has cebri eylemlerini, ancak uluslararası hukukun

²⁰⁴ Kelsen, s. 152.

²⁰⁵ Kelsen, s. 154.

kendilerine verdiği mekânsal geçerlilik alanında kullanabilirler. Bu alan içinde devletin hukuki cebri eylemleri meşrudur, ancak alan dışında devletler cebri işlem uygulamaya kalkarsa bu hukuku ihlal anlamına gelir ve uluslararası hukuka aykırı sonuçlar doğurur. Ancak bu şekilde birçok devletin yani birçok hukuk sisteminin bir arada durması mümkündür. Egemen eşitlik kavramı hukuki bir otoritedir ve devletlerin bağımsızlığı uluslararası hukukun garanti etmesine ve tanımlamasına bağlıdır²⁰⁶.

Zamansal geçerlilik ilkesini hukuki geçerliliğe bağlayan Kelsen'e göre; devlet hukuk sistemlerinin hukuki geçerlilik alanlarının başlangıcı ve bitişi, hukuki bir eylem olan etkililiğe dayanır. Bu da yine uluslararası hukukun belirleyebileceği bir şeydir²⁰⁷. Eğer bir devlet artık hukuk sistemini uygulayamıyorsa, uluslararası ilişkiler açısından geçersiz bir devlet durumuna düşer. Sovyetler Birliği'nin belirli bir zaman aralığında (1922-1991) devlet olarak kabul edilip daha sonra edilmemesi buna örnek olarak verilebilir. Uluslararası hukuk, devlet hukukundan üstün bir hukuk sistemi olarak görülecekse, bu durumda devlet hukuk sistemleri artık mutlak egemenliğe sahip olmayacaktır. Uluslararası hukuka tabi olan bir devlet, egemen devlet olarak tanımlanamaz²⁰⁸. Buradan hareketle Kelsen devleti şöyle tanımlar:

“Bu durumda devlet, doğrudan uluslararası hukukun altındaki bir alt sistem olarak görece merkezileşmiş bir hukuk düzenidir. Mekânsal ve zamansal geçerlilik alanı uluslararası hukuk tarafından sınırlanmış ve maddi geçerlilik alanı açısından sadece uluslararası hukukun sınırlamalarına tabi bir bütünlük iddiası vardır.”²⁰⁹

Kelsen uluslararası hukuku devletin iç hukukunun yarattığı görüşüne tekrar karşı çıkar. Egemenlik dogması devlet hukukunu öncelemek için bunu ileri sürer fakat devlet bir antlaşma yaptığında bu hem kendisini hem de diğer antlaşmaya taraf devletleri bağlar. Peki devlet antlaşma yaptığında, bunun hukuki bir norm olması gerektiği ve antlaşmanın taraflarına hak ve yükümlülükler getireceği neye dayanır? Antlaşmayı, hukuk yaratan maddi olay olarak ihdas eden önceden varsayılmış ve kabul edilmiş bir norm gerekir. Bu norm devletin iç hukukuna dayalı bir norm olamaz, tüm tarafları eşit şekilde bağlayan devlet üstü bir norm olması gereklidir.

²⁰⁶ Jiří Přibáň, “Self-Reference of the Constitutional State: A Systems Theory Interpretation of the Kelsen-Schmitt Debate”, *Jurisprudence*, 2:2 (2011), s. 317.

²⁰⁷ Kelsen, s. 155.

²⁰⁸ Hans Kelsen, “Sovereignty”, s. 529.

²⁰⁹ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s. 156.

Herhangi bir devletin hukuk sistemi, tek başına, herhangi bir ortak norma dayanmaksızın başka bir devlete hak veremez ve yükümlülük yükleyemez. Kelsen şöyle devam eder:

“Uluslararası hukuk, devlet hukuk sistemine hangi bireyin devlet adına antlaşmayla ilgili iradesini dile getireceğini belirleme yetkisi verir ve dolayısıyla da antlaşmayı fiilen yapan devlet temsilcileri, antlaşma normunu yaratan kolektif organın alt organları olarak uluslararası hukuk topluluğunun asli organlarıdır. Bu alt organlarının her biri sadece ikincil düzeyde kendi devletinin organıdır. Böylece, egemenlik dogmasından etkilenmiş yazarların genellikle vurguladığı gibi uluslararası hukuku antlaşma yoluyla yaratanlar arasında tekil devletler değildir; aksine, -aynen devlet organları eliyle devlet hukukunu yaratanın devlet olması gibi- devletler topluluğu, daha doğrusu, uluslararası hukuk topluluğu da uluslararası hukuku yaratır²¹⁰”.

Devleti, egemenlik dogmasının kısır mutlaklığından kurtardığını iddia eden Kelsen, egemenlik dogmasını emperyalizmin en büyük aracı olarak nitelendirir. Saf Hukuk Kuramının egemenlik kavramını bertaraf etmesinden övgüyle bahseder ve bunun kuramın en büyük başarılarından biri olduğunu öne sürer. Uluslararası hukukun tam anlamıyla merkezileşmiş bir hukuk sistemi olmadığını tekrar tekrar ifade eder; ancak Kelsen’e göre Saf Hukuk Kuramı, bütün hukukun bilişsel birliğini sağlayarak dünya hukuk sisteminin örgütsel birliğini sağlamak için önemli bir varsayım yaratmıştır²¹¹. Burada örgütsel birlik meselesine bir parantez açmak gerekirse, Kelsen uluslararası arenada merkezileşmeye yanlış yerden başladığı ifade eder. Devletin iç hukukunda merkezileşmeye, yasamanın yahut yürütmenin değil, yargının merkezileşmesiyle başlanmıştır. Uluslararası hukukun merkezileştirilmesinde bu şema izlenmemiş, yanlış olarak yasamanın ve yürütmenin merkezileştirilmesi ile işe başlanmıştır. Milletler Cemiyeti Sözleşmesi bir yasama organı ve bir idari organ öngörüyordu. Briand-Kellog Sözleşmesi ise savaşı yasaklıyordu, ama uyuşmazlıkların çözümü için herhangi bir araç öngörmüyordu. Birleşmiş Milletler Andlaşması uyuşmazlıkların çözümünde ciddi anlamda bir adım atmıyordu. Kelsen’e göre uluslararası hukukun merkezileşmesi bakımından yasama ve yürütme organlarının kurulmasının hiçbir yararı yoktur. Uluslararası hukuk zaten yeterince kural barındırır. Eksik olan şey, zorunlu yargı yetkisine sahip bir

²¹⁰ Kelsen, s. 158.

²¹¹ Kelsen, s. 160.

uluslararası mahkemedir. Merkezileşmeye böyle bir mahkemenin kurulmasıyla başlanmalıdır. Eğer böyle bir mahkeme kurulursa, bu mahkeme uluslararası hukuk düzenini yavaş yavaş merkezileştirecek ve nihayetinde hukukileştirecektir²¹². Yargı yetkisine sahip bir organ olmaksızın uluslararası hukuk düzeninin olgunlaşması imkânsızdır.

Uluslararası hukukun üstün olduğu monist görüşün savına daha yakın dursa da aslında Kelsen'in hedefi; uluslararası hukuk ve devlet hukuku diye bir ayrımın olmadığını savunmaktır. Hukuk bilimi, bir kavram olarak 'ulus'a özel bir öncelik atfetmez²¹³. Bu yüzden bu kavramı merkeze alarak yapılan ayrımlar hukuk kuramı açısından geçersizdir. Saf Hukuk Kuramı ikisinin de sadece tek bir hukuk sistemi içinde kendilerine yer bulabileceğini kanıtlamayı amaçlar. Hukuk sistemi bir birlik oluşturur ve ikisi hukuk sistemi de aynı temel norma dayanır. Bu yüzden varsayılan tüm hukuk türleri bu görüş içinde değerlendirilmelidir. Kelsen monist görüşe sahiptir ama onun için önemli olan monizmin kendisidir, hangi hukuk sisteminin üstün olduğu tartışması değildir.

Kelsen, devlet hukukunun mu yoksa uluslararası hukukun mu üstün olduğu tartışmasını Batlamyus'un dünya merkezli modeli ve Kopernik'in güneş merkezli modeli arasındaki zıtlıkla açıklamaya çalışır. Devlet hukuk sisteminin, hukuk dünyasının merkezinde olduğunu savunan görüş, Batlamyus modeline karşılık gelir yani evrenin merkezinde dünyanın olduğu ve güneşin dünya etrafında döndüğü modele. Bunun aksine uluslararası hukukun hukuk dünyasının merkezinde olduğu görüşü de Kopernik'in teorisine denk gelir. Bu teoriye göre evrenin merkezinde güneş vardır ve dünya güneşin etrafında döner²¹⁴. Aslında evren aynı evrendir ve hepsi aynı sistemin parçasıdır. Aynı durum hukuk kuramı açısından da geçerlidir. İki hukuk sisteminin de sadece referans çerçevesi farklıdır, yoksa ikisi de eşit derecede doğru ve geçerlidir. Bu ikisi arasında seçim yapmak, bilimsel değil ancak politik bir eylemdir. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi uluslararası hukuk ve devlet hukuku aynı hukuk sistemi içinde yer alır ve ikisi de birbirini gerektirir. Devlet hukukunun daha üstün olduğunu savunmak emperyalizmin görüşüdür, emperyalist ideolojinin

²¹² Gözler, s. 147.

²¹³ Cotterrell, s.176.

²¹⁴ Hans Kelsen, "Sovereignty", s. 535.

egemenlik anlayışına hizmet eder. Uluslararası hukukun üstünlüğünü savunmaksa pasifizmin politik ideolojisine hizmet eder ve devletin eylem özgürlüğünün gereğinden fazla kısıtlanmasına sebep olur. Kelsen'e göre bunlar politik argümanlardır ve hukuk bilimi iki iddiaya da aynı mesafeden bakar²¹⁵. Unutulmamalıdır ki hukuk biliminin temel hedefi politik argümanları bilimden uzak tutmaktır. Emperyalist veya pasifist hiçbir ideoloji hukuku şekillendirmemelidir. Geleneksel hukuk teorisi ideolojilerden etkilenmiş olsa da Kelsen'in kuramı, bu etkileri hukukun dışına atmayı amaçlamıştır.

Egemenliğin ancak hukuki sistemin hukuksal bir ögesi olarak ele alınabileceğini savunan Kelsen'e göre; uluslararası hukuk sistemiyle bağlantılı olarak devlet hukuk sisteminin egemenlik sorunu, devletin egemenlik sorunuyla aynı anlama gelir. Bir devletin egemenliği sosyal ya da doğal gerçekliklerle ölçülemez. Bir devlete nazaran daha az güçlü olan devlet; daha "az egemen" devlet olarak nitelenemez. O yüzden egemenlik hukuka ait bir sorundur ve ancak hukuk sistemi içinde değerlendirilebilir²¹⁶. Kelsen'in teorisi, hukuku siyasal olarak tarafsız kılma normatif amacıyla, hukukun meşruiyetini bir kişinin (egemen) eylemlerine atıfta bulunmadan açıklamaya çalışır. Kelsen öncelikli olarak sadece hukukun bilimsel tanımına değil, her şeyin üstündeki kişinin egemenliğine karşı hukukun egemenliği normatif fikrine kendini adanmıştır. Egemenlik fikrinin hukuksal mantığının dışında tutulması, kapalı bir normatif sistem olarak pozitif hukukun, kendi kendine referans vermesine yani kaynağını kendinde bulan bir sisteme dönüşmesine olanak sağlar²¹⁷.

Sonuç olarak Kelsen, egemenlik kavramını, hukuku devletle özdeşleştirerek hukukun bir parçası haline getirir ve kavramın klasik anlamdaki işlevini yitirmesine sebep olur. Aynı şekilde uluslararası hukuk alanında ana aktör olarak devleti gören ve devlet egemenliğini her şeyin üstünde tutan anlayışa da hukukun birliği ve özdeşliği teorisiyle karşı çıkar. Hukukun geçerlilik kaynağı kararlar değil kurallardır. Hukuk sisteminin normatif düzeni içinde, bu düzenden bağımsız bir egemen irade düşünülemez çünkü egemenlik hukuk düzenine içkindir. Kelsen'in egemenliği hukuk düzeni içinde değerlendirme çabası despotizmin hiçbir türünün hâkim olmasını

²¹⁵ Kelsen, s. 536.

²¹⁶ Kelsen, s. 528.

²¹⁷ Přibáň, s. 310.

istememesindedir. Geçerli hukuk kurallarının varlığı esasında iktidar sahiplerinin vatandaşlara önceden vermiş olduğu bir söz anlamına gelir. Bu söz vatandaşların, eylemlerini ona göre düzenlemelerini sağlayan referans noktası olarak kabul edilebilir. Sınırlar belirlenmiştir ve bu sınırlar dâhilinde vatandaşlar özgür olarak davranabilirler. Sınırların dışına çıktıklarında bilinçli bir tercih yapmış olurlar ve bu şekilde davranarak sonucunu baştan kabul ettikleri yaptırımlara maruz kalırlar. Kelsen iktidar sahipleri ve vatandaşlar arasında bir ayırım yapmaz. Ona göre iktidar sahipleri de mevcut hukuk tarafından sınırları belirlenmiş ve yetkilendirilmiş kişilerdir. Hukuk kuralları aynı şekilde onlar için de geçerlidir. Bu anlamda hukuk, devletin vatandaşlarına vermiş olduğu bir söz olarak değerlendirilemez. Bu söz herkesin birbirine vermiş olduğu ve hiç kimsenin ayrı tutulmadığı bir söz olarak değerlendirilebilir. Ancak Kelsen, her ne kadar hukuk ve devleti özdeş görse de devletin icra gücüne sahip olan iktidarların, hukuka riayet etmesi anlamında, bu teori havada kalmaktadır. Gerek hukukun açıktan ihlal edilmesi gerekse hukuki boşlukların yorumlanması kaydıyla, devlet gücünü elinde bulunduran iktidarlar, hukuk ve devlet özdeşliğinde Kelsen'in konumlandığı şekilde durmamaktadır. Mesele uluslararası hukuk boyutunda düşünüldüğünde durum çok daha vahimdir. Gücü elinde bulunduran devletler hiçbir normu dikkate almadan hareket edebilmektedir. Bu gerçekler Kelsenci teoriyle uyumsuz görünmektedir. Fakat Kelsen'in hem hukuk ile devlet hem de ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasında kurmuş olduğu özdeşliğin temel amacı otoriter rejimlerin egemen olmasını "olabildiğince" engellemeye çalışmaktır. Saf Hukuk Kuramı, hukuku bir bilim olarak ele almayı amaçlasa da Kelsen'in liberal ve demokratik politik görüşlerine kuramsal temel sağlamaktadır. Devletin eylemlerini denetlemenin etkili bir yolu olarak ortaya koymuş olduğu ve Avusturya'da bizzat yargıç olarak görev yaptığı Anayasa Mahkemesi, hukuk bağlamında yargıya vermiş olduğu egemenliğin en büyük göstergesidir. Mahkemelerin birçok ülkede devlet organı olarak kabul edilmesi, tüm zafiyetlerine rağmen Kelsen'in amacına ulaşmış olduğunun kanıtı olarak değerlendirilebilir.



III. BÖLÜM

CARL SCHMITT VE EGEMENLİK ANLAYIŞI

Carl Schmitt 11 Temmuz 1888 yılında Almanya'nın Westfalya eyaletindeki Plettenberg kasabasında, bir Katolik ailenin çocuğu olarak dünyaya gelir. Schmitt, Katolik mezhebine bağlı bir papazın desteğiyle, Gymnasium'da eğitim gördükten sonra Berlin'de hukuk fakültesine kaydolar. Burada bir yıl kadar süren öğreniminin ardından Strasburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne geçer. Hukuk ve siyaset eğitimi gördükten sonra 1910 yılında bu okuldan mezun olur. Aynı üniversiteden Gerhard Laband'ın gözetiminde hukuk doktoru unvanını alır. 1916'da savaş gönüllüsü olarak Münih'te cephe gerisinde çalışır. I. Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle birlikte Münih Yüksek Ekonomi ve Ticaret Okulu'nda (Handelshochschule) doçent olarak çalışmaya başlar. 1922 yılında, kamu hukuku profesörü Rudolf Smend'in halefi olarak 1928 yılına kadar çalışacağı Bonn Üniversitesi'ne geçer. 1928'de Berlin Yüksek Ekonomi ve Ticaret Okulu'na kamu hukuku profesörü olarak atanmasıyla beraber²¹⁸ akademik camia içinde hatırı sayılır bir konuma ulaşmaya başlar.

Akademik camiadan siyaset alanına doğru kaymaya başlayan Schmitt, Papen'in Schleicher'le birlikte kurduğu kabinenin hukuk danışmanlığına getirilir. 1933 yılında dönemin saygın filozofu Martin Heidegger gibi o da Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi'ne (NSDAP) üye olur. 1933-1945 yılları arasında Berlin Üniversitesi'nde kamu hukuku profesörü olarak görev yapar, "Kronjurist" (baş hukuk danışmanı) olarak atanır²¹⁹. Bu dönemde bir dizi dergide yayın yönetmeni ve yayın kurulu üyesi olarak çalışır. Aralık 1936'da Schmitt'in nasyonal sosyalizmi eleştiren bazı demeçleri ortaya çıkarılır. Bunun üzerine Schmitt, Berlin'deki Friedrich Wilhelms Üniversitesi'ndeki kürsüsü hariç geri kalan tüm görevlerinden alınır. Ruslar tarafından II. Dünya Savaşı'ndan sonra tutuklanarak birkaç saat sorgulanıp serbest bırakılır. Eylül 1945'te bu kez Amerikalılar tarafından tutuklanarak Nürnberg'te sorgulanır, ancak hakkında herhangi bir dava açılmaz. 1945'te üniversitedeki görevine son verilen ve ancak 1952'de kendisine emekli

²¹⁸ Ali Emre Zeybekoğlu, *Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet Ve Siyaset Kuramına Katkısı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 1.

²¹⁹ Zeybekoğlu, s. 2.

maası bağlanan Schmitt, Nazi dönemindeki faaliyetleri yüzünden, Nazi sonrası Almanya’ında üniversitelerde ders verme hakkı elinden alınan nadir hukukçulardan ve bir kürsüye sahip olmayan ender profesörlerden biridir. Schmitt tutuklu olarak Nürnberg’de kaldıktan sonra, hayatını, 38 sene boyunca, yalnızlık içinde, vefat edene kadar memleketi Plettenberg’deki (Vestfalya) evinde geçirir. Bu eve, Machiavelli’nin sürgün olarak gittiği yer olan “San Casciano”nun ismini vermiş olan²²⁰ Schmitt, 7 Nisan 1985’te hayata veda etmiştir.

1910 yılından 1978’e kadar nerdeyse 70 yıl boyunca aktif bir yazın hayatı sürmüş olan düşünür, siyaset felsefesinden anayasa hukukuna, hukuk felsefesinden uluslararası hukuka, tarih felsefesinden edebiyata kadar çok geniş bir alanda eserler vermiştir. Schmitt’in eserleri güncelliğini asla yitirmemiş ve kendisi günümüz dünyasında da en çok tartışılan düşünürlerden biri olmayı başarabilmiştir. Bunun farklı sebepleri olduğu iddia edilir. Bu denli etkili olmasının sebeplerinden biri Schmitt’in, zamanın akımlarını ve bu akımların yarattığı siyasi problemleri fark etmekte ve bu siyasi problemleri, kamu hukuku çerçevesinde karşılığını bulduğu kavramlarla çözümlenmekte usta olmasıdır. Gündemdeki güncel sorunlara Schmitt, meslektaşlarından daha çabuk, keskin, doyurucu ve ikna edici yanıtlar bulabilmektedir. “O anki yaşanan”ı çok iyi analiz edebilen Alman düşünür, bu bakımdan usta bir kaleşör olarak nitelendirilebilir. Schmitt’in metnlerinin bu denli nitelikli olmasının başka bir nedeni, dili çok iyi kullanmasından kaynaklanmaktadır. Bir dönem filolojiye de ilgi duymuş olan Schmitt, dilsel yeteneğini kullanarak ne demek istediğini etkileyici bir şekilde vurgulayabilmesiyle insanları etkiler ve bu özelliği okuyucular karşısında otoritesini arttırır. Bir diğer nedense -ikinci nedene bağlı olarak- onun, çağın problemlerine duru, keskin ve analitik yanıt ararken radikal dilsel öğelere de başvurmasıdır. Konuları ifade gücünün ruhuyla abartmakta ve uç noktalara götürebilmektedir. Bu da yazılarının cazibesini artıran bir başka etkendir²²¹. Schmitt’in önemli eserlerinden bazıları şunlardır:

-Politische Romantik (*Politik Romantizm*) [1919]; -Die Diktatur (*Diktatörlük Üzerine*) [1921]; -Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität

²²⁰ Dres. H.c.Bernd Rüthers, “20’nci Yüzyılın Siyasi Düşünürü: Carl Schmitt”, Çev. Hüseyin Özcan, Muaz Şeker, *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, Eylül 2-2006 YIL: 9, s. 135.

²²¹ Rüthers, s. 143.

(*Türkçeye çevrilmiştir: “Siyasi İlahiyat. Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm”*) [1922]; -Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus (*Türkçeye çevrilmiştir: “Parlamentar Demokrasinin Krizi”*) [1923]; -Römischer Katholizismus und Politische Form. (*Türkçeye çevrilmiştir: “Roma Katolikliği ve Politik Form”*), [1923]; -Der Begriff des Politischen (*Türkçeye çevrilmiştir: “Siyasal Kavramı”*) [1927/28]; -Verfassungslehre (*Anayasa Teorisi*) [1928]; -Der Hüter der Verfassung (*Anayasanın Koruyucusu*) [1931]; -Legalität und Legitimität (*Türkçeye çevrilmiştir: “Kanunilik ve Meşruiyet”*) [1932]; -Theorie des Partisanen (*Türkçeye çevrilmiştir: “Partizan Teorisi”*) [1963].

3.1. Carl Schmitt’in Politik Felsefesi

Schmitt’in görüşleri incelenirken politik felsefesi ve hukuk kuramı birlikte düşünülmelidir. İki disiplin arasında önemli bağlantılar bulunur ve Schmitt, bu bağlantılar üzerinden politik felsefesini inşa eder. Esas odaklandığı noktalar; devletin birliğinin nasıl sağlanabileceği, ulusun hangi temeller üzerinde bir araya gelebileceği, devleti kuran iradenin ne olduğu, devlet kurulduktan sonra bu iradenin işlevinin niteliği, hukukun bu aşamadaki rolü ve egemen iradenin kim/ne olduğu soru ve sorunlarıdır. Schmitt liberal ve Marksist teorilerin dışında ve karşısında, muhafazakâr düşünce geleneği içerisinde bu meselelere çözüm arar. Politik felsefesinin temelinde ‘siyasal kavramı’ vardır ve teorilerini bu kavram üzerinden inşa eder. Bu bağlamda ‘siyasal kavramı’ ve buna bağlı olarak ortaya koyduğu ‘dost-düşman’ ayrımı incelenerek Schmitt’in politik teorisine geçiş yapılabilir.

3.1.1. Siyasal Kavramı ya da ‘Politik Olan’ın Önceliği

‘Siyasal (politik olan)’ kavramı Schmitt’in politik felsefesinde merkezi bir yer tutar. O’na göre, devletin siyasalla aynı anlama gelmesi çağdaş siyasal sistemler açısından doğaldır çünkü siyasalın hayat bulduğu merkezileşmiş tek sistem devlettir. Schmitt bu karışıklığın farkındadır ve ilk önce iki kavramın farklı olduğunu söyleyerek işe başlar. İki kavram aynı anlama gelmez ve daha da önemlisi siyasal kavramı devlet kavramından önce gelir²²². Devlet bir halkın özel nitelik arzeden bir durumdur, nihai belirleyici olan odur. Bu sebeple bireysel ve kolektif statülere

²²² Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı*, Çev. Ece Göztepe, Metis Yayınları, İstanbul 2018, s. 49.

oranla devlet en önemli statüdür; belirli bir toprak parçası üzerinde örgütlenmiş bir halkın siyasal statüsüdür. Schmitt siyasal devamlı bir kavram olarak görürken devleti somut ve çağa bağlı bir kavram olarak değerlendirir. O'na göre ilk olarak Fransa'da XVI. yüzyılda devlet ve egemenlik kavramları belirleyici hukuki biçimlerine kavuşur. Artık egemen devletin örgütlenme biçimi, Avrupa uluslarının zihinlerinde yer edinir ve devleti siyasal birliğin tek biçimi yapar. Her şeye hükmeden düzen fikri olarak devlet, XIX. yüzyılda tüm zamanlar ve halklar için kullanılan genel bir kavrama dönüşür. Bu yüzden siyasi birliğin tamamen döneme bağlı, tarihin belirlediği, somut ve özgül bir örgütlenme biçimi, kendi tarihi mekânını ve kendine özgü içeriğini yitirir. Yanlış bir soyutlamayla tümüyle farklı zamanlara ve halklara taşınmakta ve tamamen farklı türdeki yapılar ve örgütlenmelere aktarılmaktadır²²³. Oysaki bu, hatalı bir aktarımdır, çünkü her dönemin politik örgütlenmesi farklıdır. Bu yüzden siyasal kavramı devletten önce gelir ve devleti, halkı ve statüyü doğru kavramanın yolu siyasalın doğru kavranmasından geçer.

Devletle siyasal aynı şey olarak görmek, sadece devletin siyasal olan konusunda tekele sahip olduğu zamanlarda anlaşılabilir hale gelir ve haklı bir özdeşleştirmedir. Devlet böyle durumlarda net ve tartışmasız bir birim olarak karşımıza çıkar. Devlet, bir karşı aktör olarak “toplumu” kabul etmez (XVIII. yüzyılın mutlakiyetçi devleti), kabul etse de toplumun üzerinde konumlanır (XIX. yüzyıl Almanya'sında oluşu gibi). Ancak devlete ilişkin olan her şeyi siyasal olarak görmek, demokratik biçimde örgütlenmiş devletler için içine girince yanlıcı olmaktadır. Çünkü bu devletlerde, toplum ve devlet karşılıklı olarak birbirlerini etkiler, devletin sorunu toplumun sorunu, toplumun sorunu da devletin sorunu haline gelir. Artık din, kültür, eğitim ve ekonomi gibi devletin bakış açısına göre “nötr” olan alanlar da siyasalın alanına girer. XX. yüzyılın total devletindeyse, devlet bütün alanlara el atar, toplumla özdeş hale gelir, potansiyel olarak devletin ilgili olmadığı hiçbir alan bulunmaz²²⁴. Böyle bir devlette ise siyasal kavramının ayırt edici hiçbir özelliği kalmayacaktır.

²²³ Carl Schmitt, “Somut ve Çağa Bağlı Bir Kavram Olarak Devlet”, Çev. Bertil Emrah Oder, *Devlet Kuramı*, (Der. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, s. 246.

²²⁴ Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 53.

Siyasal kavramı ile devlet kavramını ayırt ederek siyasalın devletten önce geldiğini belirten Schmitt, siyasal kavramını açıklamaya başlar. Siyasal kavramı dost-düşman ayrımının ta kendisidir. Ahlak, estetik ve ekonomi gibi alanların kendine özgü ölçütleri olduğu gibi siyasal kavramının da kendine has ölçütleri vardır. Bir şeyin tanımını en iyi, ona özgü anlamları verebilir. Her alanın da kendine özgü nihai ayrımları vardır. Ahlak alanında iyi-kötü; estetik alanında güzel-çirkin; ekonomi alanında yararlı-zararlı ya da kârlı-kârsız gibi ayrımlar mevcuttur. Siyasal alanın ayrımı ise dost-düşman dikotomisinde kendini gösterir. Bu ayrım siyasalın salt kavramsal ölçütüdür ve onu diğer karşıtlıklar karşısında özerk kılar. Dost-düşman ayrımının işlevi, bir bağın ya da ayrılığın, bir birleşme veya ayrışmanın en uç yoğunluk derecesini ifade eder²²⁵. Schmitt'in siyasal olanı kendine has bir alan olarak tanımlama gayreti, uluslararası ilişkilerdeki realist kuramın önemli ismi Hans J. Morgenthau'da da vardır. Ona göre siyasal kavramını ahlaktan, estetikten ve ekonomiden ayıran en önemli kavram güç olarak tanımlanan çıkar kavramıdır. Bu kavram olmadan ulusal ve uluslararası hiçbir politikanın anlaşılması mümkün değildir²²⁶. Schmitt için siyasalın özerkliği dost-düşman ayrımında belirirken, Morgenthau için bu özerklik güç kavramında belirir. Ayrıca Schmitt tarafından kullanılan yoğunluk derecesi kavramı ilk defa Morgenthau tarafından kullanılmıştır. Morgenthau'ya göre devletler arasındaki ihtilafli bir konunun siyasal anlam taşıyıp taşımadığı, meselenin devletle olan ilişkisindeki yoğunluk derecesine bakılarak anlaşılabilir. Schmitt'in Morgenthau'nun doktora tezinden yararlandığı göz önünde bulundurulduğunda bu benzerlikler şaşırtıcı olmayacaktır²²⁷.

Schmitt'in siyasal düşman dediği şey, ahlaki açıdan kötü, estetik açıdan çirkin ya da ekonomik açıdan da rakip olmak zorunda değildir. Burada asıl mesele siyasal düşmanın öteki olmasıdır başka bir deyişle yabancı olarak görülmesidir.²²⁸ Bu yüzden böyle bir düşmanla çatışmaya girilmesi kaçınılmazdır. Ancak çatışma olup olmadığına ya da çatışmaya girilip girilmeyeceğine karar verebilecek tek aktör, bizzat sürece katılan ve varoluşsal olarak dâhil olan kişilerdir. Düşmanın öteki olarak görülmesi onun kamusal düşman olarak değerlendirilmesi anlamına gelir. Düşman

²²⁵ Schmitt, s. 55.

²²⁶ Tayyar Arı, *Uluslararası İlişkiler Teorileri*, MKM Yayıncılık, Bursa 2011, s. 183.

²²⁷ Aykut Çelebi, "Siyaset Kaderimizdir": Carl Schmitt ve "Siyasal Kavram", içinde: *Siyasal Kavramı*, Çev. Ece Göztepe, Metis Yayınları, İstanbul 2018, s. 14.

²²⁸ Schmitt, s.57.

basitçe rakip ya da hasım değildir. Hele hele insanın nefret ettiği kişisel hasmı hiç değildir. Düşman bir bütündür, bütünlük de genel olarak bir halkın tümüne tekabül eder. Bu yüzden düşman, kamusal nitelik taşır. Düşman *hostis*'tir (kamusal düşman) *inimicus* (kişisel düşman) değildir. Schmitt'in düşman kavramının İngilizcedeki karşılığı ise *enemy* değil *foe*'dir. Schmitt konuyu anlaşılır kılmak bakımından ilginç bir örnek verir: Hristiyanlıkla İslam arasında bin yıldır devam eden savaşta, hiçbir Hristiyan'ın aklından, Araplara ya da Türklere duyulan sevgiden dolayı, Avrupa'yı savunmak yerine Müslümanlara teslim etmek geçmemiştir²²⁹. Yani bireysel olarak nefret edilmese bile öteki her zaman öteki olarak kalacaktır. Bu da potansiyel olarak, bir gün ötekinin bireysel düşmana dönüşebileceği anlamına gelir.

Herkesin herkesle düşman olarak tasvir edildiği bir duruma karşı olan Schmitt, insanların sadece bireysel varlıklarını korumak için mücadele etmediklerini belirtir. İnsanlar için inandıkları değerler ve dostları da varlık koşullarının bir parçasıdır. Bu şekildeki bir birey anlayışı liberal teoriye zıt düşmektedir. Leo Strauss, Schmitt'in dost-düşman ayrımının Hobbes'un herkesin herkesle çatıştığı doğa durumdan farklı olduğunu iddia eder. Schmitt herkesin herkesle savaşmasını doğru kabul etmez, çünkü böyle bir ortamda dost olmayacaktır. Bu yüzden Schmitt Hobbes'çu çatışma anlayışını bireysellikten toplumsallığa dönüştürür. Yani çatışanlar bireyler değil, gruplardır. Gruplar ise kendi içinde dostların bir araya gelmesiyle oluşur ve diğer grupları düşman olarak kabul eder. Kamusal düşman denilen şey de budur aslında. Schmitt'in doğal hali, hiçbir zaman bitmeyecek olan siyasalın daima var olacağı haldir²³⁰. Siyasal olan her şeye önceldir ve sürekli olarak mevcut olan durumdur.

Kamusal düşman sadece devletler arasındaki yani uluslararası ilişkiler alanındaki bir düşmanlık olarak değerlendirilemez. Devletin gücünü kaybettiği bir durum, tüm partileri ve bunların karşıtlıklarını göreceli kılan kapsayıcı siyasal birliğin yok olduğu anlamına gelir. Burada da politik olanla parti politikası birbirine denk düşer. Schmitt'e göre eğer bir ülkede parti politikalarına ilişkin karşıtlıklar biricik karşıtlık haline gelmişse "iç politikanın" sınırına gelinmiştir. Çünkü burada politik birlik tehlike altına girmiştir ve asıl karşıtlık dış politikadan ziyade iç

²²⁹ Schmitt, s. 60.

²³⁰ Bünyamin Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi*, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 36.

politikada meydana gelen karşıtlık olmuştur. Böyle durumlarda silahlı çatışmanın varlığı dış politikadan ziyade iç politikada belirlenmeye başlanacaktır. Bu durum uluslararası arenadaki devletler arasında meydana gelen savaşa değil, bir iç savaşa işaret etmektedir²³¹. Düşman kavramı gerçek bir mücadele olasılığını gerektirir. Bu olasılık ise fiziksel öldürmeye dair gerçek bir olasılıktır. Zira bu kavramların hakiki anlamları ancak fiziksel anlamda öldürmek olgusunun ortaya çıkması ile mümkündür. Eğer ötekinin varlığı radikal anlamda sorgulanıyorsa o, düşman haline gelmiş demektir. Bu bir varoluş ile diğer varoluş arasındaki var olma ve yok etme ilişkisinin diyalektiğidir²³². Mücadeleye ilişkin gerçek olasılık bir şekilde ortadan kalkarsa her türden siyaset de sona ermiş demektir. Burada esas olan şey daima gerçek mücadeleye ilişkin olasılık ve böyle bir durumun var olup olmadığı hakkında verilen karardır. Dost-düşman karşıtlığının nihai sonucu gerçek mücadelede görünür ve bu karşıtlık, insanlardan hayatlarını feda etmelerini talep edip insanlara kan dökme ya da öldürme yetkisi veren bir karşıtlıktır. Tam da bu yüzden siyasal kavramının ahlaki, estetik ya da ekonomik açıdan ne şekilde değerlendirildiği önemsizleşir²³³. Önemli olan dost-düşman ayrımına ilişkin gerçek olasılığın kavranmasıdır.

Siyasal kavramının kendine özgü bir anlamı vardır ancak bu anlam, diğer dini, ekonomik, etnik ya da başka karşıtlıkların siyasal karşıtlığa dönüşmeyeceği anlamına gelmez. Eğer bu türden gruplar bir dost-düşman ayrımı yapabilecek kadar güçlenmişlerse bu karşıtlıklar politik karşıtlığa dönüşür. Dinsel bir topluluk başka bir dinsel topluluğa karşı dinsel savaş yürüttüğünde artık orada dinsel birlikten çok politik bir birlik meydana gelmiş demektir. Dinsel birlik dost-düşman ayrımı yapmış ve belirleyici otorite olarak ortaya çıkmıştır. Aynı şey ekonomi için de geçerlidir. Marksist anlamdaki bir “sınıf” eğer ki gerçekten sınıfsal karşıtını düşman olarak değerlendirecek bir güce ulaşmışsa ve ister devletin devlete karşı mücadelesinde isterse de iç savaşta, bu sınıfsal karşıtlık üzerinden gerçek bir mücadele yürütürse, bu durum artık ekonomik bir karşıtlık değil, siyasal bir karşıtlıktır²³⁴. Önemli olan nokta dost-düşman ayrımını yapabilme gücüne sahip olmaktır. Bu ayrım yapılıyorsa ve bu

²³¹ Schmitt, s. 62.

²³² M.Ertan Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı*, İletişim Yayınları, İstanbul 2015, s. 47.

²³³ Schmitt, s. 65.

²³⁴ Schmitt, s. 67.

ayrım doğrutusunda gerçek bir mücadeleye giriliyorsa o zaman siyasal olan devreye girmiş demektir. Siyasal olanın kendine özgü net bir alanı yoktur. Onun alanını dini, ulusal, ekonomik birçok farklı etken belirleyebilir. Önemli olan bu alanlardaki dostluk ve düşmanlığın ya da birleşme ve ayrılığın belirli bir yoğunluk derecesine ulaşmasıdır. Ekonomik, kültürel ya da dinsel karşıtlıklar, kriz anı hakkında kendiliklerinden karar verebilecek bir noktaya ulaşmışlarsa siyasal birliğin yeni tözünü oluşturuyorlar demektir²³⁵. Demek ki tözel bir birliğin politik bir birliğe dönüşebilmesi, tekelci bir güç tarafından dost-düşman ayrımı konusunda bir karar verilmesine bağlıdır. Bu durumda siyasi birlik dediğimiz olgu, hem dıştaki hem de içteki düşmanları belirleme yetenek ve iradesine sahip bir birliğin ta kendisidir²³⁶. Bu birliğin niteliği çok önemli değildir, önemli olan karar verici konuma gelip gelmediğidir.

Tözel birlik günümüzde devlet formunda karşımıza çıkar. Devlet olmanın gerekliliği ise düşmanı belirleme hakkına sahip olmaktır ve gerçek bir olasılık olarak, düşmanla mücadele edebilme kapasitesine sahip olmak demektir. Bu da devlete devasa yetkiler bahşeder: Savaşma ve buna bağlı olarak insanların hayatları üzerinde açıkça tasarrufta bulunma yetkisi. Çünkü devletin yerine getirmesi gereken amaçları vardır ve bu amaçlar doğrutusunda gerekeni yapmakla yükümlüdür. Bu amaç; devletin evvela kendi içinde ve egemenlik alanında memnuniyeti yani huzur, güven ve düzeni sağlamasıdır. Hukuk normları ancak normal durumlarda geçerli olur. Bu yüzden devletin görevi, hukukun uygulanabilmesi için sürekli olarak normal durumu korumaktır. Normlar olağan durumları varsayar ve olağanüstü durumlarda geçerliliklerini yitirir.

Devletin huzuru sağlama konusundaki mecburiyeti ona “iç düşmanı” tespit etme tekeline ve yetkisini verir. İç düşman; hukuk dışı kılma, sürgün, vatandaşlıktan çıkarma, müsadere, toplantı yasağı, memuriyetten men etme, suçlu kabul etme ya da hukukun korumasından çıkarma gibi tedbirlerle bertaraf edilmeye çalışılır. Düşman ilan edilen öznenin davranışına bağlı olarak, bu durum iç savaşa kadar gidebilir. Bu noktadan sonra siyasal birliğin kaderinin tayin edecek olan şey artık iç savaştır. Politik birliğin kendi içindeki karşıtlıkları aşması gerekmektedir. Siyasal olana sahip

²³⁵ Schmitt, s. 69.

²³⁶ Zeybekoğlu, s. 67.

olan politik birliktir, bu yüzden de iç savaşa sebep olabilecek düşmanlıkları yok ettiği sürece vardır. Schmitt devlete bu misyonu verir ve devleti önemli bir noktada konumlandırmış olur. XX. yüzyılın devletleri siyasal olana ilişkin tekeli ellerinden kaçırmaya başladıkları için devlet olma niteliklerini kaybetmeye başlamışlardır. Schmitt'in amacı, devletin devlet olma niteliğini yitirdiği bir dönemde devlete tekrardan devlet olmasının yolunu göstermektir²³⁷. Bu bağlamda Schmitt savaş hakkının ve düşman ilan etme tekelinin, bir siyasal birlik var olduğu sürece başka bir birime devredilmemesi gerektiğini söyler. Siyasal topluluk siyasal birliğin sonuçlarına katlanmaya hazır olan topluluktur. Çünkü halk; dost-düşman ayrımını tayin eden gerçek siyasal birliktir. Eğer halk dost-düşman ayrımı yapamıyorsa ya da yapmak istemiyorsa, o anda siyasal açıdan varlığı sona ermiş demektir²³⁸. Politik birliğin tesisi için yapılması gereken; bir "karar almaktır". Bu karar dostu ve düşmanı belirlemeye dönük ontolojik bir karardır. Karar bir iradeye ve güce dayanır. Eğer ortada böyle bir güç yoksa o zaman politik varoluş da sona ermeye mahkûmdur.

Buradan yola çıkarak çoğulcu devlet anlayışlarını eleştiren Schmitt'e göre özellikle liberal teorilerde savunulan çoğulcu devlet anlayışı, politik birlik düşüncesinin reddine dayanır. Bu anlayışına göre toplumsal yaşam ağları, buna dayalı farklı ilişkiler, ekonomik ve dini birliktelikler de birlik oluşturma açısından devletle aynıdır. Doğal olarak birlik dendiğinde sadece devleti düşünmek yanıltıcıdır. Schmitt bu görüşe karşı çıkar. Ona göre çoğulcu teori devletin birliğini kabul etmiyorsa ve devleti bir siyasal örgüt olarak diğer örgütlenmelerle eşdeğer kabul ediyorsa o zaman siyasalın özgül içeriğinin ne olduğuna cevap vermelidir. Üstelik insanların dinsel, kültürel, ekonomik ve diğer örgütlenmeleri yanında bir de hükümet örgütü kurmalarının sebebi nedir? Niçin insanlar böyle bir örgütlenme tarzına gereksinim duyarlar? Bunlar çoğulcu devlet teorisinin cevapsız bıraktığı sorulardır²³⁹. Çoğulcu teori din, ekonomi ve kültür gibi merkezi olmayan apolitik öğeleri bir araya getirerek politik birlik dışında bir imkân olduğunu varsaymaktadır. Ancak Schmitt'e göre bir topluluğu topluluk yapan en temel özellik politik birliğin tesis edilmesidir. Politik birlik yoksa toplum da yoktur. Schmitt'in politik birlik konusunda, ulusal bilince ve homojenliğe büyük önem veren Rousseau'dan

²³⁷ Bezci, s. 50.

²³⁸ Schmitt, s. 80.

²³⁹ Schmitt, s. 73.

etkilendiği fark edilebilir. Her topluluk bir politik birliğe dayanır, politik birlikse ifade edildiği gibi bir karara dayanmaktadır. Bu kararı verecek olansa politik birliği tesis eden halkın devletidir. Devlet, halkı temsil eder ve halk adına karar verir. Schmitt böylece devlet örgütlenmesinin merkezi önemini ortaya koymuş olur. Devletin ve ona bağlı olarak politik birliğini sağlamış bir halkın dost-düşman belirleme iradesi, bu ikisinin varlık koşulundan başka bir şey değildir. Bu değerlendirmeler dost-düşman ayrımının egemen bir devlet içindeki yansımaya tekabül eder. Ancak aynı ayrım uluslararası siyasette de gündeme getirilebilir.

İkinci dünya savaşından sonra Schmitt, ilgisini daha çok uluslararası hukuk ve siyasete yöneltmiştir. Bu bağlamda kaleme aldığı *Partizan Teorisi* eserinde, değişen dünyadaki yeni dost-düşman ayrımlarını anlamlandırmaya çalışır. Egemen devletler arasındaki düzenli savaşıardan düzensiz savaşıara geçiş, devletlerin resmi orduları dışında yeni aktörlerin ortaya çıkmasına sebep olur. Schmitt için dost-düşman ayrımına karar verecek olan tek otorite devlettir. Ancak yeni bir figür olarak partizan, dost-düşman ayrımına karar vererek tüm dengeleri alt üst etmiştir. Partizan demek yeni bir siyasal aktör, yeni bir savaş teorisi ve yeni bir hukuki sorun demektir. Partizan düzensizliğin gücüyle düzene başkaldırmak anlamına gelmektedir.

Schmitt öncelikle 'klasik savaş'ın tanımını yapar. Bu savaş türü, XVI. yüzyılın ikinci yarısından kabaca XIX. yüzyılın sonuna dek Batı Avrupa'da rastlanan, özellikle 1815 Viyana Kongresi'yle hukuki biçimi verilmiş savaş türüdür. Buna göre savaş; devletler arasında, devletlerin düzenli orduları tarafından icra edilen, savaş esnasında birbirlerine saygı duyan, birbirlerine suçlu gibi davranmayan, dolayısıyla savaş sonrasında da aralarında bir barış antlaşmasını mümkün kılan savaş ilan etme hakkının (*jus belli*) standart taşıyıcısı biçiminde gerçekleşir²⁴⁰. Devletler arasında meydana gelen her savaş özü gereği, savaşı ilan eden tarafın onurunu zedelemeyiz. Çünkü geleneksel savaş anlayışında ve buna bağlı olarak geleneksel düşmanlık anlayışında tüm taraflar eşit düzeyde görülür. Fakat bu klasik düzenlilik durumunu partizan bozmuştur.

Schmitt incelemesinin merkezine aldığı partizan figürünün niteliklerini açıklar: Partizan evvela düzensiz bir savaşçıdır. Herhangi bir resmi devlet ordusuna

²⁴⁰ Carl Schmitt, *Partizan Teorisi*, Çev. Sibel Bekiroğlu, Nika Yayınevi, Ankara 2017, s. 41.

bağlı değildir, bir “üniforması” yoktur ve en büyük düşmanları “üniformalıdır”. Partizanın bir diğer özelliği yoğun siyasi bilince sahip olmasıdır. Buna ek olarak, partizanı diğer savaşçılardan ayıran en önemli niteliği yoğun siyasi angajmana ve hedeflere sahip olmasıdır. Partizanın bir diğer ayırt edici vasfı; hareket gücü, hızı, ani saldırı ve geri çekilme potansiyelidir. Schmitt bunu kısaca ‘artan hareketlilik’ olarak ifade eder²⁴¹. Son olarak Schmitt, gerçek bir partizanın özelliği olarak onun toprağa bağlı olmasını gündeme getirir. Yaşadığı toprağa bağlı olmak, partizanı partizan yapan en önemli etkenlerin başında gelir. Bu özellik, partizanın aslında savunmacı bir karaktere sahip olduğunu gösterir²⁴². Bu, aynı zamanda düşmanlığın sınırlandırılması anlamına gelir, çünkü toprağa bağlılık bir sınırlılıktır.

Partizan figürünün ortaya çıkışıyla beraber geleneksel düşmanlık biçimi dönüşüme uğramıştır. Artık gündeme geleneksel düşmandan ziyade ‘gerçek düşman’ gelir. Gerçek düşman, geleneksel düşmanlıkta olduğu gibi özneler arasındaki hukuki eşitlik prensibi üzerine konumlanmaz. Partizan, düzenli birliklerle eşit olmayan düzensiz savaşçıdır. Düzenli birliklerin savaşçılarıyla eşit hak ve ayrıcalıklara sahip değildir ve genel hukuka göre bir suçludur. Uluslararası hukuk açısından bu niteliler çok net ve keskin değildir. Partizanın siyasi angajmanı, halkla iç içe olması, sadece savaş durumlarında etkin olması ve esasen ‘meşru olması’ gibi etkenler, hukuki açıdan tanımlanmasının zorluklarını da beraberinde getirir. Uluslararası hukukta bu konuyla alakalı olarak partizanı, düzenli birliklerle eş değer gören kısmi düzenlemeler de olmuştur. Schmitt kitabında bu düzenlemeleri ele alır. Önemli olan nokta gerçek düşmanın tamamen yok edilmesi gereken bir düşman olarak algılanmadığıdır²⁴³. Gerçek düşman, eğer bir halkın varoluşunu tehlikeye atmışsa düşmanlık vasfını kazanır ve bu tehlike geçtikten sonra artık düşman olarak görülmez. Partizan toprağa bağlı olduğu için sınırlıdır, dolayısıyla düşmanı da yine bu toprakla sınırlanmıştır.

Schmitt geleneksel düşman ve gerçek düşman kavramlarına bir üçüncüsünü daha ekler: ‘Mutlak düşman’. Mutlak düşman sınırları aşan ve mutlak biçimde yok edilmesi gereken düşmandır. Bu düşmanlık bakidir ve varoluşsal bir niteliğe sahiptir.

²⁴¹ Schmitt, s. 45-47.

²⁴² Schmitt, s. 51.

²⁴³ Zeybekoğlu, s. 209.

Mutlak düşmanlık savaşı hiçbir sınırlama bilmez. Bu düşman, kendinde ontolojik olarak değersizlik barındırır ve bu yüzden yok edilmesi gerekir²⁴⁴. Mutlak düşmanı yok etmek kendiliğinden meşru bir hale gelmiştir çünkü mutlak düşmanın herhangi bir saygınlığı yoktur.

Schmitt mutlak düşmanlık kavramını Lenin'e, gerçek düşmanlık kavramını Mao'ya referansla açıklamıştır. Lenin'e göre sadece devrimci savaş gerçek bir savaştır çünkü mutlak düşmanlıktan doğar. Mutlak düşman; Batılı kapitalist burjuva sınıfı ve yönettiği ülkelerdeki sosyal düzenidir. Lenin'in mutlak düşman tanımı kendi toprağını aşan, entelektüel derinliği olan, savunmacı bir anlayıştan ziyade saldırgan uluslararası bir devrimci anlayışı içeren bir düşmanlıktır. O'na göre burjuva ve proletarya eşit statüdeki iki düşman değildir. Burjuva kesinkes yok edilmesi gereken bir düşmandır. Buna karşın Schmitt'e göre Mao'nun partizan teorisi Lenin'e göre daha toprağa bağlıdır²⁴⁵. Bu yüzden onun düşmanı gerçek düşmandır; mekânsız, evrensel bir mutlak düşman değildir. Partizan teorisiyle daha uyumlu olan da Maoçu bakış açısıdır. Schmitt'e göre Lenin'in Bolşevik teorisi partizani tanır ve onu över. Ancak Çin partizanının toprağa bağlı gerçekliği ile kıyaslandığında Lenin'in düşmanlık kavramı buna nazaran soyut kalır. Sonuç olarak partizan, mutlak değil gerçek düşmana sahiptir. Bu, onun hem siyasal hem de toprağa bağlı karakterinin bir sonucudur. Partizanca bir tavrın somut örneği olarak Schmitt, Jeanne d'Arc'ın bir mahkemede hâkime verdiği yanıtı alıntılar. Hâkim Jeanne d'Arc'a, "Tanrı'nın İngilizlerden nefret ettiğini" iddia edip etmediğini sorar. Jeanne d'Arc'ın cevabı ise Tanrı'nın İngilizlerden nefret edip etmediğini bilmediği, bildiği tek şeyin İngilizlerin Fransa'dan çıkarılmaları gerektiği olur²⁴⁶. Bu tavır partizanca bir tavidir. İngilizler mutlak düşman olarak görülmez, savunmacı bir yaklaşımla gerçek düşman olarak görülür. Yapılması gereken İngilizleri dünyadan tamamen silmek değil, Fransa topraklarından çıkarmaktan ibarettir.

Schmitt partizan teorisiyle politik olanın değişen karakterini çözümlenmeye çalışır. Avrupa merkezli ve egemen devletler arasında cereyan eden savaşlar artık yerini yeni savaşlara bırakmıştır. Egemen devletlerin politik olanı belirleme tekeli

²⁴⁴ Schmitt, s. 82.

²⁴⁵ Schmitt, s. 86.

²⁴⁶ Schmitt, s. 120.

artık ellerinden kaymaya başlamıştır. Bu da aynı zamanda savaşın alanının genişlemesini ve aktörlerinin çoğalması anlamına gelir. Uluslararası hukuk normları yeni duruma adapte olmada zorluk çeker. Ayrıca düşmanın mutlak düşman olarak görülmesi, her savaşı bir iç savaş konumuna getirir. Bir devlete karşı kendi egemenliği altındaki topraklarda, kendi vatandaşları tarafından iç savaş açılması meşru görülmez ve bunu yapanlara saygı gösterilmez. Aynı şekilde düşmana saygının olmaması, düşmanın değersizleştirilmesi de dünyadaki tüm savaşların iç savaş olarak saptanmasına sebep olmuştur. Eşit ve meşru iki düşman, yerini biri meşru ve haklı, diğeri ise gayri meşru ve haksız olan iki düşmana bırakmıştır. Schmitt evrenselci liberal değerlerin işleviyle Lenin'in mutlak düşman olarak burjuvayı gören bakış açısının aynı sonuca ulaştığını belirtir. Evrensel değerlere sahip olduğunu iddia eden ülkeler, rahatlıkla bir diğeri ülkeyi mutlak düşman ilan edebilir ve bu değerler aracılığıyla düşmanın “aşağılık” olduğunu kanıtlayabilir. Aynı şekilde Lenin, evrensel bir düşman olarak burjuvanın değerlerine sahip tüm ülkeleri mutlak düşman ilan eder ve hepsini kendi haklı ideolojisi çerçevesinde aşağılık olarak değerlendirebilir. Artık devletler birbirleriyle savaşmazlar, değerler birbirleriyle savaşır. Bir devlet diğeri devlete meşru biçimde savaş açamaz ve sonunda düşmanı ile tekrar barış antlaşması imzalayacak zemini bulamaz. Çünkü artık “dünya iç savaşı” başlamıştır. Bu savaş “haklıyla” “haksızın” savaşıdır ve düşman saygıyı hak etmeyecek kadar değerden yoksundur; hukuk dışıdır, insanlık dışıdır. Bu düşman bütünüyle zararlıdır ve tek bir devletin düşmanı değil, bütün insanlığın düşmanıdır. Schmitt için önemli olan şey, bu yeni dünya düzenini, başka bir ifadeyle yeni dünyanın “nomos”unu kavrayabilmek ve politik olanın yani siyasal alanın yeni biçimlerini anlayabilmektir. “İnsanlık” adına bir savaş yürütülmesi doğru değildir çünkü insanlık kavramına denk düşen bir siyasal birlik veya toplumsal statü yoktur²⁴⁷. Bu, sadece savaşı meşrulaştırmak için ortaya atılmış belirsiz bir kavramsallaştırma değildir.

3.1.2. Parlamenter Demokrasi ve Liberalizm Eleştirisi

XIX. yüzyıl siyaset ve devlet kuramının özünü; demokrasinin zaferine olan inanç şeklinde tespit eden Schmitt göre XIX. yüzyılın hâkim siyaset anlayışında

²⁴⁷ Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 85.

ilerleme demek demokrasi demektir, buna karşı bütün itirazlar eskinin savunusu ve yeni olanla mücadelesi anlamına geliyordu. Demokrasi öylesine karşı konulmaz bir ivme kazanmıştı ki çağın bütün siyasal ideolojileri demokrasiyi arkasına almadan yola çıkamıyordu. Demokrasi birçok farklı düşünceyle ittifak yapabiliyordu. Ancak daha önemlisi, yerleşik monarşinin reddi olan demokrasinin, hayata geçirildikçe, birçok efendiye hizmet ettiği ve özünde hiçbir hedefinin olmadığı ortaya çıkmasıydı. Hem liberalizmle hem de sosyalizmle iş birliği yapabilen bir sistemdi. Bütün farklı siyasal eğilimler demokrasiye hizmet ettiğine göre demokrasinin kendine has bir içeriği yoktu, o yalnızca basit bir örgütlenme biçimiydi²⁴⁸. Bu yüzden hiçbir siyasal sistemin veya eğilimin tekeline alabileceği bir şey değildi.

Schmitt açısından, demokrasinin temel prensiplerinin çıkmazları hala çözülememiştir. Schmitt halk iradesi savının hiçbir zaman tüm halkın gerçek iradesi olmayacağı için bir anlam ifade etmediğini söyler. Halk iradesinin azınlıkla özdeşleştirilmesiyle çoğunlukla özdeşleştirilmesi arasında hiç bir fark yoktur, çünkü ikisi de tüm halkın ortak iradesini karşılamaz. Azınlığın halkın gerçek iradesine sahip olmadığını kim kesinkes iddia edebilir? Ya da çoğunluğun aldatılmadığı ve manipüle edilmediğini kim söyleyebilir? Ya da radikal demokratların kendilerini halk iradesine dayanarak, halktan ayrı ve üstün görmeleri neyle açıklanabilir?²⁴⁹ Schmitt'e göre demokrasi kavramı bu sorulara cevap vermede teorik ve pratik açıdan yetersiz kalmaktadır.

Schmitt için daha da önemlisi halk iradesinin nasıl belirleneceği meselesidir. Halk egemenliği demokrasiye uygun şekilde tezahür etmelidir aksi takdirde demokrasinin bir anlamı olmayacaktır. Peki bu nasıl olacaktır? Demokrasiyi yalnızca demokratça düşünen bir halka sunmak çare midir? Ya da yalnızca iyi niyetli kimselerin seçim hakkına sahip olması gerektiğinin ve temsil organına da yine bu iyi niyetli kimselerin seçmiş olduğu kişilerin girmesi gerektiğinin ifade edilmesi mi çözümdür? Ya da halkın demokratik ilkeler bağlamında eğitimden geçirilmesi mi bunun ilacıdır? Böyle bir eğitim kuramı diktatörlükle aynı şeydir, demokrasinin demokrasi için askıya alınmasıdır. Ancak teorik olarak demokrasi hala vardır.

²⁴⁸ Carl Schmitt, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2010, s. 39.

²⁴⁹ Schmitt, s. 43.

Demek ki diktatörlük demokrasinin zıddı değildir, demokrasiye geçiş sürecinin sağlanması için diktatörlüğe ihtiyaç vardır. Halkın iradesi yönetimi oluşturmadan evvel halkın iradesini şekillendirmek gereği, demokrasinin paradoksudur. Halk iradesini oluşturacak etkenler arasında askeri ve siyasi kudret, propaganda, basın hâkimiyeti, partiler ve okullar bulunabilir. Bütün bunlar demokrasinin diktatörce ruhunu gün yüzüne çıkarır. Bu yüzden demokrasi, modern parlamenter sistem denilen şey olmadan da var olabilir, ya da aynı şekilde parlamentarizmin de varlığı demokrasiye bağlı değildir. Diktatörlük demokrasinin zıttı olmadığı gibi, demokrasi de diktatörlüğün zıttı değildir²⁵⁰. Demokrasiyi yozlaşmış parlamentarizmden ayıran Schmitt, ona yeni bir hüviyet verilebilmesinin önünü açar.

Schmitt bir demokrasi karşıtı değildir. Schmitt'in karşı olduğu liberal demokrasidir. O'nun kavramsallaştırmasında demokrasinin dayandığı temel; halktır, birey değildir²⁵¹. Bireyin rasyonel iradesi asla belirleyici olamaz, belirleyici olan halkın iradesidir. Liberal demokrasilerde esas olan bireyken Schmitt buna karşı çıkar ve siyasal kavramını da çağrıştırmış şekilde toplumu temel alır. Liberalizm insanları eşit olarak değerlendirir. Bu eşitlik ise insanlar arasındaki dost-düşman ayrımını ortadan kaldıracak bir anlayıştır. Politik birliğin amacı düşmanı tanımlamaktan geçer. İnsanlar gerçek bir düşmana karşı birleştiğinde politik birlik oluşmuş olur. Ancak liberalizm dost-düşman ayrımı yapmayı oldukça zorlaştırır ve ayrışma zeminini bulandırır. Bu yüzden halkın politik birlik kurması açısından engel teşkil eder. Gerçek demokrasi, halkın politik birliği sağlayan ve halkı bütünüyle temsil eden bir iradenin oluşmasıyla gerçekleşir. Bu irade Schmitt'in sıkça ifade ettiği gibi devlet başkanıdır.

Halkın seçip yetkilendirdiği ve halka karşı sorumlu bir kurum olan parlamento, monarşinin karşıtı olarak konumlandırıldığı için parlamentoya karşı büyük bir inanç beslenir. Parlamento halk komitesi, hükümet ise parlamento komitesi olarak ortaya çıkar. Bütün bir halkın yönetime katılması ve hepsinin görüş bildirmesi imkânsızdır. Bu yüzden parlamento, olabilecek en uygun ve demokratik yönetim biçiminin vücut bulduğu yerdir. Schmitt burada önemli bir konuya dikkat çeker: Pratik ve teknik sebeplerle halk yerine halkın temsilcileri karar veriyorsa (ve bu

²⁵⁰ Schmitt, s. 49.

²⁵¹ Bezci, s. 126.

herkes tarafından meşru olarak görülüyorsa) böyle bir durumda halk yerine tek bir kişi de karar verebilir. Halkı parlamentoda bulunan birkaç yüz vekil temsil ediyorsa bunu pekâlâ bir kişi de yapabilir ve bu halde de yönetim demokratik niteliğini sürdürür. Parlamentonun seçim periyotları arasında halktan bağımsız bir hale gelmesi ve bu süre boyunca azledilemiyor oluşuyla, parlamenter hükümetin her an parlamentoya bağlı olması ve azledilebilir olması arasında ciddi çelişkiler mevcuttur²⁵². Schmitt parlamentoyu meşrulaştıran ne varsa hepsinin bir kişinin yönetimini de meşrulaştırabileceğini ortaya koyar. Yani nasıl ki demokrasi diktatörlüğün antitezi değilse, parlamenter sistem de monarşinin antitezi değildir.

Schmitt'e göre parlamentonun özü 'kamusal müzakere' ve 'aleniyet (kamusallık)',²⁵³ ilkesinde yatar. Kamusal müzakere argümanların ve karşı-argümanların kamusal alanda görüşülmesinde, kamusal münakaşada ve hükümet etmede ortaya çıkar. Ancak liberal düşüncede bunlar ebedi müzakereye dönüşür. Liberalizm rekabetin uyumu doğuracağına inanır. Hakikat ise ancak fikirler arasındaki mücadele sonucu ortaya çıkar. Schmitt'e göre bu düşünce hakikate ulaştırmaz ve kesin bir sonuçtan vazgeçmek anlamına gelir²⁵⁴. Fikirlerin tartışılmasıyla hakikate ulaşılabileceği fikrinin rasyonalitesi zamanla tartışmanın kendisinin rasyonel kabul edilmesi hatasını doğurur ki Schmitt'e göre bu, liberallerin en büyük hatalarındandır. Tartışma hakikate ulaşılması için bir araçken, hakikatin ötelenmesi için bir araç haline dönüşür.

Bir diğer ilke olan aleniyet ise gizli siyasetin ve gizli diplomasinin meşrulaştırılmasını sağlayan devlet sırları, hikmet-i hükümet gibi devletin halktan bağımsız olduğu ve hesap vermek zorunda olmadığı eylemleri yapmasına karşı ortaya çıkmıştır. Özellikle Aydınlanma çağı aleniyet ilkesinin doruk noktasına ulaştığı dönemdir. Bu görüşe göre Aydınlanma yayıldığı sürece despotun despotluğunun artmasının bir önemi yoktur. Çünkü aydınlanmış kamuoyu, iktidarın kötüye kullanımını engelleyecektir. Schmitt'e göre parlamentarizmin bu iki temel ilkesi, gerçekleştirmelerinde çok büyük etki sahibi olan basın özgürlüğü ilkesiyle de

²⁵² Schmitt, s. 53.

²⁵³ 'Kamusal Müzakere' ve 'Aleniyet' kavramlarını ilk olarak Bentham'dan ilham alan Constant kullanmıştır. Bkz. Nermin Abadan, "Constant ve Tarafsız Kuvvet Nazariyesi", *AÜSBFD*, Cilt 7 Sayı 01, Ankara 1952, s. 206.

²⁵⁴ Schmitt, s. 56.

desteklenmelidir. Ancak Schmitt, döneminin parlamentolarının ve partilerinin bu ilkelerden çok uzakta olduğunu ifade eder. İnsanların kaderini belirleyen büyük siyasal ve ekonomik kararlar artık kamusal müzakere içinde verilmemektedir. Parlamento gerçekten hükümet ve halk arasında aracı organ değildir, aleni müzakere yürütmezler, halkı devlet sorunları hakkında bilgilendirmezler. Bütün kararlar kapalı kapılar ardında alınır ve kapitalist çıkar gruplarının kararlaştırdıkları şeyler tüm halkın kaderini tayin eder. Siyasal partiler yozlaşmıştır ve hepsi kendi çıkar grubunun menfaati için çalışır hale gelmiştir. Gerçek tartışmalar yok olmuştur, bunun yerine çıkarların ve iktidar savaşının planlı hesaplamaları geçmiştir. Esas mesele çoğunluğa ulaşmaktır, hakikati aramak ya da gerçeğe ikna olmak değil. Artık adil yasaların ve doğru politikaların parlamento müzakereleri sonucu ortaya çıkacağına hiç kimse inanmamaktadır²⁵⁵. Aleniyet ve müzakere ilkeleri parlamentonun yozlaşması sonucunda boş ve gereksiz bir formaliteden ibarettir. Bu yüzden XIX. yüzyılın parlamentosundan geriye pek bir şey kalmamıştır.

Parlamento etkinliğini kaybettiye gerçekten halkın iradesini yansıtacak şey ne olmalıdır? Schmitt Sorel'e referans vererek mit (mythus) kavramını gündeme getirir. Dünya tarihine yön veren tüm fiiller mitin gücünden kaynaklanır. Bir halk veya bir sınıf ancak coşkuyla, sarsılmaz bir sezgiyle enerjisini harekete geçirecek ve kendine kuvvet kullanma cesareti verecek bir güce ulaştığında, dünya tarihinin motoru haline gelecektir. Mit, kitleleri harekete geçirecek tek büyük etkidir. Artık neyin önemli olduğu aşikârdır; miti kimin yaratacağı ve bu gücün günümüzde nerede aranacağı²⁵⁶. Miti yaratacak kişinin tek bir kişi olması olumsuz bir anlam ifade etmemektedir. Önemli olan bu dinamizmin sağlanmasıdır.

Schmitt yine Sorel'den hareketle bu mitin Rusya topraklarında ortaya çıktığını belirtir. Ancak bunun tek sebebi burjuvaya duyulan nefret değildir. Burjuva proleterlerin tüm yaşamını boyunduruk altına almıştır ancak bu durum, mitin ortaya çıkması için tek başına yetersizdir. Buna eklenmesi gereken bir bileşen daha vardır: Ulus bilinci. Artık yalnızca sınıf mücadelesine dayanan bir bilinç yoktu, güçlü ulusal unsurlar içeren bir mit doğuyordu. Ruslar kendi ülkelerini hor gören, kendi ulusunu hiçe sayan Avrupalılaştırmış üst tabakaya olan nefretlerini burjuvaya olan nefretleriyle

²⁵⁵ Schmitt, s. 77.

²⁵⁶ Schmitt, s. 101.

birleştirdiler. Ulusallık duygusu en güçlü mittir, bu mit; ırk, soy, dil, gelenek, ortak kültür, kader ortaklığı olan topluma ait olma bilinci gibi etkenlere dayanmaktadır. Mit kuramı parlamenter düşüncenin görece rasyonalizminin ağırlığını yitirmesinin en güçlü ifadesidir²⁵⁷. Parlamentoya duyulan inancın sarsılması, liberal müzakerenin her türlü önemli “kararı” ertelenmesi gibi gelişmeler, bu ağırlığın yitmesindeki önemli etkenlerdir. Ancak Schmitt tümüyle Sorel’le aynı fikirde değildir. Sorel’in teknik dünyanın mitlerini ifşa etmesini olumlarken, yerine geçirdiği devrimci mitin seküler karakterini sorgulamaktadır²⁵⁸. Schmitt, düşüncesinin teolojik ve politik yönü bakımından Sorel’den ayrılmıştır.

Schmitt parlamentonun temsil niteliğini çürüterek ve mit kavramının yardımıyla temsil meselesine açıklık getirir. Bir topluluk, temsil aracılığıyla siyasi bir varoluş kazanarak halka dönüşebilir, bir kişi tarafından temsil edildiğinde ise tek bir kişiye dönüşür, parçalanmışlıktan kurtulur. Halk, bir temsilcinin bedeninde zuhur ettiğinde halk olma bilincine varır. Halka formunu kazandıran şey temsil edimidir, bu edimi kendisinde somutlaştıran organ ise devlet başkanlığıdır (Reichspräsident)²⁵⁹. Devlet başkanı görünmez bir ide olan halkı, parlamentonun tersine bir bütün olarak kavrayarak kendi bedeninde görünür kılar. Parlamento, halkı bir bütün olarak kavramaktan acizdir, çünkü çıkar gruplarının iktidar çekişmesinden başka bir şey değildir. Siyasi partilerin parçalayarak tanınmaz hale getirdiği halk iradesini bir bütün olarak temsil eden devlet başkanlığı, bu niteliğini halk tarafından doğrudan seçilmesinden alır. Devlet başkanı ortak çıkar adına hareket eder; toplumsal gruplardan hangilerinin yerini sağlamlaştıracağına ve hangilerininkini sarsacağına, hangi ekonomik önlemlerin alınacağına, kamu güvenliği söz konusu olduğunda neler yapılması gerektiğine karar verecek olan odur. Devlet başkanı ekonomiden güvenliğe, silahlı kuvvetleri komuta etmekten olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlükleri askıya almaya dek uzanan geniş bir yetki kataloğuyla donatılmıştır. Devlet başkanının bir tirana dönüşmesini engelleyen tek şey halkla arasında kurulacak özdeşlik ya da tözel birliktir²⁶⁰. Schmitt miti nerede bulacağına ve bunu kimin yaratacağına bu şekilde cevap vermiş olur.

²⁵⁷ Schmitt, s. 112.

²⁵⁸ Kardeş, s. 93.

²⁵⁹ Zeybekoğlu, s. 112.

²⁶⁰ Zeybekoğlu, s. 113.

Schmitt liberal düşünceye önemli eleştiriler getirmiş bir kuramcıdır. Sadece liberal düşünceye değil sosyalist ve anarşist düşünceye de önemli eleştirileri vardır. Özellikle Versay Antlaşması'yla Almanya'nın diğer Avrupa ülkeleri tarafından ciddi anlamda kısıtlanması ve adeta asgari yaşam hakkı tanınması Schmitt'i etkilemiştir. Almanya'nın politik birliğini yeniden sağlayacak, etkinliği kaybeden devleti yeniden merkeze oturtacak bir çözüm arayışına girmiştir. Parlamentoyu eleştirmesindeki en büyük etken, devlet başkanının yürütme fonksiyonundaki otoritesini artırmak istemesidir. Devlet başkanı Almanya'nın politik sorunlarına çok daha kesin ve hızlı çözümler getirebilir. Bu yüzden Schmitt'in kuramında egemenlik, devlet başkanıyla özdeşleşmiştir.

3.2. Carl Schmitt'in Egemenlik Anlayışı

Egemenlik kavramı, Schmitt'in düşüncesinde -Kelsen'in aksine- merkezi bir konumda bulunur. Schmitt, politik felsefesini ve hukuk kuramını oluştururken egemenlik kavramına sıkça başvurmuş ve egemenlik kavramının niteliği üzerinde özellikle durmuştur. Liberal devlet ve hukuk anlayışının hâkim olduğu ve klasik egemenlik anlayışının sınırlandığı bir dönemde kavramı tekrardan ele almış ve klasik egemenlik anlayışının mutlak ve sınırlanamaz niteliğine yakın bir şekilde içini doldurmuştur. Özellikle hukuki sınırlamaların ve “normal” siyasi düzenin geçerli olmadığı, öngörülemez ve düzenlenemez olan ‘istisna halinde’ gerçek anlamıyla egemenin ve egemenliğin ortaya çıkacağını belirtmiştir. Egemenliği hakiki manada kavrayabilmek için kavramın, istisna hali ile olan bağlantısının merkeze alınması gerekmektedir.

3.2.1. Egemenlik ve İstisna Hali

Siyasi İlahiyat eserinin ilk cümlesinde Schmitt, egemenin tanımını yapar: “Egemen; istisna haline²⁶¹ karar verendir.” Schmitt öncelikle egemenlik durumunu

²⁶¹ ‘İstisna hali’ (state of exception) kavramı kimi kaynaklarda ‘olağanüstü hal’ olarak geçer. İki kavram genellikle birbirinin yerine kullanılır. Bu bağlamda oluşabilecek bir kavram kargaşasını engellemek için *Siyasi İlahiyat* eserini İngilizceye çeviren George Schwab'ın, çevirinin sonuna eklediği nota bakmakta yarar vardır: “Schmitt'in çalışması bağlamında olağanüstü hal, olağanüstü önlemlerin uygulanmasını gerektiren her türlü ekonomik veya siyasi karışıklığı içerir. Olağanüstü hal, düzeni ve istikrarı yeniden sağlamak için krizle nasıl başa çıkılması gerektiği konusundaki prensipleri belirleyen anayasal bir düzeni öngörürken, sıkıyönetim (state of emergency) *necessitas non habet legem* (zaruret halinde işlenen fiil, suç oluşturmaz) kuralı gereği, bir referans noktası olarak mevcut bir düzene ihtiyaç duymaz.” Bkz. Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Dost

bir sınır-durum olarak ifade eder, bu yüzden egemenlik kavramı bir sınır-kavramdır (Grenzbegriff)²⁶². Egemenlik, normal durumlarda anlaşılabilir bir kavram değildir. Schmitt'e göre belirleyici olan, olağan durum değil olağanüstü olandır, sıradan değil istisnai olandır. Ancak Schmitt'in ifade ettiği istisna hali kavramından herhangi bir olağanüstü hal kararnamesi ya da sıkıyönetim uygulaması anlaşılmalıdır. İstisna hali, bunları kapsamakla beraber devlet kuramına ait genel bir kavramsallaştırma²⁶³.

Schmitt'e göre eğer gerçekten bir "karardan" söz edilecekse bu karar istisna hali hakkında verilmiş olmalıdır. Çünkü Schmitt, hukuk normlarının olağan haller göz önünde bulundurularak çıkarıldığını ifade eder. Yani hukuk kuralları düzen içerisinde geçerli ve anlamlıdır. Hukukun egemenliği sadece olağan koşullar için geçerlidir. Genel bir norm mutlak istisnayı içermez. Bu yüzden bu durumda gerçek bir egemenlikten söz edilemez. Schmitt egemenliğin istisna halinde ortaya çıktığını ifade eder. Hukuk etkisiz kaldığında düzeni muhafaza etme kabiliyetine sahip olan irade; gerçekten egemendir.

Schmitt egemenliği somut bir uygulama olarak ele alır. Yani bir anlaşmazlık meydana geldiğinde kamusal çıkarı veya devlet çıkarını, kamusal düzen ve güvenliği neyin oluşturması gerektiğine kimin karar vereceği gibi somut meseleler üzerinden gider. Çünkü istisna hali, mevzu hukukta öngörülebilir bir durum değildir²⁶⁴. Devletin varlığını neyin ne şekilde tehdit edeceği, bu tehlikenin ne zaman geleceği, böyle bir durumda nelerin vuku bulabileceği gibi konular hiçbir zaman tam anlamıyla öngörülebilir değildir. Bunların belirlenmesi ve tek tek sayılması hiçbir hukuki çerçeve bakımından mümkün olamaz. Bu yüzden istisna halinde, hukuk

Kitabevi Yayınları, Ankara 2014, s. 71. Bu bağlamda 'olağanüstü hal', herhangi bir olağanüstü hal kararnamesine ya da sıkıyönetim uygulamalarına işaret etmez. Bu yüzden İngilizcedeki karşılığı 'state of emergency' değil 'state of exception'dır. Kavram, devlet kuramı açısından daha genel bir durumu ifade eder. Bu sebeple 'istisna hali', kavramın 'olağanüstü hal kararnamesi' ile karıştırılmasını engellemesi açısından daha kullanışlı görünmektedir. Bu yüzden tez boyunca, politik felsefeye daha uygun görünen 'istisna hali' kavramı kullanılacaktır.

²⁶² Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2014, s. 13.

²⁶³ Agamben'e göre kamu hukuku alanında hala gerçek bir istisna hali kuramı mevcut değildir ve sözcük çok karmaşık bir tanıma sahiptir. İstisna hali; yasal ve siyasal olanın kesişme noktasındaki muğlak ve değişken sınırdadır ve kamu hukuku ile siyasal olgu arasında bir dengesizlik noktası oluşturmaktadır. Bkz. Giorgio Agamben, "Olağanüstü Hal", Çev. Ferit Burak Aydar, (Der. Aykut Çelebi), *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, Metis Yayınları, İstanbul 2014, s. 165.

²⁶⁴ Schmitt, s. 14.

devleti anlayışı vasıfsız kalmaya mecburdur. Egemen, acil durumun mevcudiyetine ve bu durumun sona erdirilmesi için neyin yapılması gerektiğine karar verendir.

Schmitt egemenlik kavramını açıklarken kavramın temeline, yani Fransız hukukçu Jean Bodin'e müracaat eder. Egemenliğin istisna haliyle bağlantılı bir şey olduğu ilk önce Bodin'de belirir. Bodin, egemenin hukuka bağlı olup olmadığını tartışır ve acil durumlarda hukukla olan bağın kopacağını ileri sürer. Schmitt için Bodin'in bilimsel verimliliğinin ve başarısını sebebi burada yatar: Bodin, "kararı" egemenlik kavramının içine yerleştirmiştir²⁶⁵. Egemen, yürürlükteki kanunları ilga edebildiği sürece egemendir ve egemenlik esasında "karara" dayanır. Schmitt'e göre tüm düzenler bir karara dayanır ve -Kelsen'in aksine- buna hukuki düzen de dâhildir. Schmitt, klasik tanımıyla en üstün yürütme gücü olan ve başka kaynaktan türemeyen egemenlik anlayışını tekrar eder. Bu tanım açıklayıcı ve basittir, çünkü Schmitt egemenliğin bir kurgu olduğunu düşünmez, Schmitt'te egemenlik; gerçek güçle birebir çakışandır²⁶⁶. Somut bir düzen olan devlette, "son kararı" verebilen otoritedir.

Schmitt, istisna halinden bahsedebilmek için sınırsız bir yetkinin ve mevcut düzenin tamamen askıya alınmış olması gerektiğini ifade eder. Bu durumda hukuk geri adım atar, ancak devlet varlığını sürdürür. Bu yüzden istisna hali anarşi veya kaos değildir. Hukuk düzeni ortadan kalkmış olsa da hala hukuki anlamda bir düzen vardır. Schmitt istisna halini yasal bir bağlam içine almaya çalışır. İstisna hali yasalara bir kuralsızlık alanı sokar ve gerçekliğin etkili bir şekilde düzenlenmesini mümkün kılar. Bu doğrultuda istisna hali ilan edebilen egemen, yasal sınırlar dâhilinde kalmayı garanti altına almış olur. Egemen normalde geçerli olan yasal düzenin dışında kalmış olur ancak yine de o düzene aittir, çünkü anayasanın toptan askıya alınıp alınamayacağı kararının sorumluluğu ona aittir²⁶⁷. "Dışında olurken aynı zamanda ait olabilmek" egemene has bir özellik olarak karşımıza çıkar. Böyle bir anda devletin varlığı, hukuk normları karşısında üstünlüğünü kanıtlar. Karar hiçbir normatif bağ ile sınırlanamaz ve mutlak hale gelir. Çünkü normlar istisna durumlarında uygulama alanı bulamaz. Norm normal durumlar için vardır, bu yüzden normal durumun ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiğine hukuk karar

²⁶⁵ Schmitt, s. 16.

²⁶⁶ Cemal Bali Akal, *Hukuk Nedir?*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2017, s. 124.

²⁶⁷ Giorgio Agamben, "Olağanüstü Hal", Çev. Ferit Burak Aydar, (Der. Aykut Çelebi), *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, Metis Yayınları, İstanbul 2014, s. 168.

veremez. Buna karar verebilecek olan egemendir, bu karar; egemenin tekelindedir²⁶⁸. Eğer egemen, normal durum olduğuna hükmederse normlar geçerlilik kazanır, ama egemen istisna haline karar verirse normların etkinliği sona erer. İstisna hali, normun geçerli olduğu ama gücü olmadığı için uygulanamadığı ve yasa değerine sahip olmayan tasarıların/eylemlerin yasa gücünü elde ettiği bir hukuk rejimini ifade eder²⁶⁹. Bu yüzden hukukun geçerliliğini sağlayan şey, egemenin tekelindeki karardır. Ancak bu tekel, hukuken zorlama ya da hükmetme tekeli değil, olması gerektiği şekilde karar verme tekelidir. Devletin egemenliği tam da bu anlama gelir. Schmitt istisnanın can alıcı önemini şu şekilde vurgular:

“Özellikle somut yaşamın felsefesi, istisnadan ve ekstrem durumdan elini eteğini çekmemeli, aksine, bunlarla en üst düzeyde ilgilenmelidir. Bu felsefeye göre, istisna, kuraldan önemli olabilir; paradoksal olana yaklaşımının romantik bir ironiden esinlenmiş olmasından dolayı değil, aksine, kendini vasatî bir şekilde ‘tekrar edenin’ apaçık genellemelerinden daha derine inen anlayışın olanca ciddiyeti ile... İstisna, normal durumdan daha ilginçtir. Normal olan hiçbir şeyi kanıtlamaz, istisna her şeyi kanıtlar: Yalnızca kuralı kanıtlamakla kalmaz, kural, yalnızca istisna sayesinde yaşar. İstisnada gerçek hayatın gücü, tekrarlanmaktan katılmış mekanizmanın kabuğunu kırar.”²⁷⁰

Schmitt kararcılığın (desizyonizm)²⁷¹ en önemli temsilcilerinden biridir. Ona göre hukuk bir karara dayanır, kararı verense egemendir. Bir desizyonist olarak nitelendirdiği Hobbes’tan alıntılattığı şu önemli cümleyi sürekli tekrar eder: “Yasayı yapan otoritedir, hakikat değil.” Somut devlet egemenliği yerine somut başka düzenleri geçirme çabasına da yine Hobbes’u²⁷² referans vererek karşı çıkar. Hukukta karar alma işlemi normların üstündedir. Kararın bağımsız anlamı, kararın içeriğiyle beraber kararın öznesinin de bağımsızlığını içerir. Hukuki bakımdan asıl

²⁶⁸ Schmitt, s. 21.

²⁶⁹ Agamben, s. 169.

²⁷⁰ Schmitt, s. 22.

²⁷¹ “Schmitt, *Hukuki Düşüncenin Üç Tipi* çalışmasında pozitivist, normativist ve desizyonist olmak üzere üç hukuk anlayışından bahsetmektedir. Schmitt aslında pozitivism ile normativizmin aynı kökene sahip olduğunu, dolayısıyla da aslında iki tarz hukuki düşünce olduğunu söylemektedir. Buna göre her şeyin norma yaslandığı pozitivist-normativist anlayışla, karar alma’nın esas olduğunu düşünen desizyonist anlayış birbirlerine karşıdır. Schmittçi desizyonist anlayışa göre bir normun istisna hali ile ilişkisi kısmi ve sınırlı olabilmektedir. Norm, istisnaya işaret edebilir ama onu betimleyemez. Onun genel bir çerçevesini sunabilir ancak içeriğini tanımlayamaz.” Bkz. Kardeş, s.105.

²⁷² Schmitt, s. 39.

önemli olan normların içeriğinden ziyade kararı kimin vereceğidir. Normların içeriği mutlak anlamda bağlayıcı bir konumda bulunmaz. Kararlar normlardan bağımsız olarak kararı verenin tercihinine göre şekillenir. Bu tespit Schmitt'in, Kelsen'in aksine hukuk normlarını değil, "kararı vereni" egemen olarak kabul etmesinin en büyük sebebidir.

3.2.2. Egemenlik ve Siyasi İlahiyat

Schmitt modern devletin tüm kavramlarının "sekülerleştirilmiş ilahiyat" kavramları olduğunu belirtir. Bir ilahiyat kavramı olan kadir-i mutlaklık, seküler bir kavram olarak kadir-i mutlak kanun koyucuya dönüştürülmüştür. İlahiyat, konumunu muhafaza ederek modern dönemde yeniden üretilmiştir. Bu bağlamda istisna hali hukuk için neyse mucize de ilahiyat için aynı şeydir. Schmitt'e göre modern hukuk devleti düşüncesi, deizmi ve mucizeyi bu dünyadan kovar ilahiyat ve metafizikle işbirliği yapmıştır. Nasıl ki ilahiyat ve metafizik doğa kanunlarının sabit işleyişinin doğrudan bir müdahaleyle ihlal edilmesi olan mucizeyi reddediyorsa, aynı şekilde belirli bir sabiteye oturmuş yürürlükteki hukuk düzenine de bir egemenin doğrudan müdahalesi, Aydınlanma rasyonalizmi tarafından reddedilir²⁷³. Bu ise ilahiyat ile modern hukuk arasındaki bağlantıyı başka bir açıdan gözler önüne serer.

Schmitt için ilahiyat kavramlarının bu şekilde kullanılması, hukuki kavramların sosyolojisinin anlaşılması bakımından oldukça önemlidir. Modern devlet ele alındığında bu durum açıkça ortaya çıkacaktır. Kadir-i mutlak olan Tanrı, insanların hayatlarının her anını düzenler, insanların uyması için emirler verir; yasaklar, günahlar tayin eder. Tanrı'nın karışmadığı, boş bıraktığı hiçbir alan yoktur. Mutlak kanun koyucu olarak meşruluğunu kendinden alır ve itaat etmeyenlere karşı günah yazmak ya da cehenneme atmak gibi yaptırımlar uygular. Buna karşın çok bağışlayıcı ve merhametlidir, üstündür. Schmitt bununla bağlantı kurarak modern devletin Tanrı gibi her yere müdahale ettiğini ifade eder. Modern devlet; pozitif hukukun yetersiz kaldığı bir tartışmayı, vereceği kararlar sonuca bağlar, bazen mağfaret ve af yoluyla kendi kanunlarının üstünlüğünü kanıtlar, bazen lütufkâr bir hükümdardır, ancak aynı belirsiz kimlikle kanun koyucu, yürütme gücü, polis, af ve sosyal yardım mercii olarak da karşımıza çıkar. Daima itaat bekler, isyancılara karşı

²⁷³ Schmitt, s. 42.

yaptırımlar uygular. Kendinden başka bir egemen, otorite ve kanun koyucu tanımaz. Çünkü devlet, kadir-i mutlak olan Tanrı'nın tüm bu özellikleri çerçevesinde tanımlanır. Kadir-i mutlaklık ilahiyattan sadece dilbilimsel olarak değil, tüm sosyolojik, somut ve pratik yönleriyle de devralınmıştır. Devletle bağıntılı olarak egemenlik tanımı da bizzat bu şekilde kavramsallaştırılmıştır. En üstün emretme gücü ve tek kanun koyucu otorite olarak egemenlik, esasında ilahiyat alanına ait bir kavramdır. Mistik ve soyut bir içeriğe sahip olan kavram, Tanrı'nın inayetinin hukuki kılıfı olmaktan başka bir şey değildir²⁷⁴. Dini olanın yerine hukuki kurgu geçmiştir.

Schmitt egemenlik kavramının sosyolojisini kavramanın yolunun, hukuksal kavramların sosyolojisini anlamaktan geçtiğini ifade eder. O'na göre kavramların sosyolojisi hem tinsel hem de tözel iki kimliğin ispatıyla ilgilidir. Örneğin XVII. yüzyıl monarşisi, Kartezyen Tanrı kavramıyla beraber ele alındığında karşılık bulur. Eğer ki egemenlik kavramının sosyolojisine ulaşmak isteniyorsa, monarşinin tarihi-siyasi varlığının, dönemin Batı Avrupa insanının genel bilinç düzeyinde bir karşılığı olup olmadığına bakılması gerekir. Dönemin tarihi/siyasi gerçekliğiyle hukuksal yapısının örtüştüğü buradan açığa çıkmaktadır. Schmitt, dönemlere hâkim olan genel bilinç düzeylerini önemser. Nasıl ki XVII. yüzyılda monarşi, hâkim olan bilinçte karşılık bulduysa sonraki dönemde de demokrasi hâkim bilinçte karşılık bulmuştur. Bu yüzden belirli bir devrin dünya hakkında çizmiş olduğu metafizik resimle, devrin siyasi organizasyonunun resmi aynı yapıda olmaktadır. Schmitt'e göre egemenlik kavramının sosyolojisi bu özdeşlikte aranmalıdır²⁷⁵. Metafiziksel olanın ya da ilahiyat alanının belirleyiciliği ve önemi bu şekilde ortaya çıkmaktadır. XVIII. yüzyıl rasyonalizminin yaptığı da Tanrı'ya rağmen, değişmez tanrısal yasaların taklidinden başka bir şey değildir. Schmitt, tüm siyasal oluşumların ve organizasyonların, tanrısal özelliklerin bu alanlara aktarılmasıyla kurulmuş olduğunu ifade eder.

Pozitivist zihniyetin mantığının bu aşkınlığı çürümeye dayandığını belirten Schmitt'e göre, XVII. ve XVIII. yüzyıllarda devlet karşısında "aşkın bir egemen" düşüncesinin olması, dönemin "dünya karşısında aşkın olan Tanrı" tasavvuruyla ilişkilidir. XIX. yüzyılda ise ilahiyat alanında daha çok içkinlik düşüncesinin hâkim

²⁷⁴ Schmitt, s. 44.

²⁷⁵ Schmitt, s. 49.

olmasıyla beraber, siyasal alanda da içkinlik düşüncesi baş göstermiştir. Yöneten ve yönetilenin özdeşliğine dayanan demokrasi, devlet ve egemenlik arasında kamu hukukunca kurulan özdeşlik ve Kelsen'in devletle hukuk arasında kurduğu özdeşlikler bu doğrultuda anlaşılmalıdır. Tanrı'nın dünyaya içkin bir şekilde tasavvur edilmesi ve sekülerleşme süreci, etkilerini egemenlik ve devlet düşüncesi alanlarında da göstermiştir. XIX. yüzyıl devlet kuramının gelişimi iki tür unsur içerir: Tüm teist ve aşkın unsurların bertaraf edilmesi ve yeni bir meşruiyet kavramının oluşturulması²⁷⁶. Geleneksel meşruiyet kavramının bir belirleyiciliği kalmamıştır ve meşruiyet, monarşist bir karakterdeyken artık demokratik karakterdedir.

Schmitt bu doğrultuda, metafizik düşüncüyü dışlayan düşüncelerin karşısına karşı-devrimci olarak adlandırdığı Katolik muhafazakâr Donoso Cortes'i, Bonald'ı ve De Maistre'yi koyar. Cortes bir kararcıdır (desizyonist) ve her türlü siyasetin temelindeki metafizik öğelerin sonuna kadar farkındadır. Cortes karşı-devrimcidir çünkü dönemin "müzakere" dönemi değil "karar" verme dönemi olduğunun bilincindedir. Cortes insan doğasının kötülüğünü en ileri derecede savunan düşünürlerden biridir. Tarihte kötülüğün zaferi açık ve doğaldır ve bunu ancak Tanrı önleyebilir. Katoliklikle ateist sosyalizm arasında büyük bir savaş patlak vermiştir ve liberaller, bu savaşta nerede duracaklarına karar verecek kadar cesur değildirlere. Cortes burjuvayı, tartışan bir sınıf olarak değerlendirir, ama sadece tartışan. Her türden siyasi faaliyeti basında ve parlamentoda konuşma düzlemine çeken liberaller, sosyal çatışmalarla asla başa çıkamaz. Yani liberal burjuvazi bir Tanrı ister, ancak bu Tanrı kesinlikle faal değildir; bir monark ister, ama bu monark iktidarsızdır; özgürlük ve eşitlik ister, ancak seçme hakkı sadece mülk sahiplerine aittir; soy aristokrasisini bitirir, ancak yerine paraya dayalı aristokrasiyi getirir; sonuçta ne bir kralın ne de halkın egemenliğini kabul etmez²⁷⁷. Liberalizm her şeyi tartışıp yayar ve kesin bir karar vermekten çekinir, sürekli erteler. Bu durumdan metafizik de nasibini alır.

Schmitt politik birliğin salt teknik ve bürokratik araçlarla sağlanamayacağı görüşündedir. Akıl yoluyla herhangi bir birlik kurmak mümkün değildir ve rasyonalizm bu bakımdan yetersiz kalmaktadır. Schmitt, belirtildiği üzere mitlerin politikada önemli bir yer tuttuğunu ifade eder. Bu düşünce, Schmitt'in Hobbes

²⁷⁶ Schmitt, s. 54.

²⁷⁷ Schmitt, s. 63.

eleştirilerinde de ortaya çıkmaktadır²⁷⁸. Leviathan'ın başarısızlığı; Hobbes'in yasa fikrini sekülerleştirmesinde ve teorisinin aşkın alanlara kapı aralamasına rağmen Tanrı'ya hiç referans vermemesinde açığa çıkar. Tanrısallığın bütünüyle sistem dışına çıkarıldığı bir düzen politik birliği kurmaya yeterince elverişli değildir. Schmitt'e göre sekülerleşmenin zafiyeti burada ortaya çıkar. Bu bağlamda Cortes krallık çağıının sona erdiğinin bilincinde olarak, liberal burjuvazinin demokrasi talebine karşı ortaya diktatörlüğü koyar. Diktatörlük tartışmanın zıddıdır, istisnai bir durumun her zaman ortaya çıkabileceğinin bilincinde olarak, 'karar' vermeye hep hazırdır.

Schmitt, Cortes'in üzerinde durduğu ve liberal burjuvazinin istismar ettiği müzakere kavramına karşı, çözüm olarak olumladığı diktatörlük kavramını, özellikle inceler: Diktatörlük öncelikle Roma dönemine ait bir kurumdur. Romalılar kötü gidişatlarına dur demek için böyle bir kurum oluşturmuşlardır. Senato olumsuzlukları çözümlenmesi için belirli süreliğine diktatör görevlendirir. Yani diktatör, politik bir araç olma özelliğine sahiptir ve tüm yetkileri önceden düzenlenmiştir. Diktatörlük; komiseryal diktatörlük ve egemen diktatörlük olmak üzere ikiye ayrılır. Komiseryal diktatörlük belirli kurallara ve belirli bir süreye tabi diktatörlüktür. Fakat egemen diktatörlük bu şekilde sınırlandırılmış değildir ve kendisini senatonun üzerinde konumlandırarak var etmektedir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken nokta diktatörlüğün mutlak iktidardan ve tiranlıktan farklı bir şey olduğudur. Diktatörlük, özgürlüğü cumhuriyetçi bir anayasa çerçevesinde korumaktır²⁷⁹. Bu yüzden diktatörlük istisnai olmasına rağmen temelde anayasal bir kurumdur. Dikkat edilmesi gereken, diktatörün tüm hukuki alanları belirleyebiliyor olmasıdır. Örneğin komiseryal diktatör anayasayı askıya alarak anayasayı korumuş olur. Başka bir deyişle istisna, diktatörlüğün özüne dâhildir. Egemen diktatörün en temel farkı ise anayasayı muhafaza etmemesidir; aksine mevcut öğelerden hareketle yeni bir anayasa yapmaya girişmesidir. Bu anlamda diktatörlük, kurucu iktidar biçimi olarak belirmektedir. Egemen diktatörlük aynı zamanda yürürlükte olanı yürürlükten kaldırabilen iktidardır²⁸⁰. Böylece diktatörlük kavramı üzerinden Schmitt'in egemenlik tanımına yeniden ulaşılmış olunur: Hukukla bağlı olmayan, hukukun

²⁷⁸ Kardeş, s. 78.

²⁷⁹ Kardeş, s. 117.

²⁸⁰ Kardeş, s. 125.

yetersiz kaldığı anlarda –istisna hallerinde- inisiyatif alan ama yine de hukuki bir düzende hareket eden nihai karar verici.

3.2.3. Egemenlik ve Dost-Düşman Ayrımı

Schmitt'in kilit kavramlarından olan siyasal kavramı (politik olan), dost-düşman ayırımına dayanır. Schmitt'e göre dost-düşman ayırımına karar vermek demek, siyasal olana dair karar vermek demektir. Bu ayrıcalığa sahip olan tek otorite ise devlet olmalıdır. Devlet eğer dost-düşman tayin etme tekeli elinden kaçırırsa artık politik bir kimliğe sahip değildir ve varoluşu tehlikeye girmiştir. Schmitt'in politik birliğin sağlanmasını ve devletin güvenliğinin muhafaza edilmesini bu kadar önemsemesinde, Hobbes'un teorilerinin etkisi olduğu görülebilir. Schmitt siyasal olanın, daima kriz anına odaklı bir gruplaşma olduğundan bahseder. Yani kriz anına odaklanan bir gruplaşma tayin edici niteliğe sahip bir gruplaşmadır, daha doğrusu siyasal birliktir. Egemenlik, işte bu kriz anında tayin edici karar alma yetkisine sahip olmak demektir. Siyasal birliği ya da dost-düşman ayırımını belirleyen egemenin ta kendisidir²⁸¹. Egemenlik, siyasal düşman ilan edebilme gücüdür ve düşman ilan etmekten kaynaklanan riskleri üstlenecek tek makamdır. Schmitt'e göre politik birlik, kendi içindeki tüm karşıtlıkları aşabilecek karar gücüne sahip bir birlik demektir. Politik birlik en üstün karar verme gücüne sahiptir. Bu yüzden devlet içinde meydana gelebilecek çatışmaları ve iç savaşa gidecek düşmanlıkları yok edecek kararı verecek birliktir. Politik birlik, politik olanın tek sahibidir ve dost-düşman ayırımı bu politik birliğin genel iradesini ortaya koyar.

Egemen güç olarak devlet, siyasal birliği oluşturmalıdır. Bu birliğin oluşması için yapılması gereken düşmanı belirlemektir. Sadece ortak bir düşman tanımı, bir grubu siyasal birlik haline getirir. Bu politik kimlik kendini özellikle kriz anında ortaya çıkarsa da, politik birliğin egemenliği sürekli olarak vardır²⁸². Çünkü olağan durumların varlığı demek her zaman potansiyel olarak kriz anının ortaya çıkabileceği anlamına gelir. Olağan her zaman kendi içinde istisnai olanı da barındırır. Schmitt'in egemeni, pasif bir potansiyellik içermez. O, olağan durumlarda gömülü biçimde saklıdır ve kriz durumlarında aniden gün yüzüne çıkar.

²⁸¹ Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 69.

²⁸² Suganami, s. 517.

Egemen, düşman tayin etme yetkisinin bir devamı olarak savaş ilan etme tekeline sahip olan tek otoritedir. Schmitt, Bismarck örneğiyle konuyu somutlaştırır. Alman İmparatorluğu'nda sendikalar ve Kilise, görece etkili kuruluşlardır. Ancak ikisi de ve hatta ikisinin ittifakı bile Bismarck döneminde Alman İmparatorluğu'nun yürütmeyi istediği savaşlardan birini yasaklama ya da engelleme cesaretinde bulunamamışlardır. Sonuç olarak ne Kilise ne de sendika bir iç savaş ihtimalini göze alamamıştır²⁸³. Savaş ilan etme tekeline sahip olmaya çalışmak, egemenlik iddiasında bulunmaktır, bu da mevcut egemene başkaldırı anlamına gelir. Eğer başkaldırı göze alındıysa iç savaş kaçınılmazdır ve yeni bir siyasal birlik sağlanmadan savaş sonlanmaz. Devlet kendine alternatif oluşturabilecek tüm politik güç odaklarını yok edene kadar normal durum tesis edilemez. Normal durum tesis edilene kadar, normal olmayan durumlarda karar yetkisi egemen olan devlete aittir. Devlette ise, tüm diğer politik alternatifleri ve ikincil iktidarları yok edebilecek esas güç Devlet Başkanlığı'dır.

Schmitt'i diğer anayasa hukukçuları ve uluslararası hukukçulardan ayıran temel özellik, egemenlik kavramını dost-düşman ayrımıyla birlikte düşünmesidir. Diğer düşünürler egemenliği belirli bir siyasal toprak parçası içinde ararken Schmitt, partizan teorisinde gösterdiği gibi, egemenliği ulus devlet çerçevesiyle sınırlamaz ve ulusları aşan/ulus ötesi bir bakış açısı sunar²⁸⁴. Dost-düşman ayrımı yapabilme yetkisi ulus devlet çerçevesiyle sınırlandırılmış değildir, artık devlet sınırlarını aşan bir dost-düşman ayrımı politik sahnede yerini almıştır.

3.2.4. Egemenlik ve Anayasa

Schmitt bu konu üzerindeki değerlendirmelerini, anayasanın yasallık kılıfına saklanılarak ihlal edilmesi tehlikesine dikkat çekmek için yapmıştır. Özellikle "Prusya Darbesi", Schmitt'in bu konu üzerinde daha çok düşünmesinde etkili olmuştur. 1932 yılında gerçekleşen ve "Prusya Darbesi" olarak bilinen olayda, dönemin devlet başkanı Hidenburg, şansölye von Papen'i, Prusya Eyaleti'ndeki bozulan anayasal düzeni yeniden tesis etmesi için olağanüstü bir kararnameyle

²⁸³ Schmitt, s. 72.

²⁸⁴ Přibáň, s. 310.

federal hükümet komiseri olarak tayin eder ve eyalet hükümetini görevden alır²⁸⁵. Prusya'daki Sosyal Demokrat Parti hükümeti, meseleyi Alman Federal Devlet Mahkemesine taşır. Mahkeme devlet başkanının Weimar Anayasası'nın 48. Maddesi uyarınca Prusya hükümetini geçici olarak görevden almasını ve komiser tayin etmesini anayasaya uygun bulur. Ancak Prusya eyaletinin, federe devlet olarak temsilinin bütünüyle ortadan kaldırılmak istenmesini anayasa aykırı bulur. Bu davada Schmitt, Reich'ın avukatı olarak bulunmuştur. Prusya eyaletini savunan hukukçu ise Hermann Heller'dir. Schmitt'e göre Sosyal Demokrat Parti, Prusya'nın kamusal güvenliği için bir sorun teşkil etmiyordu ama Reich için büyük bir tehlike oluşturmaktaydı²⁸⁶. Ancak yasalara uygun şekilde iktidara geldikleri için herhangi bir yaptırım uygulanamıyordu. Oysaki devlet için tehlikeli olduğu açıkça ortada olan bir parti, yasal sınırlara riayet ediyor diye serbest bırakılmamalıdır. Burada dikkate alınması gereken ölçüt, yasallık değil meşruiyettir. Meşruiyete sahip otorite ise devlet başkanıdır. Schmitt'e göre anayasanın 48. Maddesi bu yetkiyi devlet başkanına tanısa da temelde Weimar Anayasası bu konularda tutarsız ve yetersiz bir anayasadır. Nihayetinde Schmitt bu konuya, Anayasanın Koruyucusu tartışmasıyla da bağlantılı olarak devletin politik birliğinin muhafaza edilmesi için eğilmiştir.

Schmitt *Kanunilik ve Meşruiyet* eserinde devlet türleri arasında ayırım yapar. O'na göre dört çeşit devlet türü vardır: Yasama devleti, yargı devleti, idare devleti ve hükümet devleti. Kendisi yasama devleti üzerine yoğunlaşır ve yasama devletinin ayırt edici özelliğinin, kamusal iradenin en yüksek ve tayin edici ifadesini normlaştırmalarda görmesi olduğunu ileri sürer. Parlamento, yasama devletinde merkezi konumdadır çünkü normlaştırmaları tanzim eden organdır. Yasama devletinde egemen olan kanunlardır, insanlar ya da başka otoriteler değildir²⁸⁷.

Schmitt'e göre yasama devletinin temelinde “kanuna uygunluk prensibi” yatar. Hukuki olarak tek geçerlilik normlara aittir, kişiler emredemez. Böyle bir devlet, haklılığını tam da buradan alır. Devlet gücü ancak kanunilik prensibi uyarınca kullanılabilir. Dolayısıyla bu şekilde kapalı bir kanunilik sistemi itaat talebini

²⁸⁵ David Dyzenhaus, “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”, *American Political Science Review*, Vol. 91, No. 1 March 1997, s. 121.

²⁸⁶ Dyzenhaus, s. 125.

²⁸⁷ Carl Schmitt, *Kanunilik ve Meşruiyet*, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, İstanbul 2018, s. 4.

haklılaştırır ve kendisine karşı tüm direnme haklarını bertaraf eder. Çünkü yasama devletinde normlar önceden belirlenmiştir, içeriği bakımından tayin edilebilir ve ölçülebilirdir, süreklilik ve genellik arz eder²⁸⁸. Bunlar devletin haklılığının sebepleridir ve kanunilik, devletin güç kullanımını haklı kılar. Yasama devletinde kanuniliğin gerçek manası ve ödevi; hem (ister monarkın isterse plebisiter halk iradesinin) meşruiyeti, hem de sadece kendine dayanan veya üstün olan her türlü otoriteyi ve hükümdarlığı lüzumsuz kılması ve reddetmesidir. Bu bağlamda parlamenter demokrasinin meşruiyeti, onun kanuniliğinde mündemiçtir ve artık yasal sınırlar meşruiyetle eş değer sayılmaktadır²⁸⁹. “Kanuni olan her şey meşrudur” biçiminde bir işlevselcilik ve biçimcilik hüküm sürmeye başlar: Devlet kanundur, kanun da devlettir. Kanuna itaat zorunludur, kanunilik yukardan gelen keyfi bir emir değildir. Kavramlar kulağa hoş gelse de kanuni olan her şey meşru ya da doğru olacak diye bir zorunluluk yoktur. Schmitt’in amacı bu farkı ortaya koymaktır. Çünkü kanunilik kisvesi altında devlet, otoritesi en yoğun biçimiyle ortaya çıkar.

Schmitt’e göre kanun koyucu, yasama süresi boyunca istediğini yapar, yaptığı her şey daima “kanun” olur ve daima “hukuku” yaratır. Böylece mutlak şekilde tarafsız, değer ve nitelikten uzak biçimselci-işlevselci bir kanunilik düşüncesi ortaya çıkar. İdare hukuku alanında, kanuniliğin belirlenebilir içerik, orantılılık ve eşitlik gibi özellikleri dikkate alınırken kamu hukuku alanında kanunla alakalı her şey önemsiz görülür ve katı sınırlamalar bu alanda etkisiz kılınır. Bu durumda parlamenter yasama devletinin esas özellikleri ortadan kalkmış olur ve kanunilik sadece basit bir meşruiyet kaynağı olarak kalır. Schmitt bunu şu cümlelerle ifade eder:

“Demokratik-parlamenter yasama devletinin faraziyeleri ortadan kalkarsa, somut anayasal durum karşısında gözleri yummak ve kanunilik sistemini bu yolla kurtarabilmek için mutlak surette değere tarafsız bir işlevselci-biçimsel kanun kavramına sarılmak yakındır. Bundan sonra “kanun”, sadece ansal parlamento çoğunluğunun ansal kararı olarak kalır. Yukarda anıldığı üzere bu durum; parlamentonun, parlamenterlerin, tartışma ve aleniyet vasıtasıyla mükemmelleşmiş parlamenter usulün, hukuku ve aklı garanti eden malum niteliklerine dönük zımnen

²⁸⁸ Schmitt, s. 5.

²⁸⁹ Schmitt, s. 11.

varsayılmış bir güvenin mevcudiyeti altında, bütünüyle tasavvur ve kabul edilebilirdir.”²⁹⁰

Demokratik parlamenter sistemin esas yapısına dönük güven, aynı sistemin bozulmuş yapısına da duyulmaya devam eder. Bu haksız güven, kanun denen şeyin parlamentonun anlık bir kararı olmasını ve bunun kabul edilmesi gerektiğini meşrulaştırır. Böyle bir durumda halkın oyunun %51’i parlamentodaki çoğunluğu, parlamenterlerin oylarının %51’i hukuku ve kanuniliği, hükümete yönelik parlamentonun %51’lik güveni ise yasal parlamenter hükümeti belirlemiş olur. Schmitt’e göre eğer halk, özsel bir türdeşliğe sahipse oyçokluğu makul bir seçenektir, sadece uzlaşmanın tezahürüdür. Ancak aksi durum söz konusuysa, türdeşliğin olmadığı durumlarda çoğunluğun azınlığa hükmetmesi kaçınılmaz olacaktır.

Kanunilik iddiası, haksızlığa ve hukuka aykırılığa karşı yapılacak her itirazı ve savunmayı kanundışı sayar. Çoğunluk kanuniliğin ve kanundışılığın tek ölçütü olur. Her çıkar grubu, iç politikadaki rakiplerini kolaylıkla yasadışı ilan edebilir ve halkın birliğinin dışına atabilir²⁹¹. Böyle bir durumda hâkim parti tüm yasallığın sahibi olur ve çoğunluk devletle eşdeğer konuma yükselir. Schmitt’e göre olağan durumlar için bu “politik ödül” görece öngörülebilirdir. Ancak Schmitt’te egemenliğin kilit kavramı olan istisna haline geçildiğinde, bu ödül tamamen öngörülemez ve kestirilemez boyutlara ulaşır. İlk olarak “kamu düzeni”, “kamu güvenliği”, “tehlike”, “zaruret”, “gerekli tedbir”, ve “hayati çıkar” gibi kavramlar somut duruma bağımlı olduğundan ve içerikleri ancak anlık duruma göre doldurulduğundan, hükümet tarafından istendiği gibi kullanılabilir. Buna bağlı olarak tereddüt durumlarında kanunilik her zaman iktidarın yasal sahibinin tarafındadır. Hepsinin sonucu olarak, devlet iktidarını elinde bulunduranın talimatları her şeyden önce icra edilebilir olarak karşımıza çıkar. Bu durumda yargı her zaman daha sonra gelmek durumunda kalır. Yani kritik an geldiğinde herkes bir diğerini kanundışılıkla itham eder ve herkes kanuniliğin ve anayasanın koruyucusu rolüne bürünür. Sonuçta kanuniliğin ve anayasanın bulunmadığı bir durumdur²⁹². Schmitt istisna halinde hukukun değil, egemenin devreye girdiğini söylemektedir. Bu yüzden ismi yasama

²⁹⁰ Schmitt, s. 29.

²⁹¹ Schmitt, s. 35.

²⁹² Schmitt, s. 38.

devleti de olsa, her şey sözde kanunilik meşrulaştırılması altında yapılıyor da olsa ve hukukun egemen olduğu kabul ettirilmeye çalışılıyor da olsa istisna hali, gerçek ve somut olarak her şeyi açığa çıkarır.

Schmitt, Weimar Anayasası üzerinden üç tip olağandışı kanun koyucu incelemesi yapar. Schmitt tarafından ilk olağandışı kanun koyucu olarak 'ratione materiae' incelenir. Schmitt bunu, Weimar Anayasası'nın içinde ikinci bir anayasa olarak değerlendirir. Schmitt, anayasanın parlamenter devletin yapısını düzenleyen birinci bölümü ile temel hak ve ödevleri düzenleyen ikinci kısmının birbirine zıt olduğunu iddia eder. Çünkü parlamento yasa yaparken çoğu zaman basit çoğunluk ilkesiyle (%51) hareket eder. Ancak bazı koşullarda bu durum değişiklik gösterir. Yasa çıkarma ya da karar alma usulü değiştirilir ve zorlaştırılır (mesela %66'ya çıkarılır). Maddi hukuk alanındaki bu zorlaştırmalar özellikle Weimar Anayasası'nın ikinci kısmında koruma tedbirleri, dokunulmazlık beyanları, güvenceler ve tahkimat mevzileri vasıtasıyla anayasa dâhil edilmiştir. Böylece ortaya "Almanların Temel Hak ve Yükümlülükleri" başlıklı bir anayasa kısmından ziyade yeni bir anayasa çıkmıştır²⁹³. Schmitt basit kanun koyucu karşısında daha üstün bir kanun koyucu ve daha güçlü bir kanuniliğin inşa edilmesine sebep olan bu ilave nisabın (%15) gücünün neye dayandığını sorar. Yeni bir kanun koyucunun yaratılması homojen bir halkın olmamasından kaynaklanır. Yani belirli somut çıkarları ve hakları düzenleyen yasaların, parlamento karşısında %15 gibi fazladan bir oy oranıyla "korumaya alınmasının" arkasında, azınlığı çoğunluğa karşı koruma düşüncesi yatar. Ancak Schmitt'e göre bu durumda demokratik prensip değişir ve bir anayasa içinde ikinci bir yasakoyucuya yer verilmiş olur²⁹⁴. Parlamantonun basit çoğunluğuna kalmayan güvenin, bir miktar fazladan oy yüzdesi koyarak sağlanmaya çalışılması beyhude bir çabadır.

Schmitt'in asıl söylemeye çalıştığı şey, anayasanın birinci kısmında parlamenter sistemin değer tarafsızlığından dem vurulurken, ikinci kısmında bu yapının altının oyulduğudur. Yani normal ve olağan kanun koyucunun karşısına olağandışı bir kanun koyucu olarak nitelikli çoğunluk koyulursa, bu durum parlamantonun temelinin yani olağan kanun koyucuna duyulan koşulsuz güvenin

²⁹³ Schmitt, s. 46.

²⁹⁴ Schmitt, s. 49.

sarsılmış olduğu anlamına gelir. Anayasa kendi marifetiyle kendi sistemini çürütür. Parlatentonun 2/3'ü çıkardığı bir maddi hukuk normuyla, parlatentonun basit çoğunluğu olan olağan kanun koyucunun iktidar alanını sınırlandırabilir. Aynı şekilde anayasanın birinci kısmı değer tarafsızlığına göre hazırlanmışken ikinci kısmı değer zenginliğine boğulmuştur. Bazı haklar ve özgürlükler “daha çok” güvence altına alınmıştır. Bu da yasama devletinin sisteminin çöküşü anlamına gelir. Burada egemen irade; nitelikli parlatento çoğunluğu olarak ortaya çıkar.

Schmitt ikinci tür olağandışı kanun koyucu olarak ‘ratione supremitatis’i inceler. Bu ise bazı konularda parlatento yerine plebisiter meşruiyetin aranması anlamına gelir. Olağan parlatanter kanun koyucunun konumu ve ona ait kanunilik sistemi, Weimar Anayasası tarafından, doğrudan demokrasiye ait bir yasama sisteminin ithal edilmesiyle bir kez daha sallantıya girmiştir. Parlatenter yasama sürecinin sonunda, bir mesele hakkında doğrudan oy kullanan halkın çatışmayı çözecek nihai merci olarak ortaya çıkması, parlatentoya olan güvensizliğin ikinci belirtisidir²⁹⁵. Halk parlatentonun üzerinde konumlanır ve bu üstünlüğünün temeli halk egemenliği ilkesidir. Weimar Anayasası, sadece ikinci kısmında birinci kısmın karşısında yer alan yeni bir anayasaya içermekle yetinmez, aynı zamanda birinci kısım içinde parlatenter kanunilik ve plebisiter meşruiyet olmak üzere iki farklı sistemi bir arada bulundurur.

Son olarak Schmitt, olağandışı kanun koyucu ‘ratione necessitatis’ten bahseder. Üçüncü olağandışı kanun koyucu, kararname yayımlayan devlet başkanı olarak karşımıza çıkar. Devlet başkanının kararnameleri kanunlarla eşdeğerdir. Bu yüzden devlet başkanının müstakil kararname çıkarma yetkisine karşı gelen herkes, anayasaya karşı gelmiş demektir. Devlet başkanın kanun koyuculuğunun şahsında ortaya şu hakikat çıkar: Normlar sadece normal durumlar için geçerlidir. Normal olmayan durumun kanun koyucusu olarak devlet başkanı, olağan kanun koyucu olan parlatentonun tüm kanuniliğini yerle bir eder. Sahip olduğu olağanüstü yetkiler ve bu yetkilerin içeriği hakkında kendisi karar verir, “gerekli” tedbirleri tayin eder ve uygular. Bu yetkiler parlatento tarafından denetlense dahi, parlatento yürürlükten kaldırana kadar “gerekli” tüm işlemler (silahlı güç kullanılması ve birilerinin öldürülmesi) yapılmış olur. Bu son olağandışı kanun koyucu türünde, kanun çıkarma

²⁹⁵ Schmitt, s. 72.

ve kanunu yürütme arasındaki ayırım sona erer ve ikisi bir kişide birleşir²⁹⁶. Böylece yasama devletinin en önemli özelliklerinden olan kuvvetler ayrılığı prensibinin de bir önemi kalmamış olur.

Schmitt sözde tarafsız, değer yargısız ve görece liberal olan Weimar Anayasası'nın çelişkilerini ortaya serdikten sonra bir anayasanın parti politikalarına göre faaliyet gösteren bir yasama-fabrikası olmaması gerektiğini vurgular. Ona göre anayasanın temel bir gayesi olmalıdır. Bir Alman anayasası hazırlanırken dikkate alınması gereken nedir? Schmitt'e göre Alman gücünü kabul eden ve bu doğrultuda değer yargılarıyla yüklenmiş bir anayasanın hazırlanması gerekir. Eğer bu konuda karar vermeye cesaret edemeyen bir anayasa mevcuda gelirse, varlığını sürdürülemez. Değer yüksüz, tüm partilerin hedeflerine rahatça ulaşabileceği, sözde tarafsız bir anayasa yapılırsa, bu anayasa kendisini koruması gereken zaman geldiğinde yetersiz kalacaktır²⁹⁷. Schmitt yasama devletinin ve liberal tarafsız anayasaların çelişkilerini gözler önüne sererek, değer yüklü ve bir amaçla dolu anayasadan yana tercih yapar. Çünkü Schmitt'e göre anayasa, politik birliğin somut halidir. Fakat politik birlik, anayasanın yazılı normlarıyla çerçevelenecek bir şey değildir. Politik olan anayasadan önce geldiği için, anayasa, politik birliğin normatif bir hal alması olarak anlaşılmalıdır²⁹⁸. Anayasa denen şey, devletin politik birliği sağlandığı sürece korunabilir. Normlar politik birlik sağlandıktan sonra oluşabilir. Bu yüzden 'politik olan', 'normatif olanı' her daim önceler. Bu cümle Schmitt'in egemenlik anlayışının özeti olarak anlaşılabilir.

²⁹⁶ Schmitt, s. 88.

²⁹⁷ Schmitt, s. 120.

²⁹⁸ Bezci, s. 55.

IV. BÖLÜM

HANS Kelsen VE CARL SCHMITT'İN EGEMENLİK KAVRAMININ KARŞILAŞTIRILMASI

Kelsen ve Schmitt XX. yüzyılda hukuk, devlet ve siyaset teorileri üzerine önemli eserler vermiş iki düşünürdür. Kuramsal olarak birbirlerine zıt konumda bulunmaları, özellikle birinci dünya savaşından sonra, parçalanmış devletlerinin düşmüş olduğu politik ve hukuksal çıkmaza getirdikleri çözüm yollarında kendini gösterir. Buna bağlı olarak egemenlik kavramına bakış açıları, kavramı ele alış biçimleri ve kavrama yüklemiş olmaları misyon tamamen farklıdır. Bu farklılığın temelinde hukuk, devlet ve siyaset kuramlarındaki zıtlık yatmaktadır. Egemenlik kavramını değerlendirme biçimleri kuramlarının doğal bir yansımasıdır. Bu yüzden hukukun kaynağı ve üretimi sorunsal olarak normatiflik ve kararcılık arasındaki dikotomi, egemenlik kavramına bakışın özünü verir. Buna ek olarak siyasi ilahiyat ve egemenlik arasında kurulan bağlantı, kurucu iktidarın niteliği ve rolü üzerine yapılan değerlendirmeler, politik birliğin mahiyeti ve hangi çerçevede ele alındığı konuları egemenlik düşüncesini şekillendiren temel yapıtaşlarıdır. Anayasanın koruyucusunun kim olması gerektiği konusunda iki düşünürün birbiriyle doğrudan yapmış olduğu tartışma, egemenlik düşüncesine bakışın, dönemin siyasal ve hukuksal yapısı çerçevesinde kurumlar üzerinden adeta pratiğe dökülmesidir. Egemenlik kavramına bakıştaki karşıtlıkları görebilmek için öncelikle bu konular üzerindeki kuramsal farklılıklarının temelini müracaat edilmelidir.

4.1. Normativizm ve Desizyonizm Dikotomisinde Hukukun Kaynağı Düşüncesi ve Egemenlik

Kelsen ve Schmitt'in egemenlik konusundaki düşüncelerinin temelinde, hukukun kaynağına ve geçerliliğine ilişkin bakış açısı ile hukuk ve siyaset arasındaki ilişkileri değerlendirme yöntemleri yatar. Kelsen normatif düzeni ve normlara uygunluğu, hukukun geçerli olmasının kaynağı olarak görür. Hukuku oluşturan irade egemen bir güç değil, yine hukukun kendisidir. Schmitt ise bu görüşlerin karşı kutbunda yer alır. Ona göre hukuk, egemen iradenin eyleminden doğar ve her

aşamasında normatif düzeni aşan bir karara dayanır. Dolayısıyla Kelsen “kuralcı” olarak tanımlanırsa Schmitt de “kararcı” (desizyonist) olarak tanımlanabilir. Kelsen normlar aracılığıyla her şeyi bir kurallar bütünü içinde değerlendirirken, Schmitt ise her şeyin bir karara dayandığını ve asıl belirleyici olanın olağan zamanın kuralları değil, istisnai zamanların kararları olduğunu ifade eder. Schmitt hukuk normlarının kaos durumunda uygulanamayacağını her fırsatta dile getirir. Kelsen ise hukuk ve devlet özdeşliği teorisi üzerinden, devletten yani hukuktan daha üstün bir gücün olmadığını ifade eder: Hukuk devlettir, devlet de hukuktur. Bu yüzden herhangi biri diğerinden önce gelmez. Schmitt için soyut ve normatif olan, somut ve varoluşsal olanın zıddıdır²⁹⁹. İki düşünür arasındaki temel farklılık tam bu noktada ortaya çıkar.

İlk olarak temel norm varsayımıyla Kelsen, hukuktan önce gelen ve en yüksek siyasi otoriteyi niteleyen egemenlik kavramından türeyen hukuki geçerlilik kavramını reddeder. Hukukun arkasındaki güç, yani normların zorlayıcı doğasını ayakta tutan cebri şiddeti temsil eden otorite, egemen değildir. Hukukun arkasındaki güç; normdan gelen bir yetki veya hakla yetkilendirilmiş güçtür. Cebir –hukukun etkililiği için geçerli olan- salt fiziksel zorlamaya dayanmaz, yasal düzeni oluşturan kurallar, özel durumlar için özel yaptırımlar uygular. Yani hukuki olarak yetkilendirilmiş cebir, aslında (egemen) güç değildir. Çünkü şiddet, yasal normların etkililiğini sürdürmez.

Kelsen’e göre hukukun gücü vardır ama bu mistik ya da egemen gücü ifade etmez. Hukuk, yaptırım tehdidiyle insan davranışlarını düzenleyen cebri düzendir. Ancak hukukun normatif hedefi, barışı korumak ve bireyler arası ilişkilerde güç kullanımını engellemektir. Bu amaçla hukuk, şiddet kullanımını devlet elinde tekelleştirir ve hukukla yetkili kılınmayan tüm şiddet kullanımlarını suç olarak tanımlar. Hukuk eğer gücün tekeline eline alırsa bu, barışın tesis edilmesi anlamına gelir. Eğer devlet, egemenlik otoritesine başvurarak anayasal normları geçersiz kılan bir güce sahip olarak anlaşılırsa, normların yasal güçten yoksun olduğu sonucu çıkar. Buna karşılık anayasal normları aşan devlet eylemleri, meşru kamu gücünü uyguluyor şeklinde anlaşılabilir³⁰⁰. Kelsen devletin tüm hukuk dışı tanımlarını

²⁹⁹ Bezci, s. 94.

³⁰⁰ Petra Gúmplová, “Law, Sovereignty and Democracy: Hans Kelsen’s Critique of Sovereignty”, *Third Central and Eastern European Forum for Young Legal, Social, and Political Theory*, 25-26 March 2011, Belgrade, s. 6.

reddeder. Fakat pozitif hukukça yetkilendirilmeden önce egemenin bir uygulama alanı olduğu gerçeğini de görmezden gelemez ve onun teorisinde temel norm, tarihsel olarak ilk yasakoyucunun yapıcı eylemleriyle pozitif hukuka dönüşür. Kelsen'e göre temel normu varsaymak, pratikte ilk yasakoyuculara yasa yapma gücünü bahşeden ve verili bir hukuki düzenin geçerlilik zinciri yoluyla kendisine isnat edilebileceği bir anayasanın, tarihsel oluşumunun gerçek bir olay olduğunu kabul etmek demektir. Ancak bunu kimin nasıl yarattığının ve içeriğinin ne olduğunun bir önemi yoktur. Önemli olan bu anayasanın, normların geçerliliğini sağlaması ve yasaların ona uygun olarak çıkarılmasıdır³⁰¹. Burada önemli bir ayrıntıya dikkat çekmek gerekirse; temel norm öncelikle anayasaya geçerliliğini kazandırır ve bu sebeple anayasadan daha üst bir normdur. Anayasa ve temel norm birbirine karıştırılmamalıdır. Temel norm anayasa değildir, normlar hiyerarşisinin gidebileceği en son noktadır.

Kelsen egemenlik kavramını tamamen reddetmemiştir ve kavramı dönüştürerek kullanmaya devam etmiştir. Klasik egemenlik kavramının nitelikleri olan bağımsızlık, birlik, en üstün güç olmak gibi özellikler, siyasal değil hukuki durumların bir sonucudur ve egemenlik hukuki düzenin bir parçasıdır. Lakin burada bir paradoks göze çarpar. Kelsen bir yandan egemenlik kavramını bertaraf ederken öte yandan bu kavramı; hukukun politikadan, dinden, ahlaktan ve adaletten ayrılması için bir araç olarak kullanır. Egemenlik teorisi, temel normdan türeyen hukuk sisteminin özdeşliği teorisine dönüşür. Bu dönüşüm ise egemenlik kavramının erken modern doktrinini (klasik egemenlik) koruyarak gerçekleşir. Bu doktrin egemenliğin özellikleri olarak; tekliği, sınırsızlığı, bağımsızlığı ve mutlaklığı öne sürer. Kelsen ise bu özellikleri egemenden alır ve onları temel normun nitelikleri yapar. Ancak Gümplova'nın iddiasına göre, Kelsen oldukça basit bir egemenlik anlayışıyla çalışır. Kelsen'in egemenlikten kastettiği Hobbesçu egemenlik anlayışıdır. Mutlakçılık döneminin bu egemenlik anlayışı, egemenliğin bölündüğü, sınırlandırıldığı, çeşitli hükümet kurumlarına dağıtıldığı, kuvvetler ayrılığı ve temel haklarla sınırlandırıldığı modern anayasal devletlere uygulanamaz³⁰². Buna yüzden modern anayasal devletler için Kelsen'in egemenlik eleştirisi anakronik kalmaktadır.

³⁰¹ Gümplová, s. 8.

³⁰² Gümplová, s. 19.

Kelsen'in teorisinde hukuk, iki ana normatif amaçla donatılmıştır: Bireyler ve devletler arasındaki çatışmaları şiddete başvurmadan çözüp barışı tesis etmek ve anayasal demokrasinin kurumları ve ilkelerini dikkate alarak, bireysel özgürlükleri mümkün olan en geniş biçimde genişletmek. Ancak Kelsen'e göre egemenlik, hukuk kurallarını anlama yolunda engel teşkil eder. Hukuk normlarının geçerlilik kaynağını ve hukukun zorlayıcı karakterini tanımlamak için egemenlik kavramına ihtiyaç yoktur. Egemenlik mutlaklığı ve mevcut pozitif yasaya saygısızlığı haklı çıkarabilecek gizli bir otokratik iddiayı temsil eder. Formel hukuk kuralları, Saf Hukuk Kuramının egemenliği göz ardı etmesiyle, politik hükümetlerin subjektifliğinin yerini alır ve objektif hukuk normlarıyla kişisel otoritenin keyfiliğini sınırlar. Kelsen'e göre egemenlik kavramının özündeki temel sorun, uzlaşmaz olan güç ve hukuk ikilemiyle çalışmasıdır. Kelsen bu ikilemle başa çıkmak için egemenlik kavramının bilimsel açıdan anlaşılabilir olduğunu söyler ve normativist argümanla hukukun geçerlilik kaynağını bir egemen iradeye dayandırmaz. Kelsen'e göre hukukun üstünde yer eden ve hukukun en temel kaynağı olarak görülen 'egemen' kavramı yanlıştır³⁰³. Bu durumda hukuk sisteminin dışında, hukuktan önce gelen ve hukuk karşısında aşkın bir egemenlik anlayışından söz edilemez.

Schmitt ise hukuk ve karar arasında dolaysız bir bağlantı kurar. Hukuk, normatif bir sistemde kendi kendine işleyen ve tamamen normların içeriğiyle belirlenen bir şey değildir. Schmitt'e göre Kelsen'in yaptığı şey; büyük hukuk makinasının mühendisi olan egemenin, radikal bir biçimde kenara itilmesidir. Bu durumda makinanın kendi kendine çalıştığını kabul etmek gerekir³⁰⁴. Böyle bir şey mümkün değildir. Hukuk ve iradi edim birbirinden ayrılamaz. Bu yüzden hukukun her aşamasında kararın belirleyiciliği vardır. Genel bir hukuki fikri ya da hukuki düşünceyi somut bir olaya uyguladığımızda, yani esasında hukuku hayata geçirmemiz gerektiğinde, Schmitt'e göre, bu zorunluluk hali, hukuki şekle hükmeder. Hem genel bir hukuk ilkesini pozitif yasaya dönüştürmede, hem de pozitif bir hukuk normunun yargı veya idare tarafından uygulanmasında, her seferinde özel bir teşekkül ve şekillendirme gerekmektedir³⁰⁵. Bu da hukuki şeklin pratikte sürekli müdahaleye uğradığına ve ne kadar nesnel olabileceğinin sorgulanması için yeterli

³⁰³ Gumplová, s. 3.

³⁰⁴ Cotterrell, s.172.

³⁰⁵ Schmitt, s. 34.

bir kanıttır. Kelsen'in normlar hiyerarşisi sistemine göre her norm kendisinden bir üstteki norma uygun olarak çıkarıldığında hukukilik açısından bir sorun olmaz ve hukuk sistemi normatif düzenini korur. Ancak Schmitt her normun uygulanışının, somut gerçeklikten bağımsız olmadığını ve kişisel kararların etkisinde kaldığını ısrarla belirtir. Hukuk, gerçekleştirilmek yani uygulanmak isteniyorsa mutlaka egemen karar vericiye ihtiyaç vardır. Bu yüzden Schmitt'e göre dünyevi adalet, hiç bir zaman hukukun koruyucusunun yani egemen karar vericinin kararlarının keyfiliğinden tam anlamıyla kaçamaz³⁰⁶. Hukuk normlarının, her zaman belirli kararların görece özerkliğine dayanan ve praxis alanına dikkat çeken indirgenemez bir "an" içerdiğini söyleyen Schmitt'in düşüncesinde karar, yalnızca hukukun temeli değildir aynı zamanda normatif sistemden çıkarılamayacak değer ve öneme sahiptir³⁰⁷. Dolayısıyla hukuki sonuç, en ince ayrıntısına kadar kendi öncüllerinden türetilemez, "saf" haliyle kalamaz. Bu aşamada karar vermek zaruridir ve belirleyici unsurdur. Hukuk idesi kendisini kimin uygulaması gerektiğine ilişkin bir şey söylemez³⁰⁸. Hukuku pratiğe uygulayan otorite veya yargıç, olguyla norm arasında doğrudan bağlantı kurabilen bir otomat değildir. Hiçbir norm tek başına ilgili normdan yola çıkılarak fiiliyata aktarılamaz, çünkü normlar nasıl uygulanacağını kendisi belirtmez. Burada devreye yargıcın normlar ve olgular arasında vereceği bir karar girer³⁰⁹. Karar, yazılı hukuk normlarından farklı bir düzlemde ve normlardan bağımsız bir şekilde ele alınacaktır.

Kararın en belirleyici ve önemli olduğu an ise istisna hali anıdır. Schmitt'e göre Kelsen gibi bir yeni-Kantçı istisna hali ile sistematik olarak ne yapacağını bilmez. Schmitt için, bir "normcu" olan Kelsen'in bu konuda yetersiz kalması gayet normaldir. Hukuki düzen kavramı çok açık bir şeymiş gibi kullanılsa da aslında üzerinde fazlaca düşünülmüş bir kavram değildir. Eğer ki bir düzenden bahsedilecekse –ki buna hukuki düzen de dâhildir- tüm düzenler bir karara dayanır. Bu yüzden Kelsen, egemenlik sorununu, kavramı inkâr ederek çözer. Schmitt'in ifade ettiği üzere; Kelsen'in yaptığı hukuk karşısında devletin liberal inkârıdır³¹⁰.

³⁰⁶ Sylvie Delacroix, "Schmitt's Critique of Kelsenian Normativism", *Ratio Juris*, Vol. 18 No. 1, March 2005, s. 37.

³⁰⁷ Delacroix, s. 36.

³⁰⁸ Schmitt, s. 36.

³⁰⁹ Zeybekoğlu, s. 8.

³¹⁰ Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 28.

Oysa hukuk devleti ya da liberal devlet, egemenlik sorununu ertelemekten başka bir şey yapmaz. Schmitt, Kelsen'in devletin ve organlarının bir hukuki yetkilendirmeye oluşturulduğu iddia etmesine ya da devleti, normlar aracılığıyla sisteme hukukilik kazandıran bir atıf meselesi olarak görmesine karşı çıkarak eleştirilerine devam eder:

“Bir noktanın, bir düzen ve bir sistem olduğunu ve bir normla özdeşleştiğini varsayan ilginç matematiksel mitolojiyi bir kenara bırakalım ve çeşitli atıf noktalarına yapılan muhtelif atıfların düşünsel gerekliliği ve tarafsızlığının mutlak bir karara, başka bir deyişle bir emre dayanmıyorsa neye dayandığını soralım. Sanki çok açık bir şeymişçesine, durmaksızın, kesintisiz birlik ve düzenden bahsedilir; sanki bağımsız hukuki birliğin vardığı sonuç ile yalnızca siyasi hayatta bir birlik oluşturan kompleks arasında ezeli bir uyum varmışçasına, hukukla ilişkili olan pozitif düzenleme şeklindeki her şeyde bulunduğu varsayılan, bir basamak üstte veya altta bulunan düzenlemelerden bahsedilir. Kelsen'in bütün saflığı ile normatif bilimlere düzeyine yükseltmeye çabaladığı hukuk, hukukçunun özgür iradesiyle değerlendirmesi anlamında normatif olamaz; hukukçu yalnızca verili (pozitif olarak verili) değerleri kullanabilir. Bu nedenle tarafsızlık mümkün gibi görünür ancak pozitivite ile zorunlu bir bağlantısı yoktur. Kullandığı değerler hukukçuya verilmiş olsa da bunlara karşı görece bir üstünlükle hareket eder. Çünkü “saf” olarak kaldığı sürece, hukuken ilgilendiği her şeyden bir birlik kurulabilir. Ancak esas güçlük inatla görmezden gelinir ve sistemle çatışan her şey –biçimsel sebeplerle- saf olmadığı gerekçesiyle dışlanırsa, birliğe ve saflığa kolayca ulaşılır. İşini sansa bırakmayan ve metodolojik kararlılığını koruyan birinin, kendi hukukunun o zamana dek uygulanan hukuktan nasıl farklılaştığını tek bir somut örnekle bile açıklamaksızın eleştirel olması kolaydır. Metodolojik büyüleyicilik, kavramsal keskinlik ve eleştirel kurnazlık, yalnızca hazırlık safhasında değerlidir. Hukukun biçimsel bir şey olduğu gerekçesiyle sadede gelmezlerse, her türlü zahmete rağmen, hukukun antresinde [antichambre] kalırlar.”³¹¹

Kelsen hukukun temelde bir yetkilendirme meselesi olduğunu, kurumların, kişilerin ve en nihayetinde devletin bu yetkilendirme (atıf) sonucunda objektifliğe ulaştığını ve hukukilik kazandığını ifade etmekteydi. Schmitt ise bu yetkilendirmenin dayanağının ne olduğunu ve bir karara dayanıp dayanmadığını sorar. Kelsen'in iddia ettiği gibi bir karara dayanmıyorsa bu durumda neye dayanır? Schmitt'e göre Kelsen'in buna verebilecek bir cevabı yoktur. Kelsen, sistemiyle çatışan her şeyi biçimsel olarak reddederek işin kolayına kaçır ve saflık adı altında, hukuk sistemine sorun yaratan meseleleri bilimin dışına atar. Oysa Schmitt için hukuk bu kadar saf ve

³¹¹ Schmitt, s. 27-28.

bağımsız değildir, hukukun özünde böyle bir şey yoktur. Kelsen'in, hukuk biliminin sınırlarından çıkararak yadsımaya çalıştığı politik mesele ve bu meselelere bağlı anlam öbekleri, hukuk alanı açısından belirleyicidir. Kelsen bu belirleyiciliği tasvir etmek yerine belirleyiciliğin dikkate alınmadığı saf bir kavram elde etmeye yönelmektedir³¹². Hukukun sadece biçimsel olarak ele alınması, hukukun özüne ilişkin her hangi bir sonuca ulaşmada yetersiz kalmaya mahkûmdur. Ayrıca Schmitt, Kelsen'in tarafsızlık adına kullandığı biçimselliğin nesnel değil öznel olduğunu belirtir. Epistemolojik olarak kategoriler doktrinlerinin ya da biçimselliklerin farklı farklı olması bu durumun öznel olduğunun bir kanıtıdır³¹³. Kelsen böylesine tartışmalı bir hukuki biçimsellik (formellik) yola çıkarak baştan hata yapmaktadır.

Kelsen esasında hukuk normlarının pratiğe aktarılırken tamamen saf haliyle kalacağını savunmaz. Kelsen'e göre üst norm, alt normun içeriğini belirlese dahi tam olarak hiçbir zaman amacına ulaşamaz. Çok ayrıntılı bir emir dahi, belirlenecek pek çok şeyi, onu uygulayacak olana bırakmak durumundadır. Bu yüzden takdir yetkisine kimi zaman çok, kimi zaman az da olsa yer verilmelidir³¹⁴. Normun uygulanmasında ortaya konan edim, normu somutlaştırdığı kadar onu bireyselleştirir de. Kelsen bu aşamada Schmitt'e yaklaşırsa da, bu durumun hukuk sistemi açısından sorun yaratmayacağını savunur. Çünkü bir takdir hakkından bahsediliyorsa da, bu hak Grundnorm'a dayanmak durumunda olduğundan, olabildiğince kısıtlı olacaktır ve normatif sisteme bir hanel getirmeyecektir. Yargı kararının bir yasaya dayanıyor olması sadece, kararın, yasanın temsil ettiği çerçevede yer aldığı anlamına gelir; yani kararın, genel normun çerçevesindeki mümkün olan yegâne tekil norm olduğu değil, mümkün tekil normlardan ancak bir tanesi olduğu anlamına gelir³¹⁵. Yargıç, normu uygularken yeni normlar türetse de bu durum, niceliksel olarak çok sınırlı bir durumdur. Ayrıca bu aşamada verilen karar, yine norma dayanarak verilmiştir, normun öngörmediği herhangi bir kararın verilmesi mümkün değildir. Eğer karar verilirken normun dışına çıkılmak istense, bu durum bir üst norma alenen aykırı olacağı için geçersizdir. Takdir hakkı kullanan iradenin mevcut hukuk normuna muhalif olarak sosyal, ahlaki veya dini normları dikkate alması sonucu verdiği bir

³¹² Kardeş, s. 240.

³¹³ Schmitt, s. 35.

³¹⁴ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s. 96.

³¹⁵ Kelsen, s. 100.

karardır. Bu karar ise hukuki olarak geçersiz olacaktır. Bu yüzden hukuki sistemin temellerinden olan öngörülebilirlik ilkesi zarar görmüş olmayacaktır³¹⁶. Schmitt ise takdir yetkisinin sınırlanmasını doğru bulmaz. Konuya yargı pratiği çerçevesinden bakan Schmitt, Kelsen'in ikincil olarak tanımladığı iradi gücün ve hâkimin takdir yetkisinin asli öneme sahip olduğunu savunur³¹⁷. Liberal teoriye göre, takdir yetkisinin sınırlanması için hâkimin ya da iradi gücün yetkilerinin önceden tanımlanmış kurallarla olabildiği kadar daraltılması gerekir. Ancak Schmitt'e göre istisna halinde hukukun askıya alınmasının sınırlarının, yine anayasa tarafından çizilmesi çabasının beyhudeliği gibi bu çaba da boşunadır. Burada devreye irade girer ve kararı verecek olan da bu iradedir. Schmitt bu noktada Kelsen'in dayanak noktası olan temel norm düşüncesini eleştirir. 'Olması gereken'in aniden durmasını ve normatifliğin bitmesini -geçerliliğini bir diğerinin geçerli olmasından alan ve bu sayede geçerli olan- bir totoloji olarak görür. Schmitt yasal normatifliğin nerede ve nasıl başladığını anlamaya çalışır çünkü hiç bir norm kendisini varsayamaz³¹⁸. Başlangıç noktası bir "karardır", dolayısıyla hukuk esasında bir karara dayanır ve bu karar en nihayetinde egemen iradenin kararıdır.

Akal, Kelsen'in iradi edimi reddetmediğini belirtir. O'na göre, Kelsen'in yapmaya çalıştığı şey normu iradi edimden ayırmaktır. Yasakoyucu edimin norm yaratması demek, aslında normun yasakoyucunun anlamlandırmanı olması demektir³¹⁹. Yani yasakoyucuyu yasakoyucu yapan normdur. Devlete hukuki kişiliğini veren de normdur. Bu normlara uyulması gerekliliğini söyleyen de normdur. Bu yüzden normun objektif geçerliliği iradi edimden kaynaklanmaz. Normlar bir yasakoyucunun ya da devletin iradesi ya da buyruğu değildir. Kelsen, norm koyma etkinliğinin ya da yasakoyucu etkinliğin bir iradeye dayandığını inkâr etmez, ancak normların hukukiliğinin ya da geçerliliklerinin kaynağının onları koyan iradeler olduğu savına karşı çıkar³²⁰. Normların hukuki olarak geçerli olmasını sağlayan bir başka normdur. Dolayısıyla Kelsen'in kuramında hukukun kendisinden başka kaynağı yoktur.

³¹⁶ Zeybekoğlu, s. 11.

³¹⁷ Delacroix, s. 32.

³¹⁸ Delacroix, s. 34.

³¹⁹ Akal, s. 139.

³²⁰ Akal, s. 141.

Kelsen belirleyici olanın normlar olduğunu öne sürerek ve hukuka, hukuk dışından müdahale edilmesini engellemeye çalışarak hukuku egemen kılmaya çalışmıştır. Ona göre normatif ve hiyerarşik bir hukuki düzen, kendi kendini üreterek keyfi kararları hukuk mekanizmasının dışına atar. Bu şekilde hukukla sınırlı olmayan ve hatta hukuku dahi belirleyebilecek bir egemenlik anlayışı, Kelsen'in mücadele ettiği bir anlayıştır. Kararı hukukun merkezine koyan Schmitt ise normatif hukuktan daha hayati bir konumda duran egemen düşüncesine ulaşmıştır. Hukuk en nihayetinde bir karara dayanır. Bu kararın önemi normal durumlarda hukuk sisteminin olağan işleyişinde anlaşılmaz. Fakat istisna hali meydana geldiğinde normlar işlevsiz kalır ve kararın hayati önemi ortaya çıkar. Böyle bir durumda karar verebilen irade Schmitt'e göre egemendir.

4.2. Devletin Meşruiyet Kaynağı Olarak Siyasi İlahiyat ve Egemenlik

Schmitt kendi dezisyonizmini öne sürmek ve hukuk karşısında aşkın bir politik karar düşüncesini savunmak için, siyasi ilahiyat kavramına referans verirken; Kelsen, Tanrı ve devlet kavramları arasındaki benzerlikleri, hukuktan bağımsız aşkın devlet düşüncesinin politik ve hukuki olarak nasıl bir suistimale yol açacağını göstermek için kullanır³²¹. Siyasi ilahiyat bağlamında iki düşünürün temel hedefi devlet ve hukuk arasındaki ilişkiyi tanımlayabilmektir. Kelsen siyasi ilahiyat düşüncesinin devlete aşkınlık kattığını ve otoriter rejimlere meşruiyet sağladığını öne sürerken; Schmitt, devlet otoritesinin ve kamu düzeninin sağlanması için siyasi ilahiyata olumlu bir anlam yükler.

Kelsen'in siyasal ilahiyatı ele alırken yapmış olduğu ilahiyat ile devlet teorisi karşılaştırması oldukça önemlidir. Ona göre eğer ilahiyatın, Tanrı ile dünya (ya da Tanrı ile doğa) arasındaki sorunları çözmesi gerekiyorsa, devlet teorisinin de devlet ve hukuk arasındaki sorunları çözmesi gerekir. Devlet ve Tanrı kavramlarının mantıksal yapısı, devlet teorisindeki ve ilahiyattaki problemler ve çözümleri arasındaki olağanüstü benzerlikte kendini gösteren bir paralellik sunar. İlahiyatta asıl mesele, yani Tanrı ile dünya arasındaki (ya da Tanrı ile doğa arasındaki) ilişki; devlet teorisinin ortaya çıkardığı anahtar soruna, yani devlet ile hukuk arasındaki ilişkiye

³²¹ Sandrine Baume, "On political theology: A controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt", *History of European Ideas*, 35 (2009), s. 369.

mükemmel bir şekilde karşılık gelir³²². Ancak Kelsen'e göre devlet ve ilahiyat teorilerinin ele aldıkları temel sorunlarda bazı benzerlikler olsa da, bu sorunları çözenin yolu farklı olmalıdır. Bu bağlamda demokratik bir devlete, ilahiyat alanına ait bir takım aşkın açıklamalar getirilmesini reddeder. Bu benzerlikleri sadece düalist teorilerin zafiyetini ortaya koymak için gündeme getirir.

Hem Tanrı'nın ve hem devletin, iki soyut düşünceyi kişileştirdiğini düşünen Kelsen, dünya düzeninin, kişiliğini Tanrı'da bulduğunu ifade eder. Başka bir deyişle Tanrı, dünya düzeninin somut bir ifadesi haline gelir. Buna karşın devlet ise hukuk düzeninin kişileştirilmesi olarak (monist teoriye göre) görülebilir. Devletin tüm eylemleri ancak normatif sistemin vermiş olduğu yetki yoluyla “devletin eylemi” olarak düşünülebilir. Monist teorinin ilahiyatla olan kısmi benzerliklerini ortaya koyan Kelsen, esas olarak düalist teorinin ilahiyatla bağlantısına dikkat çeker. İlahiyat ancak ahlaktan ve doğa bilimlerinden ayrıldığı sürece var olabilir ve Tanrı sadece bu yolla doğaüstü aşkın bir güç olarak tasavvur edilebilir. Düalist devlet teorisiyle arasındaki ilişki bu noktada ortaya çıkar. Düalist devlet teorisini kabul etmek, sadece hukuktan bağımsızlaştırılmış ve hukuka üstün bir devlet anlayışını kabul etmekle mümkündür³²³. Bu tür bir düalizmi kabul etmeyen Kelsen, hukuku ve devleti özdeş görerek ilahiyatla arasındaki benzerlikleri reddetmiş olur.

Düalist devlet teorisiyle ilahiyat arasındaki benzerlikleri başka açılardan ele almaya devam eden Kelsen, Tanrı'nın doğa kanunlarına müdahalesi ile devletin hukuki düzene müdahalesi arasında paralellik kurar. Müdahale meselesi hem ilahiyat açısından hem de düalist devlet teorisi tarafından ‘mucize’ kavramına başvurulmuş olarak çözülür. İlahiyat, dünyanın doğa kanunları tarafından yönetildiğini kabul eder. Fakat Tanrı'nın bu kanunlara tabii olduğunu reddeder. İlahiyat, Tanrı'nın doğadan özgür olmasını mucize kavramıyla garanti eder. Böylece Tanrı, doğa kanunlarını yok saymadan onlardan azade olmuş olur. Aynı bakış açısı devlet teorisine aktarılır. Kelsen esasında yasal olmayıp devlet teorisi tarafından yasal olarak kabul edilen durumları nitelenmek için ‘yasal/hukuki mucize’ (legal miracle) kavramını gündeme getirir. Bir devletin eylemleri hiyerarşik hukuki düzenden kaynaklanmamasına rağmen yasadışı olarak kabul edilmezse, o zaman bir 'yasal mucize' oluşmuş

³²² Baume, s. 371.

³²³ Baume, s. 372.

demektir³²⁴. Kelsenci normativizm, hukuki düzenden kaynaklanmayan bütün devlet eylemlerine karşıdır ve yasal mucize kavramı küçümseyici bir anlamda eleştiri için kullanılır. Kelsen'in temel amacı hukuki düzenden bağımsızlaştırmanın asla meşrulaştırılamayacağını göstermektir. Devletin hukuk dışı müdahalesi fikri, Kelsen'in hukuki pozitivizmi ve demokrasi fikrine ile asla bağdaşmaz.

Kelsen iki düşünce sistemi arasında kurmuş olduğu paralellikleri genişletir. Teodise (şeytanın dünyadaki varlığına rağmen iyi bir Tanrı'yı ön varsaymak) ile (hukuki devlet düzeninde şeytan olarak nitelenebilecek) tüm yasadışı eylemlerine rağmen adil veya meşru olarak ön varsayılan devlet düşüncesi arasında bir ilişki kurar. Teodisenin devlet düşüncesine aktarılması, devletin, yasal düzen tarafından öngörülemeyen ve tanımlanmayan pratiklerle meşgul olsa bile meşruiyetini kaybetmemesi anlamına gelir. Bu durum devletin eylemlerini hukuk dışı olarak tanımlamayı imkânsız hale getirir ve Katolik Kilisesi'nin temsilcisi olan Papanın yanılmazlığına denk düşer³²⁵. Kelsen tüm bu benzetmeleri, düalist devlet teorisinin olumsuzluklarını ve hukuk karşısında devlete vermiş olduğu üstünlüğün otoriterleşmeye yol açacağını ifade etmek için yapar. Kelsen'in savunmuş olduğu monist devlet teorisinden bakıldığında, devletin sosyoloji, din ve siyaset gibi alanları dışlayan normatif bir hukuki düzen olduğu görülür. Devlet, ilahiyata ait kavramsallaştırmalarla hukuktan azade bir şekilde düşünölmeye çalışılır fakat bu durum, sadece hukuki bir düzen olarak tanımlanabilecek devlet anlayışına büyük zarar verir ve egemenlik kavramının birey karşısında egemen iradeye üstünlük veren, mutlak ve sınırlanamaz anlamına tekrardan kapı aralar. Kelsen'in amacı, Schmitt'in aksine, egemenlik kavramını hukuki sınırlamalar içinde düşünmektir. Schmitt ise siyasi ilahiyat konusunda Kelsen'in tam zıt kutbunda yer alır.

Modern devletin tüm kavramlarının sekülerleştirilmiş ilahiyat kavramları olduğunu belirten Schmitt, siyasi ilahiyat hakkındaki görüşlerini günlüğündeki (*Glossarium*) şu cümleyle özetlemiş olur: "Her iktidar aşkındır, her aşkınlık iktidardır."³²⁶ Bu yüzden normatif amaçlarla iktidarın yasal olarak sınırlanması, iktidarın aşkın karakterini reddetmek anlamına gelir. Bu durum ilahiyat açısından

³²⁴ Baume, s. 372.

³²⁵ Baume, s. 372.

³²⁶ Baume, s. 374.

dünya düzeninde mucizeyi reddetmek anlamına gelir. Ancak devlet düzeninde istisna hali meydana gelebiliyorsa, burada, ortaya çıkan iktidarın aşkın niteliğini görmezden gelmek mümkün değildir. Çünkü istisna hali durumunda tüm hukuki sınırlamalar ortadan kalkar ve “egemen iradenin kararları” süreci yönetir.

Schmitt hukukun karşısında üstünlük verdiği ‘politik kararı’ meşrulaştırıcı organlar olarak kilise ve devlet arasındaki benzerliğe dikkat çeker. Schmitt’e göre bu meşruiyet aşkınlığa dayanır ve yasal düzenden değil kamu düzeninin gerekliliğinin önceliğinden kaynaklanır. Schmitt’in kilise kurumu (Roma Katolik Kilisesi) ile devlet kurumu arasında yapmış olduğu karşılaştırmanın temel hedefi, temsil fikrinin incelenmesidir. Schmitt’in nazarında Roma Kilisesi politik “düzen” ve “istikrar”ın temelidir. Tüm istikrar ve düzen kuruluş biçimlerinin temelinde Roma Kilisesi bulunur. Bu yüzden kilise ve temsil fikri arasında önemli bir ilişki vardır. Ancak buradaki temsil fikri araçsal değildir. Temsil, öncesinden kurulmuş ve içerilmiş bir ilişki türüdür³²⁷. Temsil fikrini anlamak için Roma Kilisesinin yapısına bakmak gerekmektedir. Ancak Roma Kilisesi liberallerin tanımlandığı gibi evrenselci yani herkesi kabul edip aynılaştıran bir yapıda değildir. Merkezinde ‘complexio oppositorum’ (zıtlıkların birlikteliği) kavramı vardır. Bu kavram zıtlıkların, zıtlıklarını muhafaza ederek bir arada kalmaya devam edebilmesi anlamına gelir. Schmitt’e göre bunu sağlayabilen tek kurum Roma Katolik Kilisesi’dir. Katoliklik özü itibariyle politiktir, kendine has bir rasyonalitesi vardır. Bu rasyonalite kilisenin hukuki ve kurumsal özünde yatmaktadır. Kilise özgün bir örgütlenme tarzına sahiptir. Temsil gücü ise Papa’nın karizmasında cisimleşir ve Kilisenin hükmü complexio oppositorum ile sağlanır. Kilisenin otoritesi ekonomik, teknik vb. sebeplere değil tamamen bu temsil gücüne dayanır. Temsiliyet bu dünyaya İsa’nın şahsının imgesinin sunulmasıdır. Kurumlar aracılığı ile vuku bulan bir temsiliyet değildir, doğrudan “yukardan inen” bir temsiliyettir³²⁸. Bu yüzden Kilise, sıradan bir kurum olarak değerlendirilemez. Kilise her şeyden önce hukuki bir kişiliğe sahiptir ve en üstün örgütlenme biçimi olarak ortaya çıkar. Burjuvazi, bireyselleşme fikri bağlamında dini de bireyin alanına hapsedmek ister. Fakat Schmitt böyle bir din anlayışının Katolikliğe uymadığı söyler. Katoliklik kamusal alanda yaşayan bir

³²⁷ Kardeş, s. 127.

³²⁸ Kardeş, s. 129.

dindir ve politik bir düzen modelidir. Complexio oppositorum ise hukuki ve politik düzen ile teolojik dogmaların birlikte geçerliliğini sağlayan bir özelliktir³²⁹. Schmitt'in Kilise üzerine değerlendirmeleri siyasi ilahiyata bakış açısını ortaya koyar. Schmitt saf bir siyasi ilahiyat incelemesinden ziyade özellikle kilise öğretilerini dikkate alır. Bu bağlamdaki temel hedefi ilahiyat alanındaki düşüncelerin kurumsallaşmasının nasıl mümkün olduğunu anlamaya çalışmaktır.³³⁰ Bu kurumsallaşmanın modeli olan Kiliseyi ideal politik form olarak gören Schmitt; kamusal, politik, rasyonel, temsili ve karara ait örnekler olarak Kilise ve devletin kurumsal modeller açısından benzeştiğini öne sürer³³¹. Kilise Tanrı'yı ve İsa'yı temsil ederek meşruiyetini sağlıyorsa devletin meşruiyeti de bir aşkınlığa dayanmak durumundadır. Bu aşkınlık kutsal bir şey değil, kamu düzenidir. Kamu düzeninin tehlikeye girmesi istisna halinin mevcut olması demektir ki böyle bir durumda hukuk normları geçersiz olur ve bu noktada egemen irade, kamu düzenini tesis etmek için devreye girer. Egemen irade, meşruiyetini halkın politik temsilcisi olmasından alır ve bu temsil, Kilise'nin temsiliyle mahiyet olarak aynıdır. Egemen irade olarak devlet başkanı, halkı temsil eder. Bu temsil Kilise temsiliyle aynı doğrultuda anlaşılmalıdır, yani kurumlar (özellikle parlamento) ve başka araçlar yoluyla sağlanamaz. Schmitt'in bu kıyaslamalarındaki -hem Kilise için hem devlet için- temel mesele 'karar' kavramının meşruiyetinin sağlanmasında yatar.

Schmitt'in kurmuş olduğu bir diğer benzerlik Kilise'nin (ve Papa'nın) 'yanılmazlık' dogması ile devletin egemenliği düşüncesi arasındadır. Kilise açısından yanılmazlık dogması, temsil fikriyle beraber çok önemli bir meşruiyet kaynağıdır ve karar verici otorite olarak Kiliseyi merkeze alır. Schmitt devlet açısından yanılmazlık kavramını kullanmasa da egemenlik kavramını bu dogmanın yerine kullanır. Devletin egemenliği devlet başkanının kişiliğinde somutlaşır. İstisna hali, devlet başkanına hukuktan bağımsız hareket etme özgürlüğü verir ve onu en üstün "karar verici" konumuna yükseltir. Bu konum esasında hiç kimse tarafından kontrol edilemeyen ve sorgulanamayan kilisenin yanılmazlık dogmasına denk düşer.³³² Schmitt'in Kelsen'den farkı, bu benzerlikleri olumsuzluk olarak görmemesidir.

³²⁹ Kardeş, s. 132.

³³⁰ Baume, s. 374.

³³¹ Baume, s. 375.

³³² Baume, s. 377.

Schmitt ve Kelsen siyasi ilahiyat konusunda paralel benzerlikler kurmuş olsalar da varmak istedikleri sonuçlar oldukça farklıdır. Schmitt, siyasi ilahiyat düşüncesiyle modern devlet ve egemenlik kavramları arasındaki bağlantıyı, devlete ve egemen iradeye hukuk karşısında üstünlük tanımak için kullanırken; Kelsen, bu bağlantıyı olumsuz manada ele alır. İlahiyat aşkınlık demektir ve devlet teorisine uygulanmak istenen aşkınlık fikri, otoriter rejimlerin hukuk dışı eylemlerinin meşruiyet araçlarından başka bir şey değildir.

4.3. Kurucu İktidar Sorunsalı ve Politik Birliğin Mahiyeti Ekseninde Egemenlik

Kurucu iktidar (pouvoir constituant) kavramını ilk kullanan isim Fransız filozof Sieyès olmuştur. Kurulmuş iktidarlardan ayrı bir kurucu iktidar düşüncesine Sieyès'te rastlanır. Anayasa'nın dayanak noktası ve çıkış kaynağı kurucu iktidardır. Sieyès'e göre her şey istisnasız olarak genel iradeden çıkar, bu bağlamda kurucu iktidar halktan yani ulustan oluşur³³³. Kurucu iktidar, anayasadan dolayısıyla hukuktan önce bir irade edimin var olduğu düşüncesine yaslanır. Bu irade bir kişi veya bir halk olabilir. Ancak önemli olan, hukuk ve devlet arasındaki ilişkinin belirlenmesindeki rolüdür. Kurucu iktidar kendi oluşturduğu hukuk kurallarıyla sınırlanabilir mi sorusu egemenlik meselesiyle doğrudan bağlantılıdır. Bu yüzden kurucu iktidar tartışması Kelsen ve Schmitt'in egemenlik düşüncesine bakışının bir yansıması olarak değerlendirilebilir.

Kurucu iktidar meselesi iki düşünür açısından önemli bir farklılığa işaret eder. Schmitt'e göre anayasa; halkın politik birliğinin kararı, devlet de bu kararın/birliğin somutlaşmış halidir. Bu yüzden Schmitt açısından kurucu iktidar halktır, halka dayanmayan ya da halktan meşruiyet almayan hiçbir otorite kurucu iktidar olarak anayasa yapamaz. Ancak kurucu iktidar her ne kadar halk da olsa, anayasayı değiştirmek için bir takım "özel şartlar" gerekir³³⁴. Yani anayasa, kurucu iktidar olan halk tarafından ya da halka dayanan bir otorite tarafından yapılmış olsa ve değiştirilmesi, halkın iradesiyle de olsa çok kolay olmamalıdır. İktidar bir kere

³³³ Gözler, Kurucu İktidar, s. 22.

³³⁴ Ahmet Nohutçu, Mücahit Bektaş, "Yeni Anayasa Tartışmaları Etrafında Kurucu İktidar, Kurucu Meclis ve Referandum Kavramlarının Analizi", *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, İstanbul Mart 2017, s. 5.

kurulduktan sonra artık kurulmuş iktidarlar için yeni bir iktidar kurmak o kadar kolay değildir. Burada Schmitt, Hobbes'u çağrıştıracak şekilde konuşur. Schmitt'in anayasa kavramına yönelik yapmış olduğu anayasal yasalar ve anayasa (pozitif anayasa) arasındaki temel ayrımlar, anayasanın değiştirilmesi ile hainlik, vatan hainliği gibi hukuki sorunlarda kendini gösterir. Schmitt'e göre anayasal yasalar değiştirilebilirken anayasa, anayasal kurallar çerçevesinde değiştirilemez. Anayasal yasalar kriz durumlarında askıya alınabilse de anayasa askıya alınamaz. Çünkü anayasa halkın politik kararıdır ve bu karar hem meşruiyet hem de referans kaynağıdır. Anayasal yasaların askıya alınması, anayasanın korunması içindir. Vatan hainliği gibi yasal olarak tanımlanmaya çalışılan somut gerçeklikler de anayasal yasalara karşı değil, anayasaya karşı ihanet olarak görülmelidir³³⁵. Anayasayla alakalı varoluşsal tartışmalar ortaya çıktığında, belirleyici olan, politik birliğin kararı olacaktır. Schmitt pozitivist hukukçu ekolün yaptığı gibi yasallık ve meşruluğu birbirine eşitlemez. Meşruluk her zaman yasallığı da aşacak şekilde politik birliği korumak adına bir kenarda durmaktadır.

Schmitt kurucu iktidar bağlamında üç çeşit halk formu ele alır: i.) Anayasa öncesinde ve anayasanın üzerinde halk; ii.) Anayasa kapsamında halk; iii.) Anayasal rejimle kıyaslandığında halk³³⁶. Birinci formdaki halk; kurucu iktidardır, politik birliğe karar veren ve herhangi bir norma bağlı olmayan egemen iradedir. İkinci formda halk; kurucu iktidarın belirlemiş olduğu prosedürler çerçevesinde yetkilendirilmiş halk formudur. Seçmen olarak tanımlanmış halk bunun bir örneğidir. Halk bu tanımda kurulmuş iktidar formundadır ve kurucu iktidarın belirlenimi altındadır. Üçüncü formdaki halk ise yasalarla sınırlanmamış bir halkın doğrudan, varlığıyla kamusal alanda boy göstermesidir. Burada bahsedilen, kurulmuş halkı aşan, örgütlenmemiş ve biçimlendirilmemiş mevcudiyet olarak halk, yani kurucu iktidarın devamı olan halktır³³⁷. Bu halk, anayasa kapsamındaki halkla özdeşleşmemiş tabakadır. Çünkü kurulu düzen içinde doğrudan halk yoktur, ancak temsil edilebilir. Fakat üçüncü formda halk, bizzat özü itibariyle kamusal alanda varlığını gösterir. Ancak bu, hukukla sınırları çizilmiş toplantı ve gösteri

³³⁵ Dinçer Demirkent, "Anayasal Kuruluş Konusunda Kapanmayacak Tartışma: Hannah Arendt ve Carl Schmitt'te Kurucu İktidar Sorunu", *Mülkiye Dergisi*, 39(3), Ankara 2015, s. 107.

³³⁶ Demirkent, s. 110.

³³⁷ Demirkent, s. 111.

yürüyüşlerinden çok daha fazlasını ifade eder. Ayrıca bu form, istisnai durumlarda, somut düzen olan devletin, birliğinin korunması için anayasal düzeni askıya alan devlet başkanının, meşruluğunun dayandığı tabaka olarak da değerlendirilebilir. Böylesi durumlarda devlet başkanı, doğrudan halkın ‘acclamatio’sunu (alkışla ya da coşkuyla kabul ve destek oyu) alarak iradesini ortaya koyar. Schmitt bu noktada, kurucu iktidarın doğrudan politik eyleme katılma yollarına işaret etmektedir. Kurucu iktidar bahsedilen doğrudan iradeye sahip olabildiği ölçüde kurucudur³³⁸. Sonuç olarak Schmitt’te kurucu iktidar, devamlı var olan bir irade olarak ortaya çıkar.

Kelsen düşüncesinde ise kurucu iktidar ile Grundnorm arasında önemli bir ilişki vardır. Grundnorm kurucu iktidara hukuku oluşturma yetkisi verir. Kurucu iktidar, anayasanın hukuki olarak geçerliliğini sağlayan iradedir. Kelsen iradi edimi reddetmez, ancak normun iradi edimden türetilmeyeceğini savunur. Kurucu iktidar anayasayı yapmış olsa da, esasında bu iradi edim de bir norma dayanmak zorundadır. Bu silsile temel norma (Grundnorm) kadar gidecektir. Temel normun değişmesi ise ancak devrim ya da işgal yoluyla olur. Bunun dışında olağan durumlarda mevcut temel norma dayanan anayasa, topyekûn olarak değiştirilemez. Temel norm pozitif hukuk alanına ait bir norm değildir, kurucu iktidarın edimleri de hukukun değil siyasetin konusudur. Bu anlamda ikisi arasında önemli benzerlikler vardır ve Kelsen’e göre, bir hukuk sistemi bir kez kurulduktan sonra, tarihsel olarak kabul edilen ilk anayasa tarafından belirlenen çerçevede, sistem kendi kendini üretir³³⁹. Bu yüzden anayasanın, anayasada öngörülmeleyen bir usulle değiştirilmesi imkânsızdır. Eğer böyle bir müdahale söz konusu olursa bu, hukuki sistem dışında bir eylemi ifade eder ki bu da devrim veya işgal gibi yollarla olur. Bu durumda hukuk boşluğu doğmuş demektir ve yeni bir kurucu iktidarın yeniden anayasa yapması gerekir. Kelsen, normatif sisteme olan inancından dolayı, mevcut anayasada öngörülmeleyen hükümlerle yapılan tüm eylemleri hukuken yasadışı ve gayri-meşru olarak tanımlar. Çünkü Kelsen’e göre hukuktan daha üst bir otorite yoktur. Schmitt, Kelsen’in bu anlayışına da karşıdır. Kelsen, anayasayı kapalı devre bir norm sistemi olarak ele alırken, Schmitt anayasanın arkasında duran halk iradesini/kararını öne çıkarır ve Kelsen’in aksine siyasetle hukuku birbirinden ayırmaz. Çünkü hukukun siyasetten

³³⁸ Kardeş, s. 153.

³³⁹ Ali Acar, “(Yeni) Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir?”, *Çankaya University Journal of Law*, 8/2, Ankara Kasım 2015, s. 117.

bağımsız olarak düşünülmesi sadece sorunları görmezden gelmenin başka bir ifadesidir. Kelsen'in anayasayı adeta ulaşılmaz bir konuma oturtması, devletin bekası aleyhine anayasanın istismar edilmesi yoluyla gelecek saldırıların başarılı olmasına sebep olacaktır.

Kurucu iktidar düşüncesi politik birliğin nasıl sağlanacağı fikriyle bağlantılıdır. Kurucu iktidar esasında politik birliğin kendisi ya da temsilcisidir. Bu yüzden kurucu iktidar, politik birliğin temsilcisi olduğu gibi aynı zamanda politik birliği şekillendiren iradedir. Politik birliği sağlamanın araçları kurucu iktidarın niteliği ile belirlenir. Bu bağlamda Kelsen ve Schmitt'in politik birlik düşüncesi kurucu iktidar düşünceleriyle aynı doğrultuda yer alır. Düşünürlerin konu hakkındaki değerlendirmelerinin farklılaşmasında Schmitt'in daha homojen bir toplumsal yapıya sahip olan Almanya'da, Kelsen'in ise farklı etnik ulusları bir arada barındıran Avusturya Macaristan İmparatorluğu'nda düşüncelerinin temelini atmış olmalarının etkisi olabilir.

Schmitt politik birlik ile siyasal kavramı arasında doğrudan bağlantı kurar. Devlet ile birey arasındaki bağ ve bu bağın oluşturduğu politik birlik, ancak siyasal kavramıyla anlaşılabilir. Politik karar devlete kimliğini verir, halk ise bu politik kararı veren öznedir. Etnik, ideolojik, dini veya kültürel etkiler çerçevesinde bu birlik kurulmuş olabilir. Önemli olan nokta, birliğin tözsel olması ve dost-düşman ayrımı yapabilesidir. Politik birlik doğal bir şekilde ya da kendiliğinden kurulmaz. Halkın bilinçli olarak vermiş olduğu politik kararlar oluşturulur. Devlet ise bu karar ekseninde politik birliğin ifadesini bulduğu somut düzendir. Schmitt'e göre politik olarak organize bir topluluğun hükümeti ile bir korsanın gücü arasındaki fark; adalet, sosyal hizmet ve diğer normativiteler gibi kavramlarla anlaşılabilir; korsan bu normatiflikleri de yerine getirebilir. Aradaki fark, herhangi bir hükümetin, doğal varlığındaki insanları değil, bir halkın politik birliğini temsil etmesi gerektiğidir³⁴⁰. Normatif ve hukuki tanımlamalar politik birliği sağlamak için yeterli değildir. Politik birlik bunlardan çok daha fazlasını gerektirir. Konuya normativite açısından bakıldığında kararın 'normatif hiçlikten' doğduğu görülür. Çünkü desizyonist düşüncede karar; mutlak başlangıç noktasıdır³⁴¹. Mutlak başlangıç anlamındaki karar

³⁴⁰ Baume, s. 375.

³⁴¹ Delacroix, s. 39.

tanımı ile Schmitt'in, tanrısal bir müdahaleyi kastettiği düşünülmemelidir. Schmitt, devletin varlığının formuna ve tarzına karar verici özne olarak Sieyes'in 'kurucu irade' tanımına referans vererek ulus kavramını vurgular. Politik varoluşun formuna ve mahiyetine bilinçli olarak karar veren ve kendi kendilerine anayasa bahşeden bir ulus, devletin formunu önceden belirlemiş olan kişilerdir³⁴². Kararın meşruiyeti etik ya da hukuki normlar aracılığıyla sağlanamaz. Politik varoluş kararın dayandığı tek noktadır. Politik birliği sağlamanın tek yolu ortak bir dost-düşman tanımının kabul edilmesinden ve bu tanım etrafında ulusal homojenitenin sağlanmasından geçer.

Kelsen ise politik birliğin sadece hukuki olarak sağlanabileceğini savunur. Sosyoloji gibi hiçbir ampirik disiplin, politik birliğin sağlanması açısından yeterli değildir. Çünkü devlet tanımı psikoloji, sosyoloji, siyasi veya dini bir temelden yola çıkarak yapılamaz. Kelsen monist görüşü gereği, hukuk dışı hiçbir unsurun politik birliği sağlayamayacağını öne sürer. Schmitt'in ifade ettiği ulusal homojenite fikrini Kelsen despotluğun bir ifadesi ve demokrasinin karşıtı olarak değerlendirir. İdeolojik veya etnik unsurlar politik birliği kuramazlar, bu birlik insanlar arasındaki farklılıkları göz önünde bulunduracak bir hukuk sisteminin varlığıyla kurulabilir. Hukuk sistemine ortak itaat, politik birliğin garantisidir³⁴³. Kelsen'e göre politik birlik, sosyal ve politik gerçeklikte bulunamaz, yalnızca hukuki düzen tarafından üretilebilir, çünkü gerçeklikten elde edilen her şey mutlaka bölünmüştür ve yakınsaklıktan uzaktır. Kelsen politik birliği sosyolojik olarak açıklamaya çalışan teorisyenleri eleştirir. Bunlar arasında politik birliği; karşılıklı etkileşim yoluyla sağlamak isteyen Simmel, genel irade kavramıyla Rousseau, organizmacı teorileriyle Gierke ve devleti bir hegemonya aracı olarak algılayan Weber bulunur³⁴⁴. Kelsen'e göre tüm bu çabalar çoğulluğa karşı bir çözüm getiremez. Tek çözüm yolu, etkili bir hukuk sistemi çerçevesinde, hukuki olarak tanımlanmış birey ve ulus kavramları etrafında politik birliğin sağlanmasıdır. Devlet bir hukuk düzenidir, dolayısıyla politik birlik sadece hukuk yoluyla sağlanabilir.

Kelsen'in, politik birlik hakkındaki düşüncelerinin şekillenmesinde etkisi olan Freud'la bağlantısı dikkate alınmalıdır. Kelsen, Freud'un sosyal bağlantı

³⁴² Delacroix, s. 40.

³⁴³ Baume, s. 379.

³⁴⁴ Baume, s. 379.

teorisine özel bir ilgi göstermiştir. Bu teori kalabalığın libidosal yapısıyla ilgilidir ve aynı anda bireyler arasındaki ve bireyler ve yönetici arasındaki bağı açıklar. Freud belirli bir hedef için birleşen ve bir Führer figürüne odaklanan kitlenin libido ögesine bağlı olduğunu söyler³⁴⁵. Freud'un sosyal bağ kavrayışı duyuşsaldır ve bireysel düzleme dayanır. Freud hipostaza (aşkın ilkeler) –mesela kolektif bir ruha-başvurmaz. Freud bireyüstü bir varlık -organik teorilerin yaptığı gibi- varsaymamıştır ve bu özellik, Kelsen'in dikkatini çekmesindeki temel sebeptir. Freud'un duyuşsal ögelere dayanan hipotezi, politik birliği anlamak için genişletilmiştir. 1922'deki makalesinde Kelsen; toplumun, devletin ya da Tanrı'nın hipostazını bireysel psikolojiye bağlamada başarılı olan ve ilkel kökenleri olan mekanizmaları ki bu mekanizmalardan bilimlerin özellikle de hukuki bilimlerin ayrılmak zorunda olduğunu ortaya çıkaran Freud'dan ilham aldığını belirtir. Kelsen'in Freud'u takdir etmesinin sebebi, özellikle Freud'un sosyal bağ açıklamak için hipostazı kullanmamasıdır ve kitle birlikteliğini rasyonel bir şekilde açıklamaya çalışırken, kitle ruhu fenomeninden hareket etmemesidir. Bu noktaya kadar paralel görünen Kelsen ve Freud'un bakış açıları, tamamen aynı değildir. Freud'un politik birliği psikolojik bir temelden açıklamasına karşılık; Kelsen, politik birlik sorunsalını normatif ve hukuki bir bakış açısıyla göz önüne almıştır³⁴⁶. Kelsen Freud'u, devletin kurucu ögesinin kitle birlikteliği fenomeninde yattığını söylemesi nedeniyle eleştirir. Fakat bu ayrılıklara rağmen Freud, Kelsen'in düşüncelerinde önemli etkiler bırakmıştır.

Kelsen 'kuralcı' bir çerçeveden kurucu iktidar ve politik birlik kavramlarına bakarken; Schmitt, bir 'kararçı' olarak konuya politik kararın belirleyici gücü açısından yaklaşmıştır. İki düşünür arasındaki bu farklılık anayasa kavramına bakışlarında da kendini gösterir. Kurucu iktidar ve politik birlik meselesi anayasa ile doğrudan ilintilidir. Kurucu iktidarın en önemli özelliği anayasayı oluşturan iktidar olmasıdır. Anayasanın kurucu misyonu kurucu iktidardan gelir. Buna ek olarak anayasa, politik birliğin temel güvencesidir. Politik birliğin mahiyetinin tanımlandığı ve korunduğu esas belgedir. Bu bağlamda Schmitt ve Kelsen'in anayasa kavramına

³⁴⁵ Clemens Jabloner, "Kelsen and his Circle: The Viennese Year", *European Journal of International Law*, 9 (1998), s. 383.

³⁴⁶ Baume, s. 380.

getirmiş olduğu tanımlar, düşünce yapılarının temel noktalarını vermesi açısından önemlidir.

4.4. Anayasanın Koruyucusu Olarak Egemen ve Egemenlik

Schmitt ile Kelsen arasındaki bir diğer önemli tartışma, anayasanın koruyucusunun kim/ne olması gerektiği etrafında şekillenir. Schmitt'in 1931 yılında kaleme aldığı "Der Hüter der Verfassung" (Anayasanın Koruyucusu) isimli metnine Kelsen, "Wer soll Hüter der Verfassung sein?" (Anayasanın Koruyucusu Kim Olmalı?) metniyle karşılık verir. Schmitt'e göre anayasayı koruması gereken devlet başkanıdır. Kelsen ise bu sorumluluğu anayasa mahkemesine verir³⁴⁷. Anayasanın koruyucusu hakkında ileri sürülen fikirlerin anlaşılabilmesi için, öncelikle iki düşünürün anayasa kavramına yüklediği anlamın analiz edilmesi gerekir.

Kelsen'in Saf Hukuk Kuramına göre pozitif en üstün norm anayasadır. Normlar hiyerarşisinin tepesinde anayasa bulunur ve tüm normlar anayasaya uygun olarak çıkarılmak zorundadır. Anayasaya aykırı norm, geçersiz bir norm demektir. Bu yüzden Saf Hukuk Kuramı açısından anayasa, temel bir noktada durmaktadır. Kelsen'e göre pozitif hukuksal düzen, en üst katmanda varsayılan temel norm tarafından geçerliliği temellendirilmiş bir anayasa ve en alt katmanda zorunlu somut bir davranışın belirlendiği bireysel normlardan oluşur. Alttaki normun yaratılmasını düzenleyen üstteki normun geçerliliği, her zaman alttaki normun geçerliliğinin temelidir. Anayasanın temel fonksiyonu bu noktada ortaya çıkmaktadır. Anayasa tüm bu hukuksal geçerliliğin temellendirilmesidir³⁴⁸. Anayasa, yasa yapım sürecini ve organlarını belirleyen temel hukuk kurallarıdır. Hiyerarşi yasa yapan organlar tarafından alt normlara doğru devam ettirilir. Kelsen'e göre bu tanım anayasanın dar ve orijinal anlamıdır. Anayasanın geniş anlaşılışında ise yasa yapan organ ve usullerin yanında temel haklara da yer verilir. Yasa önünde eşitlik, din ve vicdan özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi hak ve dokunulmazlıklar, anayasanın geniş anlaşılışında mevcuttur³⁴⁹.

³⁴⁷ Kardeş, s. 241.

³⁴⁸ Mehmet Turhan, "Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3 Sayı 1, Ankara 2018, s. 206.

³⁴⁹ Turhan, s. 207.

Kelsen, ‘maddi anlamda anayasa’ ile ‘biçimsel anlamda anayasa’ ayrımı yapar. Bu ayrıma göre, ulusal hukukta pozitif hukukun en üst düzey normu olarak kabul edilen anayasa; maddi anlamda anayasadır. Yani genel hukuk normlarının yaratılmasını düzenleyen pozitif normlar, maddi anlamda anayasaya karşılık gelir. Maddi anlamda anayasa, yazılı normlardan oluştuğu gibi kısmen yazılı olmayan normlardan da oluşur. Biçimsel anlamda anayasa ise resmi belge olarak yazılı anayasadır ve sadece genel normların yaratım usullerini belirleyen normları değil, buna ek olarak siyasal açıdan önemli görülen normları ve bu belgedeki normların nasıl değiştirileceği veya yürürlükten kaldırılacağıyla alakalı –maddi anlamda anayasanın parçası olmayan- normları da içerir. Biçimsel anlamda anayasa, pozitif hukukun geçerlilik temeli olan maddi anlamdaki anayasanın istikrar güvencesi olarak anlaşılabilir³⁵⁰. Genel normların oluşturulmasını düzenleyen ve yasa yapma usulünü belirleyen normlar, bir hukuk düzeni için olmazsa olmaz unsurlardır. Bu yüzden maddi anlamda anayasa, esasında normlar hiyerarşisinin temel taşıdır. Biçimsel anlamda anayasa ise yürürlükteki anayasa belgesidir ve maddi anlamda anayasayı keyfi olarak değiştirilme veya yürürlükten kaldırılmaya karşı koruyan normları da içerir.

Kelsen’in anayasa düşüncesi temelde normatif sistemin işleyişinin garantisi olduğu için önemlidir. Anayasa tüm normların çıkarılış usullerini ve organlarını belirlediği için egemen bir iradenin keyfi olarak hukuka yön vermesini engeller. Bu sayede hukuk düzeni olarak devlet, öngörülebilir ve hesap verebilir bir hukuki yapıyla donatılmış olur. Buna karşın Kelsen, anayasanın içeriğiyle ideolojik olarak ilgilenmez. Hukuk dışı öğeleri hukukun dışına atma amacı bu konuda da kendini gösterir. Ancak temel hatlarıyla demokratik ve çoğulcu bir anayasa fikrini savunur. Schmitt’in bu konudaki düşüncesi ise çok daha nettir. Ona göre, anayasa politik bir karara dayandığından, asıl önemli olan anayasanın politik olarak neyi amaçladığıdır.

Schmitt’e göre normativizmin ve Kelsen’in en büyük yanılgılarından birisi ‘anayasa’ kavramında ortaya çıkmaktadır. Kelsen’in anayasası politik birlik ruhundan yoksundur, çünkü Kelsen, hukuku politikadan ayırmak ister. Oysa Schmitt’e göre anayasa, politik varoluş iradesinden başka bir şey değildir. Anayasa’nın özü; kendi politik varoluşunda ortaya çıkmaktadır, herhangi bir etik ya

³⁵⁰ Turhan, s. 208.

da hukuki normlar yoluyla değil³⁵¹. Politik olanın devlete öncel olmasının sebebi de budur. Bu yüzden Kelsenci bir anlayış, anayasayı tarafsız kılmaya çalışarak esasında politik birliğin kararını yok saymış olmaktadır. Devleti “bir halkın politik birliği”, anayasayı “bir halkın temel politik kararı” olarak tanımlayan Schmitt, siyasi pratiğin meşruiyetini, varoluşsal bir anlam taşıyan somut bir anayasal karardan türetmek istemektedir³⁵².

Schmitt, *Verfassungslehre (Anayasa Öğretisi)* eserinde anayasayı çok geniş bir yelpazede tanımlar. Öncelikle dört farklı anayasa tanımı yapar: Mutlak (absolut) anayasa, görelî (relativ) anayasa, pozitif anayasa ve ideal anayasa. Anayasa tüm bu tanımlamaların üstünde devletin politik birliğinin ve somut düzeninin bir ifadesi olarak konumlanmaktadır. Schmitt, devletin özünü/esasını ifade eden anayasa ile anayasa metni arasında da bir ayrım yapar. Bu ayrım, ifadesini “anayasa” (Verfassung) ve “anayasa metni” (Verfassungsgesetz) kavramlarında bulmaktadır³⁵³. Öncelikle “mutlak anayasa”, Schmitt’e göre somut, her siyasal birlikle kendiliğinden vuku bulan bir varoluş tarzına karşılık gelir. Bu anlamıyla genel bir tanımdır. Mutlak anayasa siyasal ve sosyal düzenin devlet biçimi halinde örgütlenişini ifade etmek için de kullanılabilir. Her anayasa, oluşum sürecindeki siyasal ve sosyal düzene bağımlı olmak zorundadır. Yani mutlak anayasa politik bir hüviyet içerir. “Görelî anayasa” ise anayasa metninin anayasadan farkını ortaya koymak için kavramsallaştırılmıştır. Anayasalar ulusun temel siyasal kararlarının ürünüdür. Bu yüzden anayasa metninden farklı olarak anayasa, halkın siyasal birliğinin tercihleridir ve ancak asli kurucu iktidar tarafından değiştirilebilir³⁵⁴. Aksi takdirde her anayasal norm, anayasayla eş değer tutulacaktır ki bu da gereksiz bir ayrıntıyı ifade eden bir norm ile halk açısından hayati önem taşıyan normları eşitlemek demektir. Yazılı olmasa dahi bir anayasanın karara dayanan sabiteleri vardır ve bunlar anayasa metninin üzerinde konumlanmıştır. Bu sebeple ikisinin ayırt edilmesi gerekir.

‘Anayasa’ kavramsallaştırmasında Schmitt’in kuramı açısından en önemlisi pozitif anayasa tanımıdır. Pozitif anayasa, anayasakoyucu iktidarın edimiyle

³⁵¹ Bezci, s. 102.

³⁵² Zeybekoğlu, s. 82.

³⁵³ Ece Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in “Anayasa Öğretisi”, *İÜHFİM*, C. LXXIII, S. 1, İstanbul 2015, s. 139.

³⁵⁴ Göztepe, s. 141.

gerçekleşir ve bu edim, siyasal birliği kuran “karardır”. Yani anayasanın kaynağı siyasal iradedir. Bu durum varoluşsal bir nitelik arz eder. Anayasal normlar, kendisini önceleyen siyasal iradeler sayesinde var olabilirler. Siyasal iradenin vermiş olduğu karar, halkın varoluşsal mutlak tercihini ifade eder³⁵⁵. Schmitt’e göre anayasa, bir karar ve asli kurucu iktidarın bir emridir; bu kararın varoluşsal özünden dolayı kendisine itaat edilmelidir. Meşruiyetin kaynağı norm olarak anayasa değil, karar edimidir. Burada asıl olan politik birliğin devamının sağlanmasıdır³⁵⁶. Ayrıca anayasal düzen kurulduktan sonra asli kurucu iktidar ortadan kalkmaz. Anayasanın yanında ve üstünde varlığını sürdürür; anayasal düzenin temel kararlarına ilişkin her gerçek anayasal çatışma, ancak asli kurucu iktidarın kararıyla çözülebilir³⁵⁷. Anayasanın meşruiyeti, politik karar olmasından ileri geldiği için anayasalar; hukuki olarak savunulamazlar, ancak gerektiğinde politik olarak korunurlar³⁵⁸. Bu yüzden yasallığın, meşruiyet adına askıya alınması gerektiğinde, egemen irade bundan kaçınmamalıdır. Schmitt’e göre, Kelsen’in savunduğunun tersine, meşruiyetin temelinde norm değil karar bulunur. Bir kişi hukuk ve düzeni anlamaya çalışacaksa kararın doğasını anlamaya çalışmalıdır, normu değil³⁵⁹. Normatiflik ise karar verildikten sonra başlar. Bu yüzden tek başına normatifliğin değeri yoktur, olgusal olanın normatif bir gücü vardır. Özetle Schmitt anayasayı bir karar olarak nitelerken; Kelsen, bir kural olarak nitelemiştir. Anayasa kavramlarına verilen anlamlar incelendiğine göre anayasanın koruyucu tartışmasına geçilebilir.

Almanya’daki Yüksek Mahkeme (Reichsgericht) en üst düzeyde devlet mahkemesi olma sıfatını Weimar Anayasası’nın 19. Maddesinin verdiği yetkiyle kazanmıştır. Ancak bu mahkeme, sadece Federal Devlet ile federe devletler veya sadece federe devletler arasındaki anlaşmazlıkları çözmeye yetkilidir. Ama 1925 yılından itibaren Yüksek Mahkeme, sadece biçimsel değil maddi denetim hakkına da sahip olduğunu kabul edince, anayasa yargısı tartışmaları başlamıştır³⁶⁰. Bu bağlamda Schmitt ve Kelsen anayasanın etkililiğinin, geçerliğinin ve buna bağlı

³⁵⁵ Göztepe, s. 142.

³⁵⁶ Bezci, s. 106.

³⁵⁷ Göztepe, s. 144.

³⁵⁸ Bezci, s. 104.

³⁵⁹ David Dyzenhaus, “Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought”, *Theoretical Inquiries in Law*, 16:2 - 2015, s. 347.

³⁶⁰ Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı*, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi Yayın Sanayi ve Ticaret AŞ, İstanbul 2018, s. 232.

olarak korunmasının nasıl sağlanacağı üzerine önemli çalışmalar yapmışlardır. Anayasa iki düşünür açısından da kurucu ve merkezi bir konumda bulunmaktadır. Bu yüzden anayasanın otoritesinin kişiler, kurumlar ve normlar üzerinde sağlanması gerekmektedir. İlk olarak Kelsen'in düşüncelerine bakılacak olunursa, ona göre anayasanın etkinliğini nasıl koruyacağı ve normların anayasa uygun olup olmadığının nasıl denetleneceği bir problem olarak durmaktadır. Anayasa diğer tüm normlara geçerliliğini kazandırırken anayasanın koruyucusu/bekçisi kim olacaktır? Kelsen'in bu soruya cevabı; her türlü iç hukuk otoritesinden bağımsız bir organın, diğer bir ifadeyle herhangi bir yargı merciinin veya parlamentonun anayasaya aykırı işlemlerini iptal etmekle görevlendirilmiş olan Anayasa Mahkemesi'dir. Kelsen modern devletlerin bu konudaki hevesizliği bağlamında önemli bir tespit yapar:

“...Modern devletlerin hukukunun, yürütmenin yasallığını sağlamayı hedefleyen çok sayıda kuruma sahip olmasına rağmen, bunun tersi bir biçimde, yasaların anayasaya uygunluğunu ve düzenleyici işlemlerin yasallığını teminat altına almak için çok kısıtlı önlemler alması, politik nedenlere dayanmaktadır ve bu nedenler ise, bu tür güvencelerin olasılığı ve gerekliliği hakkında açıklık sağlamada en önde olması gereken doktrinin oluşumu üzerinde etkisiz değildirlir.”³⁶¹

Buradaki değerlendirme ışığında bakıldığında, yürütmenin yasallığını sağlamak için her türlü kurumsal destek sağlanıyorken anayasaya uygunluk konusunda çok az önlem alınıyor olmasının sebebi, idarecilerin kendilerini kısıtlamamak istemesinde yatmaktadır. Ne kadar az önlem ve denetleme olursa, keyfilik de o kadar rahat bir şekilde ortaya çıkar. Fakat unutulmamalıdır ki Anayasa, devlet düzeninin temel dayanağıdır. Dolayısıyla, anayasa için mümkün olan en büyük istikrarı sağlamak ve anayasal normları, bir araya getirilmesi daha zor olan birtakım koşulları içeren özel bir değiştirme usulüne tâbi tutarak, yasal normlardan ayırmak gerekmektedir.

Anayasa, yapılacak yasaların içeriğiyle ilgili olarak ilkeler, ana hatlar ve sınırlar belirler. Buna ilaveten Anayasa; eşitlik, özgürlük, mülkiyet hakkı gibi alışlagelmiş bir garanti biçimi altında, bireylerin lehine olarak, yurttaşların yasa önünde eşitliğini, fikir özgürlüğünü, din ve vicdan özgürlüğünü, mülkiyet hakkının dokunulmazlığını ilan eder. Böylece yasaların yalnızca kendisinin öngördüğü

³⁶¹ Hans Kelsen, “Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)”, Çev. Yasin Sönmez, *AÜHFD*, 64 (3) 2015, Ankara, s. 863.

yönteme göre yapılmaları gerektiğini emretmekle kalmayıp, yasaların ayrıca eşitlik, özgürlük, mülkiyet gibi hakları ihlal edebilecek herhangi bir hüküm içermemelerini de emreder. Anayasa hükmü, bu yüzden sadece bir usûl kuralı değil, aynı zamanda maddi bir kuraldır. Bundan dolayı bir yasa, ya yapımı sırasında usûl kurallarına uyulmaması, ya da yasanın içeriğinin anayasada formüle edilmiş olan ilkelere ve talimatlara aykırı olması nedeniyle, anayasa tarafından belirlenmiş olan sınırları aşarak, anayasaya aykırı hale gelebilir³⁶². Anayasaya aykırılık demek yasanın geçersiz olması demektir.

Kelsen anayasanın geçerliliğinin sağlanması ve denetlenmesi için iki teminat kategorisinden bahseder. Bunlardan ilki önleyici teminatlardır ve bu teminatlar hukuka aykırı işlemler yapılmasını önlemeyi amaçlar. İkincisi ise bastırıcı teminatlardır, bu teminatlar ise hukuka aykırı işlemler yapıldıktan sonra devreye girer; ilgili işlemin gelecek bir dönemde tekrar ortaya çıkmasını engellemeyi, sebep olduğu zararı onarmayı, işlemi ortadan kaldırmayı ve gerekiyorsa, hukuka uygun yeni bir işlem ile değiştirmeyi amaçlar. Bu teminatların arasında; bağımsız şekilde örgütlenmiş mahkemelerin olması, hukuka aykırı işlem yapan bir organın cezai sorumluluğu, disiplin sorumluluğu, tazminat sorumluluğu, anayasaya/hukuka aykırı işlemin iptal edilebilirliği ve geçersiz kılınabilmesi vardır³⁶³. Ayrıca bunlara ek olarak, anayasa mahkemesine, gerektiğinde, suçlanan bakanları yargılamak için Yüce Divan görevinin veya merkezi uyuşmazlık mahkemesi görevinin ya da özel görevli yargı yerlerinin kurulmasından kaçınmak amacıyla, başka görevlerin de verilmesi gerekmektedir³⁶⁴. Görüldüğü gibi Kelsen için anayasa ve anayasa mahkemesi büyük bir önem taşımaktadır.

Kelsen mahkemenin yapısı, üye seçimindeki kriterler, üyelerin atanması, mahkemenin hangi konuları incelemesi gerektiği, uluslararası hukukun karar verirken temel alınıp alınamayacağı vb. konularda açıklamalar yapar. Ancak ayrıntılara girilmesi çalışmanın kapsamını ve amacını aşacağından bu hususların sadece belirtmesi yeterli olacaktır. Burada önemli olan, Kelsen'in anayasanın etkinliğini sağlamak için tüm devlet organlarından bağımsız ve anayasaya aykırı

³⁶² Kelsen, s. 867.

³⁶³ Kelsen, s. 874.

³⁶⁴ Kelsen, s. 892.

işlemleri iptal etme yetkisine sahip bir merciiyi gerekli görüyor olmasıdır. Kelsen bir nevi hukuku hukukla koruma amacı taşımaktadır. Mahkemelerin tamamen bağımsız olabilmesi pek mümkün görünmeyebilir, üyelerin kararlarını ve yorumlarını ideolojileri etkileyebilir. Anayasadaki temel bir ilke, üyelerin isteklerine göre farklı biçimlerde yorumlanabilir. Her ne kadar bunlar olağan şeyler olsa da, bu olumsuzluklar olabildiği kadar azaltılabilir ve bağımsız bir yargısal mercii normların anayasaya uygunluğunu denetleyebilir.

Schmitt'e göre anayasa politik bir karar olduğu için yine politik olarak korunmalıdır. Hukuk hukukla korunamaz, çünkü hukuku ihlal eden şey hukuku koruması gereken diğer hukuku da ihlal edebilir. Yargı organı ancak mevcut normlar çerçevesinde karar verebilir. Yargının kararları olağan zamanlar için geçerlidir ancak istisnai durumlarda yargı organları etkisizleşir. Bu yüzden hukukun üzerinde ve hukukla bağılı olmayan bir koruyucunun devreye girmesi gerekir. Aksi takdirde mevcut yasallık içinde, anayasal düzenden faydalanılarak devletin anayasal düzenine tehdit oluşturulabilir. Anayasa mahkemesi sadece biçimsel olarak bu tehdidi önleyebilse de tehdidin özüne ilişkin her hangi bir müdahalede bulunamaz. Neticede biçimselliğe terk edilmiş bir koruma düzeni, anayasal düzeni muhafaza edemez. Anayasa mahkemesi, anayasaya saldırıyı sadece saldırı sonrasında değerlendirebilir ve mahkûm edebilir. Oysa devletin politik kararına yapılan saldırı hemen ve doğrudan bertaraf edilmelidir. Bu yüzden hukuki düzenin üstünde bir otorite, anayasayı yasallık çerçevesinin sınırlarına takılmadan ancak meşru bir şekilde korumak için her türlü tedbiri alabilir. Schmitt devlet başkanını, devletin yasama, yargı ve yürütme gücünden farklı, tarafsız ve üstün bir konuma oturtturarak anayasal somut düzenin koruyucusu olarak tayin eder. Hukuk, devlet düzeni devam ettiği sürece vardır, bu yüzden devlet içerisindeki organların çatışmalarına karşı son kararı verecek bir otorite gereklidir. Bu otorite de meşruluğunu doğrudan halktan alır. Schmitt, Kelsenci burjuva demokrasisi anlayışına ve biçimselliğine, halkoyu ile tayin edilmiş bir devlet başkanı figürünün maddiliği ile karşı çıkmaktadır³⁶⁵. Çünkü temelde hayati öneme sahip olan, somut düzen olarak devletin baki kalmasıdır.

Schmitt, eleştirilerine hukuk kuramı bağlamında devam eder. Ona göre yargısal bir kararın mevcut olabilmesi için bazı gereklilikleri sağlaması gerekir. Bu

³⁶⁵ Kardeş, s. 245.

gereklilikleri Schmitt, bir olayın bir hukuk normunun altında vasıflandırılması anlamına gelen ‘altlama modeli’ (model of subsumption) kavramında bir araya getirir. Bunu ortaya koymasındaki amaç, anayasal yargının bu modele uymadığı için geçerli ve etkili bir yargısal karar olamayacağını göstermektir. Geçerli bir yargısal karar; bir hukuk normu altında bir olayın değerlendirilmesidir. Ancak anayasal yargıda yapılan, bir normla başka bir normu yargılamaktır. Bu ise yargısal karar değil politik bir tercih anlamına gelir. Bu yüzden Schmitt’e göre yargısal kararların niteliği altlama modeline uygun olmak durumdadır, örneğin ceza mahkemesinin veya idare mahkemesinin yargılamaları bu modele uygundur. Ancak anayasa söz konusu olduğunda yargısal kararın nitelikleri geçersiz kalmaya mahkûmdur, çünkü anayasa, hukuki değil politik bir muhtevaya sahiptir. Bu yüzden anayasa ancak politik bir kararla korunabilir. Kelsen ise anayasa yargısı ile diğer yargı kararlarının niteliği arasında bir farklılık olmadığını, Schmitt’in yargısal karar hakkındaki değerlendirmelerinin yanlış olduğunu ileri sürer.

Schmitt’in altlama modelinin ilk şartı ‘türetmedir (derivation)’. Bu görüş esasında XIX. yüzyıl hukuk devleti anlayışından gelir ve kanuni çerçeveye uygunluk olarak anlaşılır. Schmitt’e göre bir hâkimin hukuk devletindeki (Rechtsstaat) özel konumu -tarafsızlığı, partilere karşı objektifliği, bağımsızlığı ve işten çıkarılmasına karşı bağımsızlığı- hâkimin, içeriği bir üst normdan türemiş bir kanun temelinde karar vermesine dayanır.³⁶⁶ Kelsen Schmitt’in yargı kararına ilişkin bu değerlendirmesine karşı çıkar. Schmitt’in türetme kavramını tümdengelim (deduction) olarak değerlendirir. Kelsen’e göre Schmitt’in hâkime vermiş olduğu rol, yargı kararının içeriği zaten bir üst norm tarafından tamamen belirlendiği için, basit bir mantıksal operasyon yapmasının yeterli olacağıdır. Bu haliyle Schmitt, hukuki karar vericilere basit bir otomat makinası gözüyle bakmış olur³⁶⁷. Kelsen ise hukuki karar vericilerin basit birer mekanik araç olarak değerlendirilmesine karşı çıkar. Kelsen’e göre hukuku uygulayan her eylem hukuk normları tarafından kısmen belirlenmiş, kısmen de belirlenmemiştir. Hukuk kendi üretimini düzenler, fakat kendi içeriğini kesin bir biçimde belirlemez. Bu nedenle bir normun, birçok anlamından sadece birinin tek

³⁶⁶ Stanley L. Paulson, “Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the “Guardian” Controversy of 1931”, (Ed. Jens Meierhenrich And Oliver Simons), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press 2016, s. 525.

³⁶⁷ Paulson, s. 526.

doğru olarak kabul edilmesini sağlayacak hiçbir bir yöntem yoktur³⁶⁸. Schmitt'in yargısal karar değerlendirmesi temelde yanlıştır. Kelsen esasında normlar hiyerarşisi kuramına göre hâkimi bir otomat olarak gören anlayışa yakın gibi dursa da normların mutlak anlamda belirleyici olduğunu kabul etmez. Hâkimin takdir yetkisi vardır ancak bu yetki normlar dâhilinde olduğu için normlar hiyerarşisi açısından sorun teşkil etmez.

Atlama modelinin ikinci şartı, alt normu kapsayıcı normun söz konusu bağlamda “şüpheli” veya “tartışmalı” olmamasıdır. Schmitt, yargının işleminin hukuki normlara bağlı olduğunu ve bu çalışmanın, normların kendilerinin sorgulanabilir veya içeriklerinde tartışmalı hale geldiği yerde biteceğini ifade eder. Anayasa politik bir mesele olduğundan normlarla kesin bir şekilde belirlenemez, bu yüzden tartışılması kaçınılmazdır. Medeni, cezai ve idari mahkemeler, üst normlarca kesin olarak belirlenmiş tanımları dolayısıyla yargısal karar verebilirler ancak anayasanın koruyucusu olamazlar. Çünkü bu mahkemeler, yargılama yaparken olağan durumları dikkate alırlar³⁶⁹. Anayasa mahkemesi de aynı şekilde normlar tarafından sınırlandırıldığı için anayasanın koruyucusu olamaz. Kelsen'e göre Schmitt, anayasa mahkemesi ile diğer mahkemeler arasında yanlış bir ayırım yapar. Kelsen, Schmitt'in yargılama konusunda niteliklerini sorgulamak istemediği medeni, cezai ve idari mahkemelerin, yalnızca içeriği şüpheli veya tartışmalı olmayan normlar uyguladığı gibi yanlış bir kanaate sahip olduğunu belirtir. Schmitt, hukuki bir ihtilaf durumunda bu “mahkemelerden” biri tarafından verilen kararları sorgulamaz, ortaya çıkan şeyi basit bir mesele olarak değerlendirir ve hukuki bir sorun olarak görmez³⁷⁰. Kelsen'e göre –Schmitt'in savununun aksine- yargılama işlemi ilk başta normlar şüpheli ve tartışmalı hale geldiğinde başlar. Aksi takdirde, yalnızca maddi gerçeklerle ilgili anlaşmazlıklar olur ve gerçekten “hukuki” anlaşmazlıklar olmaz. Dolayısıyla yargılama ve yargı kararları, normların içeriği tartışmalı olduğu için ortaya çıkar ve Schmitt'in anayasal yargı ile diğer yargılar arasında yaptığı ayırımın aksine her yargılama için bu durum geçerlidir. Kelsen açısından Schmitt'in yargı

³⁶⁸ Cotterrell, s. 168.

³⁶⁹ Lars Vinx, *The Guardian Of The Constitution: Hans Kelsen And Carl Schmitt On The Limits Of Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, s. 79.

³⁷⁰ Paulson, s. 526.

kararının niteliği ile ilgili ortaya koyduğu her şey, aslında Anayasa Mahkemesi'nin işlevsizliğini kanıtlamak üzere ortaya konmuş tutarsız fikirlendir.

Altılama modelinin bir diğler unsuru, yargı kararlarının politik boyutudur. Schmitt'e göre anayasa hakkında verilen bir yargı kararı, esasında politik bir karardır, bu yüzden anayasanın koruyucusunun anayasa mahkemesi olması, onun yargısal rolünden çıkıp politik alana girmesi anlamına gelir. Anayasa mahkemesi siyasi kararlar almak zorunda kalacak ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ihlal edilmek zorunda kalacaktır. Bu durumda depolitize olan şey anayasal çatışmalar olmayacaktır, aksine anayasa mahkemesi politize olacaktır ki bu da yargı faaliyetlerinin meşruluğunu zayıflatır³⁷¹. Kelsen ise bu argümana karşılık Schmitt'in desizyonizmine dikkat çeker. Schmitt'in desizyonizm tanımına göre her kararda, maddi gerçeği içeren bir mahkeme kararında bile, normun içeriğinden elde edilemeyecek saf bir karar unsuru vardır. Yargı kararlarının kararçı bir boyutu olduğu konusunda Schmitt ve Kelsen ortak bir noktada buluşur. Kelsen'e göre anayasanın politik fonksiyonu, iktidarın icraatlarını yasal olarak sınırlayacak bir organ olmasıdır. Anayasallık bu yasal sınırların çiğnenmesine karşı bir önlem olarak karşımıza çıkar³⁷². Kelsen için yasal düzenlemeler gibi, yargı kararları da politik karakterdedir ve "saf karar"ın rolü ne kadar büyükse, siyasi boyut da o kadar büyük olur. Bu yüzden politiklik her zaman hukuki fonksiyonun bir parçasıdır. Kelsen açısından Schmitt, politik fonksiyonlarla yargı fonksiyonları arasında temel bir zıtlık olduğu konusundaki hatalı öncülden yola çıkar³⁷³. Anayasaya uygunluk konusunda verilen kararın, hukuki değil politik olması gerektiğini söyler. Ancak Schmitt'in, politik olduğu gerekçesiyle anayasal denetlemeye itirazı kendi desizyonizmiyle çelişir. Tüm hukuk biçimleri nitelik bakımından politiktir. Kelsen devamla şu itirazı yöneltir: "Eğer Schmitt tüm hukuk formlarının politik nitelikte olduğunu kabul ediyorsa, anayasal yargının politik karakterinden dolayı hakiki bir yargılama olarak kabul edilmeyeceğini nasıl ileri sürebilir?"³⁷⁴ Kelsen cephesinden bu durum, Schmitt'in içine düşmüş olduğu çelişkiyi ve tutarsızlığı göstermesi açısından önemlidir.

³⁷¹ Vinx, s. 9.

³⁷² David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, Clarendon Press, Oxford 1997, s.109

³⁷³ Dyzenhaus, s. 112.

³⁷⁴ Paulson, s. 528.

Schmitt anayasa mahkemesi kurumunun anayasanın esnekliğini yok ettiğini düşünmektedir. Anayasanın bazı noktalarda açık hükümler taşıması elverişli bir niteliktir. Anayasayı işleyip geliştirmek aktif anayasal organlara bırakılmalıdır. Schmitt bu tezini ‘erteleyici uyuşma formülü’ ile açıklar. Anayasayı hazırlayanlar farklı siyasi akımların temsilcileri olabilir. Ama anayasa hazırlanırken hepsinin üzerinde anlaşabileceği bazı ortak formüller bulunabilir. Bu formül kapsamında taraflar ileride anayasayı kendi görüşlerine göre yorumlama hakkını saklı tutar. Bu şekilde tarafların hepsinin görüşlerini kapsayan bir anayasa hazırlanmış olur. Ortaya çıkabilecek sorunların çözümü ise anayasal yorumlara ve anayasal uygulamalara bırakılmıştır. Anayasada açık hükümlerin olmaması, ileride ortaya çıkacak sorunlara dönemin şartları göz önüne alınarak çözüm yolları bulunmasını sağlar. Schmitt bu olumlu durumun anayasa mahkemesi ile kaybolacağını söyler. Anayasa mahkemesinin vermiş olduğu kararlar anayasanın kesin yorumu olur, bütün devlet organlarını bağlar ve anayasal gelişmeleri önler³⁷⁵. Anayasa demek, karar anında mevcut bulunan anayasa mahkemesi üyelerinin, o anki vermiş oldu kararları aynı anlama gelir. Ayrıca yargı organı, hükümet veya parlamentodan farklı olarak bağımsız ve müdahaleden korunmuş konumunu sürekli muhafaza ettiği için, siyasal kararlar vermesine rağmen hiçbir şekilde sorumlu olmayan ve kararı değiştirilemeyen bir diktatör konumuna yükselir³⁷⁶. Bu durumda demokrasi ve anayasallık maskesi altında bir ‘juristokrasi’ rejimi kurulmuş demektir.

Anayasa yargısı klasik güçler ayrımı ilkesine ve hatta demokrasi anlayışına dahi uymamaktadır. Yasamanın yargı tarafından denetlenmesi kuvvetler ayrılığı ilkesinden ziyade anayasa mahkemesinin başında olduğu bir kuvvetler birliği sistemine karşılık gelir. Anayasa yargısına göre devlet güçlerinden biri bağımsız ve diğerlerine buyruk verebilen bir konuma yükseltilmiştir. Bu yetki, tüm devlet organlarının ve mahkemelerin çalışmalarında anayasa normlarına uyup uymadığını denetleme üzerinde toplanmıştır. İlgili yetki kapsamında diğer tüm devlet organları bu yetki sahibinin kararlarını uygulamak zorundadır³⁷⁷. Anayasa mahkemesi son ve kesin karar mercii olarak egemen irade konumunda bulunmaktadır.

³⁷⁵ Doehring, s. 233.

³⁷⁶ Doehring, s. 234.

³⁷⁷ Doehring, s. 231.

Schmitt anayasa mahkemesinin yukarıda belirtilen sebeplerle anayasayı koruyamayacak olmasını iddia ettikten sonra anayasanın koruyucusunun devlet başkanı olması gerektiğini savunur. Politik bir karar olan anayasa, politik bir organ tarafından korunmalıdır. Politik karar ancak politik yollarla ihlal edilebilir. Bu yüzden politik kararı korumanın yolu hukuki değil politik olmalıdır. Bu bağlamda Schmitt, Benjamin Constant'ın 'tarafsız kuvvet' (pouvoir neutre) görüşüne başvurur. Bu görüşe göre monark, anayasal monarşilerde hükümetlerin parlamento karşısında yetkilerini aşmaması için dengeleyici ve tarafsız bir kuvvet olarak bulunur³⁷⁸. Monark dengeleyici kuvvet olarak yasaların hazırlanmasını ve yürürlüğe girmesini engelleme, hükümeti azletme ve yargıçları görevlerinden alma hakkına sahiptir. Constant'ın bu görüşü Weimar Anayasası üzerinde etkili olmuştur. Anayasanın hazırlayıcıları Hugo Preuss ve Fr. Naumann, devlet başkanına tarafsız ve dengeleyici bir konum vermişlerdir³⁷⁹. Schmitt, Constant'ın tarafsız kuvvet fikrini komisyoner diktatörlük bağlamında ele alır ve buradan hareketle tarafsız ve dengeleyici bir kuvvet olarak anayasanın koruyucusu görevini devlet başkanına verir. Hukuk devleti (Reichstaat) olağanüstü durumlarla başa çıkabilecek bir organa ihtiyaç duyar. Ancak bu organ devletin normal organlarıyla çekişmeye girmez. Çünkü sadece istisnai durumlarda fiiliyata geçer ve tarafsız olarak aracılık eder, düzeni sağlar ve normal durumu muhafaza eder³⁸⁰. Ancak Constant'tan farklı olarak, anayasanın ihlali tehlikesinin anayasal monarşi teorisinin savunduğu gibi yürütmeden değil parlamentodan kaynaklandığını düşünür³⁸¹. Bu yüzden devlet başkanı, partilerden bağımsız olmalıdır. Çünkü yozlaşmış parlamenter sistemin çıkar grupları olan siyasal partilerin yönlendirmesine maruz kalmamalıdır.

Devlet başkanının anayasanın koruyucusu olarak konumlanmasının temel meşruiyet kaynağı, bütün Alman halkı tarafından doğrudan seçilmesi ve desteklenmesidir. Kurucu irade politik kararı veren ve anayasayı oluşturan Alman halkı olduğundan dolayı, anayasanın koruyucusu da bu halkın seçtiği başkan olmalıdır³⁸². Yetkileri anayasaya dayanan devlet başkanı -egemen irade- olağanüstü

³⁷⁸ Nermin Abadan, "Constant ve Tarafsız Kuvvet Nazariyesi", *AÜSBFD*, Cilt 7 Sayı 01, Ankara 1952, s. 208.

³⁷⁹ Abadan, s. 210.

³⁸⁰ Dyzenhaus, s. 76.

³⁸¹ Dyzenhaus, s. 111.

³⁸² Dyzenhaus, s. 77.

yetkilerin nasıl kullanılacağına karar verirken Weimar Anayasası'nın en yüksek yorumcusu olur. Parlatentonun aksine doğrudan halk tarafından seçilen başkan, bir bütün olarak anayasanın arkasında duran halkın birliğinin meşruiyetine sahip olur³⁸³. Weimar Anayasası'na göre Alman halkı, bu anayasayı kendi kendisine bahşetmiştir ve siyasal iktidar, Alman halkından kaynaklanır³⁸⁴. Halkın doğrudan onayıyla seçilen devlet başkanı, Alman halkının temsilcisi ve devletin egemen otoritesidir.

Kelsen anayasanın koruyucusunun devlet başkanı olması fikrine karşı çıkar. Ona göre Constant'tan itibaren anayasanın koruyucusu olarak monark teorisi, anayasa mahkemesinin talep edildiği durumlarda dengeleyici bir itiraz olarak her zaman ortaya çıkmıştır. Kelsen, hükümdara güçler ve ayrıcalıklar kazandıran ve sonra, aynı hükümdarı tarafsız kuvvet statüsüne bağlayan XIX. yüzyıl anayasalarını değerlendirir. Bu anayasalara göre monark, devlet gücünün büyük bir kısmına veya devlet gücünün tamamına sahiptir. Bu kapsamda iktidarı kullanır, yasalar çıkarır. Buna rağmen "tarafsız bir otorite" olarak görülür ve tarafsızlığı nedeniyle tek başına yasanın anayasaya uygululuğunu incelemeye çağırılır. Kelsen'e göre devlet gücünün en yüksek yetkilerini monarka vermek ve daha sonra hükümdarın bu gücü kullanmasını, onun tarafsızlığının kısıtlayacağını düşünmek büyük bir çelişkidir³⁸⁵. Bu bağlamda devlet başkanının anayasayı ihlal etmeyeceği fikri sadece dayanaksız bir varsayıma dayanır. Devlet başkanının anayasayı ihlal etme ihtimali, anayasanın koruyucusu olarak görülmesine en büyük engeldir.

Kelsen, 48. maddeye göre başkanın koruyucu bir role sahip olduğunu reddetmez ancak bu rolün oldukça dar ve anayasal güvencelerin yalnızca bir çeşidi olduğunda ısrar eder. Başkanın anayasadan kaynaklı çeşitli yetki güçlerine sahip olduğunu ve Alman halkının sembolik temsilcisi olduğunu da inkâr etmez. Ancak bu temsilin, belirli kesimlerin çıkar ideolojisine enjekte edilmesinden endişe duyar. Schmitt'in bağımsız üçüncü güç olarak ortaya koymuş olduğu başkan, esasında tarafsız olmaktan uzaktır. Bağımsız yargılardan oluşan kolektif bir organdan daha tarafsız olması düşünülemez³⁸⁶. Kelsen anayasanın gerçek koruyucusunun Anayasa

³⁸³ Vinx, s. 12.

³⁸⁴ Dyzenhaus, s. 79.

³⁸⁵ Paulson, s. 529.

³⁸⁶ Dyzenhaus, s. 119.

Mahkemesi olduğunu iddia etmekle kalmamış, aynı zamanda 48. maddenin yasal sınırlarının oldukça dar olduğunu ifade etmiştir³⁸⁷.

Kelsen için, yönetimin keyfi iktidarı üzerindeki hukuki denetim ihtiyacı, büyük politik önem taşıyan bir husustur. Eğer devlet, hukukun üzerinde bir egemen olarak kabul edilirse devlet adına korkunç şeyler yapılmasının önü açılmış olur. Kelsen'e göre bir bireyin kendi adına başkalarına şiddet kullanma, tahakküm etme, hatta onları öldürme yetkisi hiçbir biçimde düşünülemezken, tüm bunları Tanrı adına, ulus adına veya devlet adına yapması en büyük hakkıdır. Bu hakkı onları sevmesinden ve tamamen "kendi" Tanrısı, "kendi" ulusu ve "kendi" devleti olarak görmesinden dolayı kendinde bulur³⁸⁸. Bu yüzden tüm bu duygu ve ideolojileri sınırlayacak ve denetleyecek bir hukuk otoritesine olan ihtiyaç kaçınılmazdır. Aksi takdirde hâkim olacak tek şey baskı, dayatma ve despotizmdir.

Anayasanın koruyucusu tartışması, egemen iradeyi somut olarak ortaya koyar. Kelsen'e göre egemen; anayasa mahkemesi, Schmitt'e göre devlet başkanıdır. Weimar Cumhuriyeti'nin kırılma yapısına çözüm arayan ve istikrar sağlamaya çalışan düşünürler, Hitler'in iktidara gelmesi ve Weimar Cumhuriyeti'nin yıkılmasıyla Almanya'nın sürüklendiği felaketi engelleyememişlerdir. Schmitt bir dönem Nazilerle işbirliği yaptığı için düşüncelerinin dönemin şartlarına göre çok hızlı bir şekilde değişmesiyle suçlanmıştır. Schmitt aslında 1933 öncesinde Nazilere muhaliftir ve -Hitler'in yaptığı gibi- sahte yasallıkla iktidara gelinmeyi engellemeye karşı teorilerini geliştirmiştir. Kelsen ise esasında Nazilerin, hukuku suiistimal ederek iktidara gelmesine kuramıyla istemeden destek olmuştur³⁸⁹. Fakat ne Schmitt tam anlamıyla Nazi bağlantısından dolayı değersizleştirilebilir ne de Kelsen hukuka sadece biçimsel yaklaştığı için eleştirilebilir. İki düşünür de kendilerinden sonraki düşünce dünyasına büyük katkılar yapmışlardır. Siyaset felsefesi alanında Schmitt en çok okunan ve üzerine konuşulan kuramcılardan biri olmayı başarabilmiştir. Özellikle Agamben ve Mouffe gibi politik kuramcılar, Schmitt'in teorileri üzerine ciddi katkılar sağlamışlardır. Kelsen ise kendisinden sonraki Hart ve Raz gibi hukukçular başta olmak üzere tüm hukuk literatürünü etkilemiş ve anayasa yargısı

³⁸⁷ Dyzenhaus, s. 123.

³⁸⁸ Cotterrell, s. 173.

³⁸⁹ Vinx, s.19.

fikriyle dünyadaki bir çok ülkede kurumsal olarak da izlenmiştir. XX. yüzyılın başında Avrupa'da sadece Avusturya ve Çekoslovakya'da bulunan Kelsenci anayasa yargısı, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından Batı Almanya ve İtalya anayasalarınınca da benimsenmiştir. 1961 Anayasasıyla Türkiye'de Kelsenci anayasa yargısı kabul edilmiştir. 1970'li yıllarda ise İspanya ve Portekiz'de rejim değişikliklerinin ardından Kelsenci anayasa yargısı benimsenmiştir. 1980'li yıllardan sonra Doğu Avrupa ülkeleri komünist rejimlerin değişmesiyle merkezileştirilmiş anayasa yargısına geçmiştir³⁹⁰. Kelsenci anayasa mahkemeleri şuan dünyanın pek çok ülkesinde mevcuttur. Anayasanın koruyucusu tartışmasında tarih, -anayasa mahkemelerinin işlevselliği bir yana bırakılacak olursa- Schmitt'i değil Kelsen'i haklı çıkarmıştır.

³⁹⁰ Turhan, s. 222.

SONUÇ

Egemenlik; siyasal alanda en üstün hükmetme gücüne sahip olan, kendisinden başka siyasal ve hukuki hiçbir otorite kabul etmeyen güç anlamına gelir. Egemenlik kavramı, tanrısal otoritenin niteliklerinin seküler otoriteler için kullanılmaya başlanmasıyla ortaya çıkmıştır. Feodal dönemde ortaya çıkan, Kilise ile seküler iktidarlar arasındaki çatışma, Salisbury’li John’un düşünceleriyle Kilise’nin üstünlüğü lehinde yorumlansa da Aquinum’lu Thomas -Kilise iktidarını korumakla beraber- seküler iktidarlara kapı aralamıştır. Padova’lı Marsilius ise, toplumu seküler bağlamda anlamlandırmasıyla modern döneme geçişin köprüsünü kurmuştur. Reform ve Rönesans; modern düşünceye geçişin başlangıç noktaları olmuş; nihayet Machiavelli ile siyaset, kendi kuralları olan, metafizik etkenlerden uzak, tamamıyla bu dünyaya ait özerk bir alan olarak tanımlanmıştır. Bu özerk alan, egemenliği seküler otoriteler için düşünmeye olanak sağlamıştır. Nihayet Jean Bodin egemenlik kavramını literatüre katmış ve kavramın sürekliliğine vurgu yapıp, soyut bir kurum olarak devletin, düşünsel anlamda kavranabilmesini sağlamıştır. Thomas Hobbes devleti sistematik bir biçimde ele alan ve tam anlamıyla siyaseti ve devleti seküler temellere oturtan kişi olmuştur. Devletin meşruiyetini toplum sözleşmesine dayandırarak “Leviathan’ın” bölünemez ve paylaşılamaz egemenliğini ilan etmiştir. J.J.Rousseau’dan önce egemenlik, büyük oranda monarşilere özgü bir kralda tasavvur edilmiştir. Fakat Rousseau egemenliğin sahibinin bir kişi değil halkın bütünü olduğunu söyleyerek kendinden sonraki tüm siyasal teorileri etkileyecek özgün bir kuram oluşturmuştur. Bu aşamadan sonra temel haklar, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı gibi ilkelerin gündeme gelmesiyle egemenlik kavramı, klasik mutlakçı anlayışından ziyade artık sınırlamalara tabi olan bir kavram olarak düşünülmeye başlanmıştır. XX. yüzyıla gelindiğinde egemenlik kavramı, iki dünya savaşının siyasete ve hukuka etkisiyle beraber tartışılmaya devam edilmiştir. Kavram günümüzde, özellikle Avrupa Birliği, küreselleşme, çok uluslu şirketler, iktidar, otorite ve insan hakları tartışmaları ekseninde dinamikliğini korumaktadır.

Schmitt ve Kelsen’in egemenlik kavramına bakış açıları oldukça zıt kutuplarda konumlanmıştır. Schmitt göre egemen; istisna haline karar veren ve dost-düşman ayrımı yaparak politik olanı belirleme tekeline sahip olan güçtür. Schmitt’in

amacı mevcut normların geçerli olmadığı ya da olabilecekleri öngöremediği durumlarda, kimin otoriteyi ve düzeni sağlayacağı sorusuna cevap bulmaktır. Kelsen'in amacı ise saf bir hukuk kuramı oluşturarak hukukun bağımsız bir bilim dalı olduğunu kanıtlamak ve buradan yola çıkarak hukukla bezenmiş egemenlik gibi aşkın ve soyut kavramları, hukukun dışına çıkarmaktır. Çünkü bu tür kavramlar Kelsen'e göre, ideolojik arka planı olan ve siyasetin alanına giren, hukuk açısından herhangi bir değer ifade etmeyen kavramlardır. Ancak Schmitt'e göre hukuku siyasetten bağımsız görmek bizzat hukukun sorunlarını görmezden gelmek demektir.

Schmitt, egemenliği bir kurgu olarak görmez, tam aksine gerçek ve somut düzenle çakışan bir olgu olarak görür. Schmitt'in olaylara bu şekilde bakmasındaki en büyük sebep, pratik ve somut meseleler üzerine kafa yorması ve çıkış yolları aramasıdır. İstisna haline karar vermek; neyin olağan olup olmadığını belirlemektir, neyin tehlike olduğunu söyleme tekeline sahip olmaktır ve halkın çıkarı adına yapılması gerekeni söyleme gücüne tek başına sahip olmaktır; özetle egemen olmaktır. Egemen asla olağan şartlar altında ortaya çıkmaz. Çünkü olağan zamanlarda kurulu düzen devam eder, normlar geçerliliğini korur ve uygulanabilir. Ancak temel sorun, istisnai durumlarda patlak verir; hukukun geçerli olmadığı, olabilecekleri öngöremediği, kimin ne adına hareket ettiğinin belirsiz olduğu ve sonuç itibarıyla devletin varlığının tehlikeye düştüğü anlarda. Schmitt'e göre böylesi anlarda yapılması gereken, tüm normatif bağlardan kurtularak varoluşsal olanı korumaktır. Neyin varoluşsal olduğunu halk en başından politik birliğini kurarken, kurucu irade olarak kararlaştırmıştır. Somut ve çağa bağlı bir kavram ve yapı olan devlet, politik birliğin somut bir düzene dönüşmüş halidir. Egemen ise bu kararı bilen ve bu karara göre hareket eden kimsedir. Eğer ki halkın politik birliğine karşı bir tehdit varsa, burada mevcut hukuk sona ermiş demektir. Aksi takdirde daha sonra hukuku uygulayacak ne devlet ne de insan kalmış olacaktır. Bu noktada egemenin yapması gereken şey, böyle bir tehlikenin varlığına karar vermesi, bu süreçte tehlikeyi oluşturan düşmanı tayin etmesi ve istisna haline karar verip, normatif bağlardan kurtularak varoluş mücadelesine girmesidir.

Kelsen ise egemenlik kuramının kişisel kararda ifade bulunduğunu ve tamamen yönetsel bir keyfiliğe yol açacağını savunmaktadır. Egemen irade demek, hukuku öznelştirmek demektir. Oysa Kelsen'in, Saf Hukuk Kuramı aracılığıyla hukuku

oturtmaya çalıştığı konum, öznellikten ve kişisellikten uzak genel bir kuramdır. Bu yüzden Kelsen, devletle alakalı tüm özellikleri hukuk bağlamında açıklamaya özen gösterir. Kelsen'e göre devlet, gücünü ancak hukuk aracılığıyla kullanabilir. Hukuki olarak yetkilendirilmeyen hiçbir güç, devlet gücü niteliği kazanamaz. Bu yüzden egemenlik diye bir şeyin varlığı kabul edilecekse bile sonuçta o da hukuka tabidir. Hukuk olmadan devlet anlaşılabilir, hukuki olarak düşünülmemeyen şey devlet değildir. Devleti diğer sosyal ve siyasal organizasyonlardan ayıran temel özelliği hukuka tabi olması, hukuki bir formda olmasıdır. Herhangi bir eylemin devlet adına ya da -Kelsen'in sevmediği bir ifadeyle- devlet gücüyle yapılması esasında eylemin hukuki olarak tanımlanmasına bağlıdır. Kelsen göre, hukuk dışında bir devlet tanımı düşünülemez ve hukuka dayanmayan, hukuktan önce ve üstün bir devlet anlayışı mümkün değildir. Doğal olarak egemen ya da egemenlik de hukuka tabidir ve tam da bu yüzden, egemenlik diye bir şey yoktur.

Kelsen'e göre bir insanın devletle olan bağı ancak hukuki olarak kurulabilir. Çünkü birey ve devlet arasındaki bağ, ideolojik bir bağ değil hukuki bir bağıdır. Hukuk hem bireyi hem de devleti hukuk temelinde tanımlayarak aralarında ilişki kurar. Bunun dışında herhangi bir ilişkiden söz etmek olanaksızdır. Vatandaş olmak demek, hukuki bir tanımlamayla tanımlanmak demektir, vatandaşlık siyasi ya da duygusal bir tanımlama değildir. Schmitt ise böylesine "biçimsel" bir tanımlamayı asla kabul etmez. Devlet ve birey arasındaki bağ, siyasal kavramı temelinde kurulur. Politik karar devlete kimliğini verir ve halk, politik kararı veren öznedir. Bu birliği sağlayan temel nitelik etnik, dini, kültürel ya da ideolojik olabilir. Önemli olan bu birliğin tözsel olması ve düşmanını tanımlayabilmesidir. Liberal bir anlayışla, politik olanın içinin boşaltılması devleti temelsiz bırakmaktadır. Buna karşın Kelsen'e göre demokrasinin yani sınırsız ifade özgürlüğünün ve olabildiğince çok bireysel iradelerin hayat bulduğu bir düzen; olması gereken düzendir. Kelsen totaliter yapılardan oldukça çekinir. Bu yüzden hukuku, bir kişinin iradesine bağlayan iradeci görüşlerden kurtarmaya çalışır. Kendisi liberal nitelmesini pek dile getirmese de, Schmitt tarafından kof bir liberallikle suçlanmasının sebebi budur.

Schmitt'in Kelsen'den ayrıldığı bir diğer nokta parlamentoların işlevi ve demokrasinin tanımı konusudur. Schmitt'in parlamento konusundaki olumsuz eleştirilerine karşın Kelsen, bu kurum ve kavramlara daha olumlu yaklaşır. Kelsen

devletin ya da ulusun özgün iradesi olacağına inanmaz, egemenlik gibi bu tür soyut kavramlara da itibar etmez. Gerçekte var olan, insanların kısmi iradeleridir ve bu iradelerin karşılık bulacağı yerler de parlamentolardır. Parlamentarizmin türlerinden ziyade özü önemlidir. Parlamentarizm, bütün topluluk adına karar verici bir önderin, kurtarıcının ya da devlet başkanının karşısına, ilkesel olarak çoğunluğu koymak ve bireysel iradeleri ön plana çıkarmaktır. Demokrasi parlamentarizmle aynı doğrultuda tekil iradelerin ifade özgürlüğünün otokrasiye karşı güvence altına alınmasıdır. Schmitt'e göre Kelsen'in yaptığı modası geçmiş ve içi boşaltılmış liberalizmi sürdürmekten ibarettir. Demokrasi ise Kelsen'in savunduğunun aksine, yöneten ve yönetilen arasındaki özdeşliğe dayanır. Gerçek bir demokraside yöneten ve yönetilen arasında niteliksel bir fark yoktur, demokrasinin ilk koşulu tözsel eşitliğin sağlanmasıdır. Demokrasi için, parlamenter sistem var olmak zorunda değildir. Yasa, yine Kelsen'in tersine, somut bir iradenin ürünüdür, buyruktur ve egemenlik edimidir; egemen, demokraside halkın iradesidir. Ancak halk adına, halk için ve bazen de halka rağmen karar verecek daha üstün bir egemen güç, her zaman vardır.

Kelsen ve Schmitt arasında kuramsal açıdan önemli farklılıklar olmasına rağmen bazı benzerliklere rastlamak mümkündür. Öncelikle iki düşünürün göre hukukun kaynağında iradi eylem vardır. Normları vaz eden insanlardır, bu sebeple normlar insani ve iradi bir edimle oluşturulurlar. Ancak Kelsen, normları koyanın iradi bir edim olduğunu inkâr etmese de bu aşamadan sonra Schmitt'ten ayrılır. Kelsen normlarla, onları koyan iradi edimleri birbirinden bağımsız düşünür. İradi edimin bir norma geçerlilik kazandıramayacağını, bir normun ancak başka bir normla geçerlilik kazanabileceğini savunur. Olgulardan normatif olan, olandan olması gereken çıkarılamaz. Bu yüzden norm, iradi bir edimle ortaya korsa da, ortaya konulan şeyin bir norm olması yine başka bir norma başvurularak anlaşılabilir. Eğer böyle olmasaydı, insanların iradi edimlerinin hangilerinin hukuk normu olduğunu, hangilerinin olmadığını değerlendirecek bir ölçüt olmazdı. Vergi memurunun para talep etmesi ve bunu tahsil etmesini hukuki ve meşru yapan şey, o kişinin vergi memuru olarak yetkilendirilmesinden başka bir şey değildir. Bu yetkilendirme hiyerarşisi devlete kadar gider ve devleti de aşar. Çünkü normların geçerliliklerinin nihai olarak yine bir norma dayanmasını sağlayan temel, Grundnorm'dur. Doğal hukuk düşüncesine kapı aralamak istemeyen pozitivistler için, temel normun

(Grundnorm) varsayılması zorunluluktur. Hukuka hukuktan başka kaynak ve dayanak bulmamak, temel normu varsaymayı zorunlu kılmaktadır. Eğer Kelsen temel normun mahiyetine ilişkin bir şey söylemiş olsaydı bahsedilen dayanak hukuk dışında aranabilirdi. Kelsen bunu yapmayarak hem temel normun içeriğinin doldurulması konusunda büyük bir özerklik sağlamıştır hem de kuramının pozitivist niteliğine hanel getirmemeye çalışmıştır. Yoksa iradi edimi tamamen hukukun dışına çıkarmak gibi bir durum, Kelsen için bile söz konusu değildir. Kelsen'in temel hedefi; hukuku kişisellikten sıyrabilecek, her türlü ideolojinin ve harici bilimin hukuka etki etmesini önleyebilecek, öngörülebilir, değişmez bir hukuki sistem kurmaktır. Özetle hukukun egemenliği sağlanarak düzenin tesis edilmesidir.

Schmitt de Kelsen de fetih ve işgalin kurucu iktidar misyonuna büyük önem vermiştir. Schmitt fethedenin hukuku yapacağını söyler. Kim fethetmişse, kim sistemi kurmuşsa hukukun yaratıcısı da odur. Hukukun kaynağında fetheden ve yeni sistemi kuran irade vardır. Kelsen de -Schmitt'le tam olarak aynı perspektiften bakmasa da- bu konudaki yorumuyla Schmitt'e yaklaşır. Kelsen'e göre yeni bir anayasa yapmanın tek yolu fetih ya da darbedir. Yani sadece hukukun öngördüğü şartlar haricinde bir müdahale olursa, hukuk sistemi çökmüş demektir. Bu müdahale, temel normu dahi değiştirebilecek ölçüde etkili olabilir. Hukuk sisteminin yeni baştan kurulması bağlamında fetih ve işgale biçilen rol, her iki düşünürde de benzerdir. Ancak Schmitt, hukukun kaynağı olarak kararı gördüğü ve hukuku, iradi edimden bağımsız görmediği için Kelsen'in aksine fethin misyonuna temel bir önem verir. Kelsen olguyu inkâr etmemek adına iradi edimi kabul eder ancak hemen ardından, norm ve iradi edimi birbirinden ayırır. Fakat Schmitt bu ayrımı yapmaz. Schmitt'e göre hukukun her aşamasında irade ve politik olarak karar verme vardır.

İki kuramcı açısından benzer bir diğer nokta da anayasaların değiştirilemez ilkelerinin varlığını kabul etmeleridir. Kelsen'e göre anayasa sıradan bir yasa değildir, değiştirilmesi için sıradan bir yasaya oranla çok daha zor şartlar olmalıdır. Anayasa asla diğer normlarla eş tutulmamalıdır. Schmitt'e göre de anayasanın değiştirilemez ilkeleri mevcuttur. Ancak iki düşünür arasında önemli bir fark ortaya çıkar. Kelsen anayasayı sadece yazılı anayasa olarak değerlendirir ve anayasanın temel ilkelerini, yürürlükteki anayasaya içkin olarak düşünür. Schmitt ise anayasayı yazılı anayasadan daha üstte, halkın politik kararı olarak görür. Halkın politik

kararının tüm ilkelerinin yazılı anayasada olması gerekmez. Bu yüzden Schmitt, bu ilkeleri hukuki değil politik olarak değerlendirir. Bu yaklaşım farklılığının bir sonucu olarak Kelsen, anayasayı Anayasa Mahkemesi'yle yani hukuka (yasallığa) uygunlukla korumayı önerirken Schmitt, anayasanın politik olarak egemen irade tarafından korunması gerektiğini öne sürer. Kelsen olaya tamamen hukuki zaviyeden bakarken Schmitt siyasal kavramı temelinde, meşruluk açısından bakar. İkili arasındaki ihtilafların temeli burada yatar.

Schmitt'in 'egemeni', istisna halinde otorite olarak kalabilen iradedir. Egemen irade son ana kadar ayakta kalır. Halk tarafından son sözü söyleme mercii olarak kabul edilir. Son kararı veren egemendir. Bu irade bir kişi olabilir, bir kurul olabilir, bir devlet organı olabilir. Schmitt için egemen, döneminin şartları göz önüne alındığında, tüm diğer devlet organlarından bağımsız şekilde ve onlara üstün olarak konumlanmış devlet başkanlığında karşılığını bulur. Schmitt devleti kimliksiz, ruhsuz ve tarafsız olarak değerlendirmez. Haklın politik birliğinin somut düzeni olarak devletin, bir kimliği ve tercihi olmalıdır. Bu kimlik ve tercih, varoluşsal sınırdadır ve dokunulacak en son noktadır. Schmitt için devletlerin değişmez dayanak noktaları olmak zorundadır. Egemen irade bu dayanak noktalarından yola çıkarak, gerektiğinde hukukun da üzerine çıkarak ilgili dayanak noktalarının sarsılmasını engellemelidir. Ancak hukukun üstüne çıkması demek anarşi durumuna yol açmak demek değildir. Hukuksal anlamda bir düzen hala mevcuttur çünkü egemen, otoritesini ortaya koymuştur. Hukukun egemen için bağlayıcı olmaması demek, egemenin kararlarının devlet ve halk nezdinde bağlayıcı olmaması demek değildir. Kuralsızlık yoktur, bir kural vardır, ancak bu kural mevcut hukuk normları değil egemenin kararlarıdır. Bu kararlar meşrudur çünkü politik varoluşu muhafaza etmek için verilir. Hukuki çerçeve içinde kalınarak politik varoluş korunamaz. Politik saldırılara karşı ancak politik olarak savunma yapılabilir. Schmitt'in temel iddiası burada gündeme gelir. Egemen irade ile halk özdeşleşmiştir, bu özdeşlik ne kadar sağlanmışsa egemen o kadar meşrudur. Politik karar alındıktan sonra mevcut hukuk düzeni kurulsa da, egemen ve halk arasında tözsel birlik kurulduğundan dolayı her zaman devletin temel ilkeleri kapsamında bir mutabakat mevcuttur. Bu ilkeler olağan durumlarda gündeme gelmez, olağan durumlarda

olağan hukuk sistemi düzeni tesis eder. Ancak istisnai durumlarda egemen irade ile politik birlik olan halk arasındaki mutabakat gün yüzüne çıkar.

Schmitt istisna halinde hukukun askıya alınacağını ve egemenin düzeni sağlayacağını savunur. Kelsen ise istisna halini olabildiğince hukuki tanımlamanın içine sokmaya çalışır. İstisna halini aslında hukukun öngördüğü bir duruma dönüştürmeye çabalar. Bu yüzden anayasada, istisna halinin olabildiğince ayrıntılı olarak tanımlanması taraftarıdır ve o durumda neler yapılabileceğini, kimin hangi konuda ne kadar yetkili olduğunu belirlemeye çalışır. Esasında bu tanımlama, ne kadar yeterli olsa da tam olarak kapsayıcı olamaz. Pratikte iki düşünürün de söyledikleri aynı sonuca varır. İstisna hali anayasada tanımlansa bile yine de istisna olma özelliğini kaybetmez. Olağanüstü yetkilerin aşırı şekilde artırılmış ve hakların kısıtlanmış olduğu gerçeği, bunların anayasada belirlenmesiyle yok olmaz. Ancak ne adına bu hakların kısıtlandığı sorusu Kelsen’de cevapsızdır. Eğer hukuki düzen adınaysa hukuk çiğnenerek hukuki düzeni sağlamak mümkün olabilir mi? Schmitt bu yüzden konuyu politik alana taşır ve hakların ne adına kısıtlanacağını, hukukun ne adına askıya alınacağını ve egemenin ne adına yetkiyi eline alacağını belirtir.

Kelsen yasallık ve hukukilik dairesi içinde kalmaya özen gösterirken; Schmitt, meşruiyet dairesinde kalmayı tercih eder. Kelsen’in bakış açısı istisna hallerinde yani devletin varoluşunun tehlikede olduğu durumlarda, devleti müdafaa etmek için yetersizdir. Pratik durumlarda kuramdan taviz verilmek zorunda kalınabilir. Ancak Schmitt’in meşruluk temelinde tüm yetkileri egemene vermesi de sınırsız bir yönetsel keyfiliğe kapı aralayabilir. Meşruluk yorumlanabilir ve ucu açık bir şeydir ve egemen irade kendi kendisini meşrulaştırabilir. Bu meşrulaştırma ise Kelsen’in korktuğu bireysel ve keyfi yönetsel sistemlere kapı aralanması anlamına gelir. İki düşünürün de amacı, mevcut siyasal ve hukuksal düzen içerisinde en ideal olana ulaşabilmektir. Ancak şurası bir gerçektir ki hiçbir kuram kusursuz değildir. Kuramların kusurlu olmasına bir de insanların kusurları eklendiğinde egemenliğin hukukta mı, halkta mı yoksa devlet başkanında mı olduğunun bir önemi kalmayabilir. Bu tezin amacı bu konuda mutlak bir sonuca varmak değildir. Sadece bu konulara düşünsel bir merak uyandırmaktır, çünkü insan var olduğu sürece egemenlik hakkındaki tartışmalar da var olacaktır.



KAYNAKÇA

- ABADAN Nermin, “Constant ve Tarafsız Kuvvet Nazariyesi”, *AÜSBFD*, Cilt 7 Sayı 01, Ankara 1952, ss. (195-217).
- ACAR Ali, “(Yeni) Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir?” *Çankaya University Journal of Law*, 8/2, Ankara Kasım 2011, ss. (109–131).
- AGAMBEN Giorgio, “Olağanüstü Hal”, Çev. Ferit Burak Aydar, (Der. Aykut Çelebi), *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, Metis Yayınları, İstanbul 2014, ss. (165-174).
- AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, “Dünyevi İktidara Doğru”, (Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları), *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, ss. (263-288).
- AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, “Jean Bodin: Egemenlikle Donatılan Devlet”, (Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları), *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, ss. (401-416).
- AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, KÖKER Levent, *İmparatorluktan Tanrı Devletine Siyasal Düşünceler*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 1991.
- AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, KÖKER Levent, *Tanrı Devleti'nden Kral-Devlete Siyasal Düşünceler*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2013.
- AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2010.
- AKAL Cemal Bali, *Hukuk Nedir?*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2017.
- AKAL Cemal Bâli, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2016.
- AKBAŞ Kasım, “Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı”, (Ed. Ertuğrul Uzun), *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, İthaki Yayınları, İstanbul 2017.
- AKBAY Muvaffak, “Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi”, *AÜHFD*, Sayı:1 Cilt:4, Ankara 1947, ss. (29-47).
- AKKAYA KİA Rukiye, *Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.

- AQUINUM'LU THOMAS, "Toplu Dinbilim'den Seçme Parçalar," Çev. Mete Tunçay, (Der. Mete Tunçay), *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi: Eski ve Orta Çağlar*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, ss. (439-462).
- ARAL Vecdi, "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", *İÜHFİM*, Cilt 34, Sayı 1-4, İstanbul 1968, ss. (513-552).
- ARI Tayyar, *Uluslararası İlişkiler Teorileri*, MKM Yayıncılık, Bursa 2011.
- BAUME Sandrine, "On political theology: A controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt", *History of European Ideas*, 35 (2009), ss. (369-381).
- BERİŞ Hamit Emrah, *Egemenlik; Bir Kavramın Geçmişi, Bugünü ve Geleceği*, Tezkire Yayıncılık, İstanbul 2014.
- BEZCİ Bünyamin, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi*, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2006.
- BLOCH Marc, *Feodal Toplum*, Çev. Melek Fırat, Kırmızı Yayınları, İstanbul 2007.
- BOBBIO Norberto, "Kelsen ve Hukukun Kaynakları", Çev. Bige Açımız, (Der. Cemal Bâli Akal), *Devlet Kuramı*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, ss. (459-469).
- BODIN Jean, *Six Books Of The Commonwealth*, Abridged and Translated by M. J. TOOLEY, Basil Blackwell, Oxford 1955.
- BRANCOURT Jean-Pierre, "Estat'lardan Devlete: Bir Sözcüğün Evrimi", Çev. Beki Haleva, Pınar Güzelyürek, (Der. Cemal Bâli Akal), *Devlet Kuramı*, Ankara 2013, ss. (177-190).
- CALVIN Jean, "Hristiyan Dininin Öğretisi'nden Seçme Parçalar", Çev. Şahin Alpay, (Der. Mete Tunçay), *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi: Yeni Çağ*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002, ss. (85-97).
- CARR, Edward Hallet, *Yirmi Yıl Krizi (1919-1939)*, Çev. Can Cemgil, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.
- CEVİZCİ Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, Paradigma Yayınları, İstanbul 1999.

- COTTERRELL Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, Çev. Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2018.
- ÇELEBİ Aykut, “Siyaset Kaderimizdir: Carl Schmitt ve “Siyasal Kavramı”, *Siyasal Kavramı*, Çev. Ece Göztepe, Metis Yayınları, İstanbul 2018, ss. (9-29).
- ÇETİN Halis, “Modern Devletin Egemenlik (Kurucu İktidar) Döngüsü”, *Abant İzzet Baysal Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* (5) 2002, ss. (56-75).
- ÇETİN Halis, GÖRÜŞÜK Levent, “Hristiyanlığın Siyasal Dili”, (Ed. Hamit Emrah Beriş-Fatih Duman), *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Orion Kitabevi, Ankara 2016, ss. (221-272).
- ÇETİN Halis, *Modernleşme Krizi: İdeoloji ve Ütopya arasında Türkiye*, Orion Yayınevi, Ankara 2007.
- ÇİĞDEM Ahmet, *Aydınlanma Düşüncesi*, İletişim Yayınları, İstanbul 2013.
- DAĞDELEN İlhan, “Devlet Bilimi Metodolojisi “Hans Kelsen’in Saf Hukuk Kuramı ve Devlet Anlayışı”, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi* ISSN: 1303-5134, Ankara 2004, ss. (1-44).
- DELACROIX Sylvie, “Schmitt’s Critique of Kelsenian Normativism”, *Ratio Juris*, Vol. 18 No. 1, March 2005, ss. (30-45).
- DEMİRKENT Dinçer, “Anayasal Kuruluş Konusunda Kapanmayacak Tartışma: Hannah Arendt ve Carl Schmitt’te Kurucu İktidar Sorunu”, *Mülkiye Dergisi*, 39(3), Ankara 2015, ss. (89-122).
- DOEHRING Karl, *Genel Devlet Kuramı*, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi Yayın Sanayi ve Ticaret AŞ, İstanbul 2018.
- DOĞAN D. Mehmed, *Büyük Türkçe Sözlük*, İz Yayıncılık, İstanbul 1996.
- DUGUIT Léon, “Egemenlik ve Özgürlük”, Çev. Didem Köse, Sedef Koç, (Der. Cemal Bâli Akal), *Devlet Kuramı*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, ss. (379-400).
- DUMONT Louis, “Bireycilik Üzerine Denemeler: Doğuş. XIII. Yüzyıldan Başlayarak Siyaset Kategorisi ve Devlet”, Çev. Hülya Tufan, (Der. Cemal Bâli Akal), *Devlet Kuramı*, Ankara 2013, ss. (141-174).

- DURMAZ Samiye, “Yüksek Ortaçağ’da Papa-İmparator Çatışması: Kılıç ile Âsâ’nın Savaşı”, *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Çankırı 1(2010), ss. (93-120).
- DYZENHAUS David, “Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought”, *Theoretical Inquiries in Law* 16:2 - 2015, ss. (337-366).
- DYZENHAUS David, “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”, *American Political Science Review*, Vol. 91, No. 1 March 1997, ss. (121-134).
- DYZENHAUS David, *Legality and Legitimacy*, Clarendon Press, Oxford 1997.
- EBENSTEIN William, *Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri*, Çev. İsmet Özel, Şûle Yayınları, İstanbul 2009.
- ERDOĞAN Mustafa, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Liberte Yayınları, Ankara 2004.
- ERDOĞAN Mustafa, *Aydınlanma, Modernlik ve Liberalizm*, Orion Yayınevi, Ankara 2006.
- GÖZLER Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Yayıncılık, Ankara 1998.
- GÖZLER Kemal, *Kurucu İktidar*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 1998.
- GÖZTEPE Ece, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in “Anayasa Öğretisi”, *İÜHFİM*, C. LXXIII, S. 1, İstanbul 2015, ss. (129-180).
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- GUMPLOVÁ Petra, “Law, Sovereignty and Democracy: Hans Kelsen’s Critique of Sovereignty”, *Third Central and Eastern European Forum for Young Legal, Social, and Political Theory*, 25-26 March 2011, Belgrade, ss. (1-25).
- GÜRİZ Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2017.
- HAKYEMEZ Yusuf Şevki, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- HAS Kenan, “Teolojik Bazı Kavramlar Ve Dinsel-Seküler Otorite Sorunu Üzerine: Luther – Calvin”, *Tarih Okulu Dergisi (TOD)*, Mart 2014 Yıl 7, Sayı XVII, ss. (253-273).

- HEYWOOD Andrew, *Siyaset Teorisine Giriş*, Çev. Hızır Murat Köse, Küre yayınları, İstanbul.
- HOBBS Thomas, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2018.
- HUBERMAN Leo, *Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla*, Çev. Murat Belge, İletişim Yayınları, İstanbul 2010.
- JABLONER Clemens, “Kelsen and his Circle: The Viennese Year”, *European Journal of International Law*, 9 (1998), ss. (368-385).
- KARABÖCEK Can, *Modern Devlette Egemenlik Sorunu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011.
- KARDEŞ M.Ertan, *Schmitt’le Birlikte Schmitt’e Karşı*, İletişim Yayınları, İstanbul 2015.
- KELSEN Hans, “Adalet Nedir?”, Çev. Ali Acar, *TBB Dergisi*, 2013 (107), Ankara 2013, ss. (431-454).
- KELSEN Hans, “Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)”, Çev. Yasin Sönmez, *AÜHFD*, 64 (3) 2015, Ankara 2015, ss. (857-914).
- KELSEN Hans, “Mahz Hukuk Nazariyesi Nedir?”, Çev. Orhan Münir Çağlı, *İÜHFM*, Cilt 22, Sayı 1-4, İstanbul 1957, ss. (398-417).
- KELSEN Hans, “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği”, Çev. Cemal Bâli Akal, (Der. Cemal Bâli Akal), *Devlet Kuramı*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, ss. (425-456).
- KELSEN Hans, “Sovereignty”, (Ed. Stanley L. Paulson, Bonnie L. Paulson), *Normativity and Norms*, Calendon Press- Oxford 1998, ss. (525-536).
- KELSEN Hans, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul 2016.
- LADAVAC Nicoletta Bersier, “Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography”, *European Journal of International Law*, 9 (1998), ss. (391-400).
- MACHIAVELLI Niccolo, *Hükümdar*, Çev. Necdet Adabağ, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2011.

- MAIRET Gêrard, “Padovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu”, Çev. Cemal Bâli Akal, (Der. Cemal Bâli Akal), *Devlet Kuramı*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, ss. (215-242).
- NOHUTÇU Ahmet, BEKTAŞ Mücahit, “Yeni Anayasa Tartışmaları Etrafında Kurucu İktidar, Kurucu Meclis ve Referandum Kavramlarının Analizi”, *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, Mart 2017, ss. (1-23).
- ÖKTEM Niyazi, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1988.
- ÖZYÜKSEL Murat, *Feodalite ve Osmanlı Toplumunu*, Derin Yayınları, İstanbul 2007.
- PAULSON Bonnie Litschewski & PAULSON Stanley. L, “Kelsen’in Hukuk Bilimindeki Yeri Üzerine”, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul 2016, ss. (161-196).
- PAULSON Stanley L, “Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the “Guardian” Controversy of 1931”, (Ed. Jens Meierhenrich And Oliver Simons), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press 2016, ss. (510-546).
- PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- PIRENNE Henri, *Ortaçağ Avrupası’nın Ekonomik ve Sosyal Tarihi*, Çev. Uygur Kocabaşoğlu, İletişim Yayınları, İstanbul 2010.
- POGGI Gianfranco, *Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım*, Çev. Şule Kut-Binnaz Toprak, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2016.
- PŘIBÁŇ Jiří, “Self-Reference of the Constitutional State: A Systems Theory Interpretation of the Kelsen-Schmitt Debate”, *Jurisprudence* 2:2 (2011), ss. (309–328).
- RAZ Joseph, “Kelsen’in Temel Norm Kuramı”, Çev. Şule Şahin Ceylan, *AÜHFD*, 62 (4) 2013, Ankara 2013, ss. (1169-1193).

- RIGAUX François, “Hans Kelsen on International Law”, *European Journal of International Law* 9, 1998, ss. (325-343).
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Toplum Sözleşmesi*, Çev. Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2012.
- RUTHERS Dres. H.c.Bernd, “20'nci Yüzyılın Siyasi Düşünürü: Carl Schmitt”, Çev. Hüseyin Özcan-Muaz Şeker, *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, Eylül 2-2006 YIL: 9, ss. (135-145).
- SALISBURY'Lİ JOHN, “Devlet Adamının Kitabı'ndan Seçme Parçalar”, Çev. Nuri Çolakoğlu, (Der. Mete Tunçay), *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi: Eski ve Orta Çağlar*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, ss. (391-422).
- SANDER Oral, *Siyasi Tarih (İlkçağlardan 1918'e)*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2015.
- SCHMITT Carl, “Somut ve Çağa Bağlı Bir Kavram Olarak Devlet”, Çev. Bertil Emrah Oder, (Der. Cemal Bâli Akal), *Devlet Kuramı*, Ankara 2013, ss. (245-254).
- SCHMITT Carl, *Kanunilik ve Meşruiyet*, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, İstanbul 2018.
- SCHMITT Carl, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2010.
- SCHMITT Carl, *Partizan Teorisi*, Çev. Sibel Bekiroğlu, Nika Yayınevi, Ankara 2017.
- SCHMITT Carl, *Siyasal Kavramı*, Çev. Ece Göztepe, Metis Yayınları, İstanbul 2018.
- SCHMITT Carl, *Siyasi İlahiyat*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2014.
- SUGANAMI Hidemi, “Understanding Sovereignty Through Kelsen/Schmitt”, *Review of International Studies*, (2007)-33, British International Studies Association, ss. (511–530).

- ŞENEL Alâeddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2004.
- TURHAN Mehmet, “Hans Kelsen’e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3 Sayı 1, Ankara 2018, ss. (203-226).
- VINX Lars, *The Guardian Of The Constitution: Hans Kelsen And Carl Schmitt On The Limits Of Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.
- WALLERSTEIN Immanuel, *Modern Dünya Sistemi 1*, Çev. Latif Boyacı, Yarı Yayınları, İstanbul 2010.
- YALÇINKAYA Ayhan, “Orta Çağ ve Feodalite: Bitmeyen Tartışma ve Siyasal Düşünce”, (Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları), *Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi*, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, ss. (235-262).
- ZEYBEKOĞLU Ali Emre, *Carl Schmitt’in 20. Yüzyıl Devlet Ve Siyaset Kuramına Katkısı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi İstanbul 2009.

ÖZ GEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı : İbrahim BULDUR
Uyruğu : T.C.
Doğum Tarihi ve Yeri : 1992/Sivas
e-posta : ibuldur@cumhuriyet.edu.tr

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Yılı
Lisans	İstanbul Üniversitesi/Siyasal Bilgiler Fakültesi/Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler	2015
Yüksek Lisans	Sivas Cumhuriyet Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü/Kamu Yönetimi Anabilim Dalı	2019

İŞ TECRÜBESİ

Tarih	Kurum	Görev
08.09.2017	Sivas Cumhuriyet Üniversitesi	Araştırma Görevlisi

YABANCI DİL BİLGİSİ

Yabancı Dilin Adı YDS (71.25) YÖKDİL (96.25)