

Keyifli Okumalar Dileriz

Binlerce kategoride milyonlarca PDF e-kitap, ders kitapları, dergiler ve romanlara platformumuz üzerinden ücretsiz ulaşabilirsiniz.

RESMİ WEB SİTEMİZ

<https://rantey.org>

Yedek ve Duyuru Kanallarımız

Sitemize erişim engeli gelmesi veya adres değişikliği durumunda aşağıdaki kanallardan güncel giriş adresine erişebilirsiniz:

- Telegram: <https://t.me/birkitapbir>
- WhatsApp Kanalımız : <https://whatsapp.com/channel/0029VbDHv8uE50Us4lvMoc0Y>

KURUCU İKTİDARIN ELEŞTİRİSİ

ANAYASANIN MADDİ VE FAİL NEDENİ



O. VAHDET İŞSEVENLER



PINHAN

hukuk

PİNHAN YAYINCILIK

Litros Yolu, Fatih San. Sitesi No: 12/214-215

Topkapı/Zeytinburnu İstanbul

Tel: (0212) 259 27 60 Faks: (0212) 565 16 74

www.pinhanyayincilik.com

info@pinhanyayincilik.com

Sertifika No: 40676

© Pinhan Yayıncılık, 2019

© Osman Vahdet İşsevenler 2019

Birinci Basım: Ağustos 2019

Genel Yayın Yönetmeni: Mahmut Sever

İç Görseller: İlker Tepe

Dizgi: Özlem Sümbül

Teknik Hazırlık, Baskı ve Cilt:

Yaylacık Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.

Litros Yolu Fatih San. Sitesi No: 12/197-203

Topkapı-İstanbul Tel: (0212) 567 80 03

Sertifika No: 11931

Pinhan Yayıncılık: 212 Hukuk Dizisi: 8

ISBN: 978-605-9460-94-1

Bu kitabın tüm yayın hakları saklıdır. Tanıtım amacıyla, kaynak göstermek şartıyla yapılacak kısa alıntılar dışında gerek metnin, gerek görsel malzemenin yayınevinden izin alınmadan herhangi bir yolla çoğaltılması, yayımlanması ve dağıtılması 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun hükümlerine aykırıdır ve hak sahiplerinin maddi ve manevi haklarının çiğnenmesi anlamına geldiği için suç oluşturur.

**Kurucu İktidarın Eleştirisi:
Anayasanın Maddi ve Fail Nedeni**

Osman Vahdet İşsevenler





İçindekiler

Önsöz ◆ 7

Giriş ◆ 11

1. Bölüm

Anayasadan Anladığımız ◆ 23

1.1. Anayasacılığın Paradoksu: Kurucu İktidar ve Anayasa ◆ 23

1.2. Anayasanın Anlamları ◆ 29

1.2.1. Anayasa terminolojisi ◆ 29

1.2.2. Anayasa Sınıflandırmaları ◆ 33

1.2.3. Anayasanın Modern Öncesi Anlamları ◆ 42

1.2.4. "Anayasa Nedir?" Sorusu ◆ 53

1.3. Anayasanın Onto-teleolojisi ◆ 63

1.3.1. Anayasanın Maddesi ◆ 67

1.3.2. Anayasanın Formel ve Teleolojik Nedeni ◆ 74

2. Bölüm

Carl Schmitt'te Kararcılık ve Kurucu İktidar ◆ 85

2.1. Karar Olarak Hukuk ◆ 86

2.2. Kararın Öznesi: Egemen ◆ 92

2.3. Kararın Siyasi Konusu: Dost-Düşman Ayrımı ◆ 97

2.3.1. Siyasal Olan ◆ 97

2.3.2. Kararcılığın Eleştirisi 1: Dostluğun İkincilliği yahut
Polemiksel versus Apofantik ◆ 100

2.4. Kararın Hukuki Konusu: Anayasa ◆ 115

2.5. Kararın Dayanağı Olarak Kurucu İktidar ◆ 123

2.5.1. Diktatöryal Egemenlik ◆ 123

2.5.2. Kararcılığın Eleştirisi 2: İktidarın İlkesine
Karşın Kullanımı ◆ 130

2.5.3. Kararcılığın Eleştirisi 3: İrade Yahut Akıl ◆ 143

3. Bölüm

Arendt'te Otorite ve Kurucu İktidar:

Özgürlüğün Kuruluşu ♦ 151

3.1. Genel Olarak ♦ 151

3.2. Özgürlük Sorunu ♦ 153

3.3. Anayasal Kuruluş ♦ 160

3.3.1. Genel Olarak ♦ 160

3.3.2. Federal İlke ve Kurucu İktidar ♦ 162

3.3.3. Otorite ve Kurucu İktidar ♦ 171

4. Bölüm

Anayasa Kurabilen İktidar:

potentiadan auctoritasa ♦ 203

4.1. Kurucu İktidarın Toplumsal Sırası

ve Temel Norm Meselesi ♦ 204

4.2. Tanınma ♦ 219

4.2.1. Toplumun Kendini Tanınması: Mit Aynası ♦ 219

4.2.2. Fertlerin Birbirini Tanınması ♦ 223

4.2.3. Denge Olarak Tanınma İlişkisi ♦ 234

4.3. Otorite ♦ 242

4.3.1. Kurucu İktidar ve Otorite ♦ 242

4.3.2. Anlamanın Bağlayıcılığına Antropolojik Örnek ♦ 246

4.3.3. İnancın Değişmeyen Rolü ve Otorite ♦ 248

4.3.4. Kurucu İktidar ve Anayasanın Otoritesi ♦ 254

Sonuç ♦ 259

Kaynakça ♦ 271

Önsöz

Bir iş ya bir başkasından görerek ya deneme yanılma ile ya da tamamen teorik öğrenime dayanılarak yerine getirilebilir. Bu işi becerebilmeniz, bir başkasına öğretebileceğiniz yahut neden ve nasıl yapılması gerektiğine dair bir izahta bulunabileceğiniz anlamına gelmez. Bunları yapabilmek için o iş hakkında düşünmeniz gerekir. Ne yaptığınızı, neden yaptığınızı, nasıl yaptığınızı sorgulamanız gerekir. Bu bağlamda felsefe bir farkındalık etkinliğidir; ne işle meşgulseniz o işi iyi yapmanızı temin eder. Elbette bir işin kendisi ile felsefesi, felsefe Antik Yunandaki anlaşılışından uzaklaştıkça, birbirinden farklıdır. Ahlak felsefesiyle uğraşmak ahlaklı, bilim felsefesiyle uğraşmak bilim insanı kılmaz. Kaldı ki bilim felsefesi bilim, hukuk felsefesi hukuk değildir. Yine de felsefe icra ediyorsanız bir konunuz olması gerekir, isterse bu konu felsefenin kendisi olsun. Herhangi bir şeyin hakkında düşünülebileceği gibi elbette felsefenin hakkında da düşünülebilir, düşünülmüştür. Tek tek hukukların ötesine geçip hukukun kendisi hakkında düşündüğünüzde bu, "hukuk nedir?" sorusunu cevaplamanızı ve hukuk icra edilirken bu cevabı ölçü aldığınızda ne denli iyi icra edildiğini ve nasıl iyi icra edilebileceğini görmenizi temin eder. Bu işi önemli ölçüde dil aracılığıyla yaparsınız; diliniz, kavramlarınız ve yönteminiz sizin araçlarınızdır. Aksiyolojiyle uğraştığınızda ister hukuk ister siyaset isterse de ahlak felsefesi icra edin, malzemeniz eylemlerdir, en geniş anlamıyla tarihtir. Dolayısıyla siz tarihi malzemeyi belirli kavramlar ve yöntem aracılığıyla değerlendirirsiniz.

Bu minval üzere konuya eğildiğimizde sorunumuz anayasa yapan iktidar olarak literatürde ifade bulan kurucu iktidarın anayasallığın teminiyle olan ilişkisini kavramsal düzeyde izah edebilmektir. Peşinen söyleyelim, kurucu iktidar yerine anayasanın maddi ve fail nedenleri önerilmektedir. Kurucu iktidar kavramı ortaya atıldığı ilk andan itibaren belirli bir meşruiyet anlayışını ima etmiştir. Aynı bakış açısından ana-

yasalar da, ülkenin hukukla yönetileceğini ve bu hukukun yönetilenlerce yapılacağını ifade eder. Diğer bir ifadeyle anayasalarla insanların, yönetim yetkisini haiz kurumlar kurdukları düşünülür. Dolayısıyla insanlar yani kurucu iktidar, kurumların yetkisinin hem kaynağı hem de sınırı konumundadır. Fakat bu nasıl mümkün olur? Bir iktidar bilhassa da kurucu iktidar ne demektir ki hukuki düzene kaynaklık edebilirsin? Daha genel ifade edecek olursak fiili olanla normatif olan arasındaki geçişli ilişki nasıl izah edilebilir? Yaptım oldu, biz bu işi böyle yaparız, bu iş böyle yapılacak vb. değil de hukuk gereği böyle yapılmalıdır aşamasına nasıl geliriz? İnsanlar nasıl olur da kendi koydukları kurallarla bağlı olur?

Kurucu iktidar, aşkın ilahi otoritenin ve onun sınırlayıcı etkisinin yitirildiği bir tarih döneminde ortaya çıkmak münasebetiyle bu sorunun cevabında özel bir yer teşkil eder. Otoritenin ilkesinin insanların üzerinde bir kaynaktan sistem içerisine çekilmesi otorite meselesini sorunlu hale getirir: Yasa nasıl olacakta insanların üzerine çıkacaktır? Bir diğer mesele anayasayı insanların yaptığını ifade etmek, meşrulaştırıcı bir söylem olabilir lakin “kurucu iktidar kimdir, nedir” sorusu cevaplanmadan (a) anayasayı bilfiil yapanlar, (b) anayasal düzene toplumsal dayanak teşkil eden nüfus ve onun bir araya geliş şekli yani toplum ve (c) anayasal düzen kurulduktan sonra da onun muhatabı olan yönetilenler arasındaki farklar yerli yerince ortaya konulmadığı takdirde bu söylem hoş bir belagat olmayı aşır kurumlarla, kuramsal planda yol gösterecek bir bilgi düzeyine erişemez.

Nitekim keyfiyetin değil yasaların yönetimini ifade eden anayasallık ve modern hukuki düzenin modern otorite, meşruiyet kaynağı olan kurucu iktidar adlandırmasının, hukukiliğin kuramsal izahında vazgeçilmez bir konumda olduğu kanaati bu çalışmanın gerekçesini ifade eder.

İçinden geçtiğimiz dönemde uluslararası literatürde kurucu iktidar anlatısına yönelik ilginin canlandığına şahit olmak-tayız. Türkiye’de de harici ve dahili etmenler neticesinde paralel bir ilgi hareketliliği gözlemlenebilmektedir. Gelgelelim zaten anayasa hukukunun konusu olduğuna kanaat edilmiş tali kurucu iktidara değil de kurucu iktidarın ilk anlamını ta-

şıyan ve uluslararası literatürde de kurucu iktidar denildiğinde anlaşılan asli kurucu iktidara yönelik, hukukilik ekseninde bir açıklamanın eksikliği de vakadır. Kurucu iktidarı hukuk felsefesinin konusu yapan bu çalışmanın söz konusu eksikliği gidermesini ummaktayız. Böylelikle hem hukukilik araştırmaları hem de kavramlar olmaksızın duyuların kör kalacağından bahisle anayasallık deneyimimiz için bir katkı sunulabileceğini düşünmekteyiz.

Osman Vahdet İşsevenler, Koşuyolu

Giriş

Herhangi bir olması gereken ifadesi yani norm, alelade bir kural nasıl olur da hukuk haline gelir? Diğer bir ifadeyle hukuk kuralını diğer kurallardan ayırt eden, hukukun diliyle ifade edecek olursak geçerlilik kriteri nedir? Yahut bir alışkanlık, tek taraflı bir uygulama vb. fiili durumlardan normatif olana nasıl geçilir? Bir başka soru, bir hukuk kuralının daha doğrusu hukukun kaynağı nedir? Diğer bir ifadeyle hukukun içeriği nasıl belirlenir veya hukukun içeriğini ne belirler, hukukun türetilme kriteri nedir? Bu sorunun devamı olarak, söz konusu içerik nasıl olmalıdır? Bu sorular, hukuk felsefesinin temel uğraşını özetler: Hukuk nedir ve iyi hukuk nedir? “İyi hukuk nedir?” sorusunu alışla geldik haliyle “olması gereken hukuk nedir?”, şeklinde de ortaya koyabiliriz. Modern düşünceye göre ikisi ayrı sorulardır; ilk soru hukuku betimler, ikincisi değerlendirir. Yani ilki nesnesinin tabi olduğu yasaları bulgularken ikincisi bu alandaki faaliyetleri eleştirir ve istenilen düzeye erişmesi için yapılması gerekenleri önerir. Dolayısıyla birbirinden farklı iki muhakeme söz konusudur. Hukuki pozitivizm, bu iki düşünüşün birbirinden ayrılması gerektiğinin savunusunu vermiş ve görebildiğimiz kadarıyla önemli ölçüde ikna edici olmuştur. Ne var ki bu analitik ayrımlar, hukukun yüksek rütbeli bir branşı olan anayasa hukukuna uygulandığında yetersizliğini ilan etmeyi gerektirecek denli zorlanır. Neyin hukuk olduğunu söyleyen (!) kurucu iktidarın¹ bu yetkisini dayandırabileceği bir mevzu (pozi-

¹ Kurucu iktidar, Türkçe hukuk literatüründe asli ve tali olarak ayrılmaktadır. Asli kurucu iktidar, anayasa yapan iktidar, tali kurucu iktidar ise anayasa değiştiren iktidar olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla aslında tali kurucu iktidar, kurucu değil hukuk ile kurulmuş bir iktidardır. Atay, kurucu iktidara, kurucu güç derken tali kurucu iktidardan ise türev kurucu iktidar olarak bahsetmektedir. Atay'ın tercihi manaya nispetle daha isabetli görünmekte olsa da yaygın kullanımı geçerli kabul etmek durumundayız. (Ender Ethem Atay, “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasın-

tif) hukuk yoktur ve o, pozitif hukukla olan bu mesafeli ilişkisi nispetinde hukuki pozitivizmin kapasitesini zorlar.

Hukuk felsefesi açısından sorun yeni bir anayasayı yapan adres olarak kurucu iktidarın, hukukun kendisiyle olan ilişkisidir. Kurucu iktidarın hukuk yaratabilmesini (!) sağlayan nedir? Kurucu iktidarın dayanacağı pozitif bir hukuk olmadığına göre onun eylemini hukuk kılan, hukuk ilan edebilmesini sağlayan nedir? Diğer bir ifadeyle olgu, fiili olan, nasıl norma dönüşür ve böyle bir iktidarın kendi yarattığı norma tabiiyeti nasıl açıklanır, anayasal bir devlet nasıl kurulur? Anayasal bir devlet kurulmadığı, hukukun yönetimi temin edilmediği sürece bir anayasa metni ilan edip de kurucu iktidarın anayasa yaptığından bahsetmek anlamsızdır. Kaldı ki anayasa hukukunu, hukukun bütününden nitelik bakımından ayırt etmenin bir gerekçesi de yoktur. Dolayısıyla anayasa nasıl kurulur sorusu büyük yasallık sorununun bir parçasıdır; yoğurt yaparken yine yoğurdu yoğurtla mayalamak gibi yasalar, yasa yapma yetkisi veren bir yasayla yapılıyorsa ilk yasa hangi yetkiyle yapılabilir? Hukuku yasama faaliyetiinden ibaret gören bir yaklaşımın sınırlarında kalındığında, kurucu iktidarın edimi siyasi olarak nitelenirse hukuk, siyasete tabi konuma itilecek ve otonomisi açıklanamayacaktır. Dahası, pozitif hukukun çerçevesi içinde gerçekleştirilen ve hukuki meşruiyetten istifade eden siyasi edimlerle pozitif hukuk öncesi edimlerin farkı ortaya konulamayacaktır. Kurucu iktidar aracılığıyla hukuka sızan, toplumda az çok karşılığı olan, ahlaki ve siyasi gerekçeler de örtülmüş olur. Bir başka mesele de kurulmuş iktidarlardan olan yargının diğer kurulmuş iktidarlar (yasama ve yürütme) karşısındaki konumunun sorunlu hale gelecek olmasıdır. Hukuk şayet siyasetin bir uzantısı ise yargının siyaseti denetleyici iktidarından nasıl bahsedilebilir? Literatürdeki adıyla seslenecek olursak, hukukun üs-

daki İlişki", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, 2008, Sayı: 1-2, s. 515.) Öte yandan bu çalışmanın konusu kurulmuş iktidarlar, dolayısıyla onlardan biri olan tali kurucu iktidar değil asli kurucu iktidardır. İngilizce literatürde de kurucu iktidar (*constituent power*) denildiğinde anlaşılan budur. Dolayısıyla çalışma başlığında ilaveten asli sıfatını belirtme ihtiyacı duyulmamıştır.

tünlüğü, o, siyasetin vesayetindeyken nasıl mümkün olur? Bir başka şekilde şöyle soralım: Hukukun somutlaştığı yer olarak yargı, nasıl birinin erki değil de kendisi bir erk olur? Elbette bu soruları nihai olarak cevaplamak bu çalışmanın konusu değildir fakat bu sorular anayasanın nedeni olarak kurucu iktidarın hukukun kaynakları ve hukuk-siyaset ilişkisi konularıyla ilişkili bir başlık olduğunu ortaya koyma işlevini görür. Aşağıda tekrar ifade edileceği üzere bir kurumla onu kuran arasındaki dönüşlü ilişkinin anayasa literatüründeki adı kurucu iktidar sorunudur. Kurucu iktidar anlatısı, anayasanın ve ona bağlı olarak hukukun kaynağının ne olduğunu konu edinir. Hukuk düzeninin ve hukuki meşruiyetin kaynağı konumundaki kurucu iktidarın sınırı yahut kaynağı olarak ise pozitif hukukun dışına; doğal hukuka, self determinasyon hakkına yahut toplumda hazır bulunan değerlere atıfta bulunulur². Fakat bunlar tek başlarına, sadece meşruluk gerekçesi üreten söylem birimleridir. Örneğin doğal hakçı bir şemada, “kurucu iktidar anayasal düzeni kurmuştur zira bu konuda tek hak sahibi odur” denilebilir lakin bu sadece yapıları ahlaki bir gerekçe temin eder, yapılan işin doğasını açıklamaz yani hukuki düzen öncesinde var olduğu varsayılan bu haktan hukukun nasıl türediği ayrı bir açıklama ister. Diğer bir ifadeyle bir kimse bu konuda hak sahibi olduğunu iddia edebilir, iddia kabul edenler nezdinde meşrudur, diğerleri nezdinde ise iddianın değeri iddia sahibinin iddiasını gerçekleştirebilme potansiyeline bağlıdır. Yani ilk ihtimalde ahlak, ikinci ihtimalde iktidar alanında kalır. Lakin hukuk ne ahlaka ne de iktidara indirgenemez. Hukuk iktidarsız düşünülmemeyeceği gibi eğer iktidardan anlaşılan kaba güç ise, sadece zora dayanan bir hukuk düzeni de düşünülemez.

Şu hâlde kurucu iktidara dair bir açıklama “hukuk nedir?” sorusuna dair de cevaplar içerir. Kurucu iktidarın maddi ve fail neden olarak ele alınması, hukukun yaratılmasında dolaısıyla içeriğinin belirlenmesinde toplumun iş birliği modelinin, ahlakının ve benzeri özelliklerinin etkili olduğunu ve dahi toplumun yapısı ile hukukunun doğasının, kurulmuş ikti-

² Osman Can, *Kurucu İktidar*, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 2013, s. 73 vd.

darlar için sınır oluşturduğunu ilan eder. İlan edilmiş hukuk ile toplum yapısının arası açıldıkça hukukun etkinleşme düzeyi de düşer. Dolayısıyla kurucu iktidarın yasallık kriteri olarak ele alınması, açıklama getirmenin ötesinde hukukun kuruluşu noktasında da yol gösterici olur.

2016 senesi itibarıyla Türkçe hukuk yazınında kurucu iktidara odaklanmış iki adet monografi bulunmaktaydı³. İlk Kemal Gözler'in *Kurucu İktidar*⁴ başlıklı, ilk baskısını 1998 yılında yapan, tesadüf, 2016'da ikinci baskısını yapan eseri idi. İkincisi Osman Can'ın *Kurucu İktidar*⁵ başlıklı çalışmasıydı. İlk basımı 2013 yılında yapılan bu eser kurucu iktidara dair teorik açıklamalara yer verse de daha ziyade Türkiye anayasacılık tarihinin yazarın perspektifinden bir değerlendirmesi niteliğindedir. Bu tablo neticesinde muhataplık kurmak zorunda olunan eser Gözler'inkidir.

Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* isimli eserinde anayasa hukukunu konu edinen yaklaşım biçimleri altında anayasanın inceleme konusu yapabileceği yöntemleri tartışmaktadır. Ona göre, anayasa hukukunun konuları tarihi koşullar altında oluşmuştur dolayısıyla anayasanın tarih disiplinine konu edilebilmesi mümkündür; anayasa hukuku sadece tarihi veya hukuki bir nesne değil aynı zamanda belirli değerlerin somutlaşmasıdır, bu bağlamda iyi anayasa sorusu ekseninde anayasanın felsefeye konu edilebilmesi mümkündür; anayasa hukuku konularının ampirik açıdan incelenmesi

³ Kurucu iktidar kavramının, ilginç bir şekilde, Martin Loughlin & Neil Walker, tarafından derlenen *The Paradox of Constitutionalism Constituent Power and Constitutional Reform* (Anayasacılığın Paradoksu: Kurucu İktidar ve Anayasal Reform) başlıklı 2007 tarihli esere kadar İngilizce literatürün de ilgisini yeterince çekmediğini görmekteyiz. (Joel Colon-Rioss, "The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform", *Osgoode Hall Law Journal*, Cilt: 48, Sayı: 2, 2010, s. 204). Fakat dünya genelinde yaşanan meşruiyet krizi, popülist siyasetin yükselişi, hukuksuzlaşma süreci neticesinde siyaset felsefesi ve anayasa hukuku uzmanları konuyu gündemlerine almak durumunda kalmıştır.

⁴ Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, 2. Basım, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2016.

⁵ Can'ın eserinin iç kapağında ve kapağında, Kurucu İktidar: Anayasanın Değiştirilemez Maddeleri, Demokratik Kuruculuk, künyesinde ise Kurucu İktidar Anayasa ve Bekçi yazmaktadır.

ve bu konudaki toplumsal yasalara ulaşmak da mümkündür; nitekim anayasaya sosyolojik yaklaşmak da mümkündür, anayasa hukukunun kaynağı pozitif hukukî metinlerdir, gerek hukuk dogmatiği gerekse hukuk genel teorisi yordamıyla anayasa hukukuna, hukuki yaklaşım da mümkündür⁶. Gözler'e göre bu yaklaşımların eşit değeri vardır lakin bu yöntemlerin karmasının yapılması yararsız ve sakıncalıdır⁷. Burada cevaplanması gereken bazı sorular mevcuttur. Birincisi bu yaklaşımların değeri hangi yaklaşımla tespit edilecektir? İkincisi felsefe neden sadece değer sorunu ile ilgilenmek durumundadır? Üçüncüsü tarihi, felsefi, sosyolojik ve hukuki, sadece yaklaşımların niteliği midir yoksa bu yaklaşımlarla incelenemediğine göre anayasanın da nitelikleri olduğunu söylemek mi gerekir? Aynı ayrı anayasalardan bahsedemeyeceğimize ve "anayasa nedir?" dendiğinde yaklaşım farklılıklarına sığınarak bu konuda külli bir cevap veremeyeceğimizi söyleyemeyeceğimize göre, bu yöndeki çabanın değersiz olduğunu nasıl iddia edebiliriz? Dördüncüsü, sakıncalı olmanın gerekçesi olarak anayasa hukukçusunun görevinin kötü bir tarihçi, felsefeci, sosyolog olmak değil birinci sınıf anayasacılar olmak olduğu bu nederle kendi içlerine kapanmaları gerektiği ifade edilmesine binaen⁸ bir nesnenin bilgisine erişemedeki kriter nesnenin doğası mıdır yoksa öznenin kapasitesi mi? Yazarın pratik bir kaygıyı işaret ettiği aşıkardır. Tek başına iyi bir hukukçu olmanın güçlüğüne yönelik kaygıya, Gözler'in bu husustaki seçkin konumu da nazara alındığında, katılmamak mümkün değildir. Kaldı ki tüm bu sorulara muhatap olmak aslında hukukun saf teorisine müracaat tercihinin bir sonucudur ve hepsi bu bağlamda tek bir soruya indirgenebilir: Kelsen'in, hukukun saf teorisi yaklaşımı hukuki, sosyolojik, felsefi yahut tarihi olarak ayrı ayrı nesne edinebileceğimiz farklı anayasaların yokluğunda "anayasa nedir?" sorusunu cevaplamakta tek başına yeterli midir? Şayet nihai olarak anayasanın ne olduğunu bilmek gündemine sahipseniz

⁶ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2011, s. 47-51.

⁷ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 51.

⁸ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 51.

yukarıda zikredilen yaklaşımların çıktılarına kayıtsız kalmazsınız. Fakat işleyen bir hukuk sisteminde, hukukçular bu bilgiye ihtiyaç duymaz. Anayasanın ne olduğuyula değil anayasa hukukunun gerekleriyle ilgilenirler. Yetkililer, hak ihlaline uğradığı iddiasındakiler vb., eylemlerini gerekçelendirirken anayasa hukukuna başvururlar. Gelgelelim Saf Kuram'ın ikincil değerde gördüğü hukukun etkinliğinde düşüş olduğunda, anayasanın değiştirilmesi hatta anayasada aslında anayasa değişikliği anlamına gelecek değişiklikler yapılması gündeme geldiğinde yahut anayasanın ilk defa hazırlanması gibi durumlar söz konusu olduğunda hukukun saf kuramı konusuz kalır. Bu dönemler kurucu iktidarın özellikle hatırlandığı zamanlardır.

Gözler, kurucu iktidar eserinin girişinde de yine yöntem bahsini ele alırken paralel açıklamalarda bulunur⁹: Buna göre kurucu iktidarın aynı gerekçelerle tarihi, felsefi, sosyolojik ve hukuki açıdan incelenmesi mümkündür. Gözler, belirli bir kurucu iktidarı değil "genel, soyut, evrensel" düzeyde hukuk kuramı açısından bir inceleme yaptığını bu yüzden çalışmasının sadece tali kurucu iktidarı konu alan kısmının bir yaklaşım biçimi olduğunu ifade etmiştir. Diğer bir ifadeyle Gözler'in yaklaşımı sadece tali kurucu iktidara uygulanabilir durumdadır. Nitekim Gözler, kurucu iktidarın aynı zamanda bir değerler sisteminin somutlaşması olması hasebiyle felsefi incelemenin konusu yapılabileceğini ve yapılması gerektiğini ve bu yaklaşım biçimlerinin birbirini dışlamadığını, tamamladığını da ifade etmiştir.

Öyleyse hukuki pozitivizm nezdinde de kurucu iktidar, pozitif hukuk gibi incelenemez. Dolayısıyla asli kurucu iktidarı konu edinen bu çalışma dogmatik anayasa hukuku çalışması olamayacağı için kendisini anayasa hukukunun pozitivist hedefleriyle de sınırlayamaz¹⁰. Aslında hem Kelsen'in normativist pozitivizminde hem de ada pozitivizminde gidilmesi gereken yola açılan bir kapı mevcuttur. Her iki pozitivizmde toplumsal olana sistemlerinin denge taşı olarak yer

⁹ Gözler, *Kurucu İktidar*, s. 1-8.

¹⁰ Krş. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, 2. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1999, s. 2 vd.

vermiştir; Kelsen'de temel norm ve etkinlik meselesi, Hart'ta ise tanıma kuralı ve içsel bakış açısı hukuki pozitivizmin, hukukun toplumsal bir fenomen oluşuna yabancı kalmadığının işaretidir. Öyleyse, köprüleri atmak yerine, hukukun formel nedeninin analitik izahını sunan pozitivizmin açık bıraktığı kapıdan devam etmek mümkündür. Nitekim hukuki pozitivizm, nasıl hukukun geçerliliğini açıklama başarısı gösteriyorsa örneğin hukuk sosyolojisi de, türetilmesi ve etkinliği hususlarında yani maddi nedenin izahında yol göstericidir. Diğer bir ifadeyle hukuk sosyolojisi, hukukun bilgisine geçmeden önce hukukun varlığını kavramada hizmet görür. Kültür kümesinin bir elemanı olan hukukun doğasını eksiksiz idrak edebilmek için iki nedeni açıklayan bu iki disiplinin sunduklarına muhtacız. Bunların yerli yerince bir araya getirilmesi ve değerlendirilmesi ise başka bir etkinliği, felsefeyi gündeme getirir. Şu hâlde felsefeden beklentimiz, tek başına hukukun değer boyutunu (teleolojik neden) açıklamak değil ayrı ayrı norma ve onun toplumsal dayanağına bakan açıları tek bir görüşte birleştirebilmektir.

Bu doğrultuda çalışmanın ilk bölümü anayasa denildiğinde aklımızda kırmızı bir kanun kitapçığının canlanmaması gerektiğini izah etmeye yöneliktir. Anayasa dendiğinde zihninizde anayasa hukuku, tarihi, sosyolojisi, felsefesiyle beraber bir yekûn uyanmalıdır. Anayasanın birilerinin, bir şekilde, ilan ettiği bir dizi kuraldan ibaret olmadığının anlaşılması adına kurucu iktidarı hatırlamak gerektiği düşüncesindeyim. Bu, hukuk ailesinin ferdi olan anayasanın, kanun metinleriyle ezcümle dogmatik hukukça değil etnoloji, sosyoloji, antropoloji gibi toplumsal ilişkileri dikkate alan bilimlerden istifade etmek suretiyle yapılacak (felsefi) değerlendirme sayesinde anlaşılabilceği iddiasına yaslanır. Diğer bir ifadeyle hukukun, kanun metni olarak görülmesini, siyasi sözedimlere indirgenmesini reddetmektir. Hukuktan yasanın anlaşılmasının tarihi çok değildir. Muhtemelen de kalıcı bir anlayış değildir bu ve çağlar arasındaki anlayış farkı kadar, araştırmalarımızın anlamlı olabilmesi için türdeşliği temin eden ortaklığın da önemli olduğunu düşünüyorum. Bu çalışma için anayasallığın anlamı bu minvalde bir ortaklıktır.

Birinci bölüm bu doğrultuda terim ve kavram tartışması ile başlamaktadır. Bundan maksat elbette etimolojiden hareketle hakikate varmak yahut anayasaya dair lisans düzeyinde bir bilgi birikimi olarak görülebilecek kimi ayrımlara haddinden fazla mana yüklemek değildir. Hatta anayasanın nasıl adlandırılacağı konusundaki tartışmaların Türkçede eskidiği, maddi-şekli vb. ayrımların, bu ayrımlara kaynaklık eden coğrafyalardaki kadar Türkiye’de merkezi bir tartışma hiçbir zaman olmadığı pekâlâ iddia edilebilir. Fakat bu, zihni alışkanlıkları ve adlandırmanın kudretini küçümsemek olur. Lisans düzeyinde gördüğümüz bu ayrımlar, anayasaya dair muhayyilemizi biçimlendiren kalıplardır. Anayasaya ne ad verileceği yahut anayasanın maddi kriter göz önüne alınarak mı hazırlanacağı bir anayasa değişikliği esnasında çok da ciddiye alınmaz. “İster esas teşkilat hukuku densin ister anayasa kitapçığına ne ad vereceğimiz esasa değen bir konu değil” demek suretiyle itiraz eden birini haklı bulabiliriz. Ama burada biz nihai olarak ne ad vereceğimizi tartışmak için değil anayasayı zihnimizde nasıl canlandırdığımızı ve bizim düşünme alışkanlıklarımızı sorgulamak için bu konuya eğiliyoruz. Kaldı ki hukuk, siyasi sınırlar içerisindeki nihai adlandırma yetkisinden başka nedir ki? Bu bağlamda anayasanın vatandaşın adını doğru koymasından daha az önemli değildir vatandaşın anayasanın adını koyması. Anayasaya Türkçede verilen adlar, anayasanın klasik tasnifleri, anayasanın modern öncesi anlamları ve nihayet anayasa hakkındaki güncel tasnifler duraklarından geçerek varılan yer, anayasa gerçeğinin toplumsal-siyasal olanla birlikte anlaşılabilirliğidir. Anayasalar siyasal toplumun teşkilat yapısının, yani neyiz ve kimiz sorularına verilen cevapların, hukuki ifadeleri olduğu içindir ki anayasal düzenin kuruluşu ve etkinliği maddi olanı dikkate almayı gerektirir. Anayasacılık tarihinde maddi olana verilen ad da kurucu iktidardır. Kurucu iktidar, yönetim yetkisinin sadece yönetilecek olanlar tarafından verilebileceğini ve bu yetkinin belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere verilen sınırlı bir yetki olduğunu ifade etmek suretiyle anayasaya, anayasacılık hareketince yüklenen anlamı aktarmakta elverişli bir kavram olarak ortaya çıkar. O halde anayasanın siyasal-

toplumsal dayanağına dikkat çekmek suretiyle kurucu iktidar anlatisına geçmek için uygun bir aşamaya erişilmiş olur. İkinci ve üçüncü bölüm, bu anlatı içerisindeki iki karşıt görüşü konu edinmektedir. Ne var ki bu görüşlerden birini diğerine tercih etmek yahut ikisini de büsbütün reddetmek makul değildir. Her iki görüş de kurucu iktidar anlatisının geliştiren argümanları barındırmaktadır. Hem bu argümanları yer aldıkları sistemden münasip bir biçimde çekip çıkarmak hem de felsefeden yukarıda beklediğimiz işlevi yerine getirmek yani nesnemizin, anayasanın tamamını kuşatan bir resim ortaya koyabilmek için birinci bölüm onto-teleoloji dediğimiz şemayı anayasaya uyarlayarak nihayete erdirilmiştir. Bu şema diğer bölümlerde bahsedilen karşıt görüşleri açıklar ve eleştirirken de kullanılmıştır.

Bu şema anayasanın dört nedenini açıklar: fail, maddi, formel, teleolojik. Dört neden anayasanın anlayışına üç açıdan derinlik kazandırır. Birincisi, anayasa hukuku ile bu hukukun maddi/toplumsal dayanaklarını ayırır. Anayasayı var edenin, birtakım kuralların anayasa adıyla ilan edilmesi olmadığı ifade edilir. İkincisi, kurucu iktidarı fail ve maddi neden olarak ikiye ayırmak suretiyle anayasayı bilfiil yapanlarla anayasanın toplumsal dayanağını ayırır. Üçüncüsü, kurucu iktidarı anayasa formunu taşıyan maddi neden olarak tarif etmekle potansiyel-edimsel ayrımını gündeme getirir. Formun edimselleşmesiyle anayasal kuralların etkinliği arasındaki bağa işaret eder. Bu bağlamda kurucu iktidar, anayasa kurabilen iktidar olarak anlaşılır.

İkinci ve üçüncü bölümde anayasal kuruluş konusundaki iki temel görüş bu şemanın gözlüğüyle anlatılmaktadır. Schmitt, kurucu iktidarın isim babası Sieyes'in takipçisi sayılabilecek bir konumdadır. Aslen anayasa hukukçusudur ve kurucu iktidar teorisine dayanan bir anayasa öğretisi geliştirmiştir. Anayasaların yapımından, yorumlanışına ve nihayet korunmasına dair getirdiği öneriler her daim kurucu iktidar kavramı eksenindedir. Önerileri elbette hukuk ve siyaset felsefesi hakkındaki görüşlerini oluştururken kullandığı kavramlar ve felsefi pozisyon eşliğinde oluşmuştur. Arendt ise Schmitt'in karşısında konumlandırılabilen bir isim olarak, adını koya-

rak anayasa ve bu bağlamda hukuk hakkında yazmamış olmasına karşın kurucu iktidarı ele alırken otoriteyi, kurucu ve kurulmuş iktidarın sınırlarıyla ilişkili olarak ele alır ki bu durum yani iktidarın sınırlandırılması meselesi doğrudan doğruya anayasallığı ifade eder. Kurucu iktidar, formun edimselleşeceği maddedir. Schmitt ve Arendt, hem gündem belirleyen iki karşıt görüş olmaları hasebiyle hem de aydınlattıkları farklı veçheler sayesinde daha açık bir haritayı önümüze serdikleri için çalışmada kendilerine ayrıca yer bulmuşlardır. Schmitt'in argümanı kabaca anayasanın anayasa hukukundan farklı, hukukun da yasa lafzından fazlası olduğunu hatırlatması bakımından önemlidir. Anayasanın anlaşılması adına kurucu iktidarın dikkate alınması gerektiği yönünde bizi ikna eder, ne var ki iradeci pozisyonu eldeki bulgudan etme eğilimdedir. Tam bu noktada Arendt, hukuk ile iktidarın kaynağını ayırıştırır ve hukukun kaynağının anayasal olması gereğinden bahseder ve bu suretle araştırmayı sürdürebilmek için bir kapı aralar.

Bu veçheden bakıldığında kurucu iktidarın eleştirisine odaklanmış bir çalışmanın neden Schmitt ve Arendt'e ayrı birer bölüm ayırdığı anlaşılabilir. Schmitt ve Arendt'e, iki temel görüşü ortaya koydukları için zorunlu olarak yer verilmesi gerektiği düşünülebilir. Fakat bu çalışma kurucu iktidarın düşüncedeki tarihini ortaya koymayı hedeflemediğine göre tüm yazarları tüketme gibi bir gündeme de sahip olamaz. Schmitt ve Arendt ise birbirine karşıt kurulmuş olsa da birbirini tamamlayan argümanlar ortaya koydukları için dikkate alınmıştır. Bu bağlamda çalışmadaki ilgili başlıklar, sadece iki yazarın görüşlerinin nakledildiği bölümler olarak değil bu argümanların sanki sağ ve sol ayağın sırayla attığı adımlarmuş gibi alt alta getirildiği bir akıl yürütmenin parçası olarak görülmelidir. Bu elbette Schmittçi yahut Arendtçi bir tez ileri sürmek anlamına gelmemektedir. İki yazar iki farklı geleneğe dayanmaları bir yana kendi başlarına da dezavantajlara sahipler. Fakat ikisinin de düşüncesi belirli birer siyaset anlayışı ekseninde şekillenmektedir. Diğer bir ifadeyle farklı siyaset anlayışları olsa da siyaseti eksen alma hususunda paydaşırlar. Bu çalışma ise kurucu iktidarı anayasa yapabilme iktidarı

yani anayasanın toplumsal ve siyasal dayanağı olarak ele almakta ve hukukilik ekseninde değerlendirmektedir. Dolayısıyla odağında anayasallık ve hukukun otorite oluşu yer almak durumundadır. Bu nedenle iki argümanın kendi bağlamlarında aktarılmasının peşinden, bu sefer bu argümanları da dikkate almak suretiyle kurucu iktidar ve hukukun otoritesi bağlamını işleyen bir başka bölümün eklenmesi gerekmiştir.

Nitekim çalışmanın katkısının kurucu iktidarı uluslararası literatürdeki haliyle ve anayasa nedir sorusunu da dikkate alarak tartışmak olduğu ifade edilebilir. Bundan iki çıktı beklenabilir. Birincisi kurucu iktidarın asli-tali ayrımına dayalı anayasa yapan iktidar ezberinde silikleşen meşruiyetin kaynağı pozisyonunu hatırlatmaktır. İkincisi ise ilk katkının risklerini de gidermeye yönelik lakin kendi adıma bundan daha önemli bir konuya hukukun otorite işlevine dairdir. Kurucu iktidarın popülizmle sınırlı algılanması, hukukilik ekseninde değerlendirilmemesi, otorite ilkesi olarak görülmemesi ister istemez hukuk sistemini dikkate almayan yahut ikincilleştiren siyaset sistemi algısına zemin hazırlayabilmektedir. Buna karşılık modern toplumda hukukun otorite olma işlevi bir vaka'dır ve bu işlevini onun otonomisini idrak etmeyen öznelere elinde icra edebilmesi mümkün değildir. Nitekim bu koşullarda anayasa yargısı icat edilmiş ve bu handikabın önüne geçilmeye çalışılmıştır. Kurucu iktidarın otoritenin kaynağı olduğu ve otorite işlevini hukukun görmekte olduğu hesaba katıldığında kurucu iktidar ancak norm ortaya çıkarma potansiyeliyle birlikte değerlendirilebilecektir. Normun somutlaşması aşamasında da kurucu iktidar, buna rehber olan doktrine ve onu bilfiil somutlaştıran idare görevlilerine dikkatlerinden kaçıramayacakları bir ilke olarak görünecektir.

1. Bölüm

Anayasadan Anladığımız

1.1. Anayasacılığın Paradoksu: Kurucu İktidar ve Anayasa

*Geometrinin, çemberi kareleştirme sorusuyla yan yana getirdiğim
siyasetin büyük sorusu...(şudur):
Yasayı insanın üzerine çıkaracak bir yönetim şeklini nasıl bulacağız?
Rousseau¹*

Bir kurumla onu kuran arasındaki dönüşlü ilişkinin anayasacılıktaki karşılığı anayasa-kurucu iktidar eşleşmesidir; anayasa siyasi birliğin formu, kurucu iktidar ise maddi ve fail nedenidir. Form ile maddenin eşleşmesi olarak da ifade edilebilecek bu ilişki, anayasacılığın iki temel dayanağını ihtiva eder: Anayasacılığın paradoksu olarak işaret edilen bu iki dayanak, egemenliğin kayıtsız şartsız halka ait oluşu ve fakat erkler ayrılığı gibi usullerle kayıt altına alınması gereğidir; halk, modern algıda egemenliğin sahibi olmasına karşılık, egemenliği asla doğrudan ve sınırsız bir şekilde kullanamaz². Daha açık bir dille ifade edecek olursak: kurucu iktidar derken kastedilen halktır fakat biz halkın ne, kim olduğunu aslında yine anayasalara bakarak anlarız ve kurucu iktidar derken kastettiğimiz şey anayasa öncesi olduğu için kurucu iktidar eşittir halk diyemeyiz. Örneğin referandum ile müracaat edilen halk, anayasanın öngördüğü kurulmuş bir iktidardır; anayasanın örgütlediği, ancak anayasada öngörülen usullerle sesini çıkarabilecek, siyasete dahil olabilecek bir kurumdur.

¹ Marki Mirabeau'ya yazdığı mektuptan aktaran Arendt.

² Martin Loughlin, Neil Walker, *The Paradox Of Constitutionalism: Constituent Power And Constitutional Form*, Ed. Martin Loughlin, Neil Walker, Oxford University Press, 2008, s. 1.

Fakat kurucu iktidar aslında anayasa adı verilen o belgenin var olmasının gerekçesidir; onu var edendir, ondan aldığı yetkiyle ortaya çıkacak bir şey olamaz. Daha önemlisi kurucu iktidar her ne ise bir şekilde hukuk denilen bir şeyi doğurmaktadır. Yani doğa yasası gibi fiziki bir kısıt olmamasına ve insanlar tarafından yapılmasına karşılık aynı insanları kısıtlayan, insanların eylemlerini yönlendiren bir düzeni doğurmaktadır. Bu nasıl mümkün olur? Kurucu iktidarı hukukilik ekseninde anlamak bu soruyu cevaplamaktır.

Anayasalar, halkın yönetimi kadar keyfi olmayan hukuki bir yönetimi de imler. Diğer bir ifadeyle kuran-kurum, siyaset-hukuk, madde-form tarafından kayıtlanır. Anayasayı kuranın halk olması fakat öte yandan kimin halk olduğunun anayasaca belirlenmesi şeklinde de ifade edilebilecek olan paradoksal eşleşmenin bir yanı diğer yan görmezden gelinerek anlaşılamaz. Buna karşılık Türkçe anayasa hukuku dogmatikliğinde kurucu iktidar, genellikle asli-tali ayrımı gözetilerek, alelade bir adlandırmaymış gibi aktarılır. Buna göre anayasa yapan iktidara asli kurucu iktidar, değiştiren iktidara ise tali kurucu iktidar denir. Böyle bakıldığında kavram, anayasa yapıcıya isim bulma ihtiyacını karşılamak için oluşturulmuş gibi durur. Halbuki aşağıda görüleceği üzere yeni bir anayasa yapılması kadar anayasanın değiştirilmesi ve yorumlanması aşamalarında da dikkate alınması gereken bir kaynaktır. Daha önemlisi anayasayı yapan iktidara kurucu iktidar dediğinizde, kavramın anayasacılıkla olan bağlantısı da kesilir. O, alelade bir iktidarmış, anayasa da onun tarafından anayasa niteliği atfedilmesi dışında herhangi bir özelliği olmayan hukuki bir metinmiş izlenimi doğar. Söz gelimi Gözler, anayasanın ne olduğunun belirlenmesinde maddi kriteri eleştirirken, "Kurucu iktidar, istediği her konuyu anayasa hükmü haline getirebilir. Diğer bir ifadeyle, kurucu iktidar istediği her hukuk normuna anayasallık niteliği kazandırabilir."³ demektedir. Ne var ki kurucu iktidar, tarihsel olarak anayasa yapana verilen teknik bir isimden ziyade topluluğun siyasi hayatına hukuku hakim kılan, ayrıcalıkları kaldıran, kim yönetir

³ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 109.

ve nasıl yönetirse haklı olacağını belirtmek suretiyle kurulmuş iktidara kısıt oluşturan, diğer bir ifadeyle toplumun özgürlüğünü, kendini nasıl gerçekleştirmek istediğini, kim ve nasıl yönetirse bunun mümkün olacağını ilan eden anayasa adı verilen belgenin toplumsal dayanağını ifade eder. Diğer bir ifadeyle Gözler'in maddi kritere yönelik eleştirisi anlamını anayasal demokrasinin yerleşik olduğu ülkelerde bulur. Nitekim anayasayı yazan grup aksi istikamette seyrediyorsa onlar anayasa-yapan/yapabilen değil anti-anayasal bir niteliktedir⁴. Başka bir deyişle anayasanın anlamı anayasallığı eksen kabul etmekle, anayasallığı idrak etmek ise kendisini anayasada ifade eden toplumu dikkate almakla mümkündür. Böyle bir bakış açısından kurucu iktidar, anayasa hükümlerini ilan eden bir grubu değil anayasanın maddi dayanağını ifade eder. Binaenaleyh anayasallık ve maddi dayanak, anayasa hazırlayanlar için bir sınır teşkil eder.

Anayasayı bilfiil yapan, daha yerinde bir ifadeyle yazan azınlıkla, onun toplumsal dayanağı, gözetilmesi gereken ayının ilk kısmıdır. Tarihsel olarak kurucu iktidar adı toplumsal dayanağa atfedilmiştir. İkinci bir tartışma ise demokrasi-anayasacılık geriliminde ele alınır. Bu bağlamda anayasanın bir toplumsal dayanağının olduğu, bunun ise halk olduğu ifade edilir. Örneğin Negri için kurucu iktidardan bahsetmek, demokrasiden bahsetmektir, modern çağda bu iki kavram birbiriyle ilişkili konumdadır⁵. Bu ise demokrasinin açmazlarını anayasaya taşımak diğer bir ifadeyle hala normatif bir dizgeden bahsedilebilirse olgu düzeyindeki çatışmaları kurumsal düzen aleyhine desteklemek anlamına gelir. Örneğin bu sefer anayasayı yazan azınlığın değil ama ona güç veren çoğunluğun istediği her konuyu dilerse temsilcileri aracılığıyla dilerse doğrudan, anayasa hükmü haline getirebileceği sonucu çıkarılır. Bu durumda ise çoğunluk ile anayasacılık karşı karşıya gelecektir⁶. Çoğunluğun rızasını bir kere alan temsil-

⁴ Carl J. Friedrich, *Sınırlı Devlet*, çev. Mehmet Turan, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1999, s. 19, 40.

⁵ Antonio Negri, *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*, çev. Maurizio Eoscagli, University of Minnesota Press, 1999, s. 1.

⁶ Friedrich, *Sınırlı Devlet*, s. 24.

ciler esasen anayasa düşüncesiyle örtüşmeyecek, temel hak ve özgürlükleri kaldırmak yahut yönetimde keyfiyeti temin edecek hükümleri anayasaya yazmak gibi edimlerde bulunurken anayasanın meşrulaştırıcı etkisinden haksız yere istifade eder, içi boşaltılmış bir anayasayla baş başa kalırsınız ve bu şemayı takip ederek hak ve özgürlüklerin korunduğu, siyasi iktidarın sınırlandığı anayasal devletin nasıl kurulabildiğini de anlayamayız. Dahası hukukun korumasının olmadığı, çoğunluğun bir zorbayı, tiranı desteklediği bir toplumsallıkta hukuku kimi zaman siyasetin önünde bir engel olarak algılayanlar da pozisyonlarında kalamazlar. Kaldı ki kurucu iktidarın demokrasi teorisinde sıklıkla dile getirildiği bugünlerde halkın anayasa yapması, aslında halkın “hep birlikte” anayasa yapması demektir⁷. Çoğunluk hegemonyasının demokrasi ile bağdaştırılması muteber bir iddia olarak telakki edilmez. Yine demokrasi anlatısını kendinde iyi olarak kabul ettiğimiz takdirde yüzleşilmesi gereken demokrasi kaynaklı talepler de mevcuttur. Demokrasi çatışmayı talep ederken bunun kuralları belirli, sürdürülebilir bir yarışma olmasını ve farklı çıkar grupları arasında bir denge kurulmasını da bekler⁸. Bu da hiç değilse farklı güç odaklarının, sınıfların, çıkar gruplarının oyunun dışında kalmamasını ve oyunun manipüle edilmesini sağlayacak prosedürel sınırları kabul gereğini ima eder. Dolayısıyla kurucu iktidar, hukuk aracılığıyla teminat altına alınan demokratik meşruiyeti ifade eden bir kavram olarak ele alan bir kimse “hangi anayasa, hangi halk?” sorularını da cevaplamak durumundadır.

Anayasa düşüncesi sınırları içerisinde, siyasi iktidarı kullanan, bu yetkisini iktidarın kaynağı olan siyasi topluluğun potansiyelini edimselleştirmek, açığa çıkarmak üzere alır⁹. Bu

⁷ Colon-Rioss, “The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform”, s. 210.

⁸ Larry Diamond, “Demokrasinin Üç Paradoksu”, çev. Mehmet Turan, *Devlet ve Hukuk*, İstanbul, Gündoğan Yayınları, 1996, s. 164 vd.

⁹ Hemen akla siyasetin bir çıkar çatışması ve siyasi yetkilerin güç ilişkilerinin uzantısı olduğu itirazı gelecek ve bu cümle temsili demokrasiye inanan naif bir liberallik olarak algılanacaktır. Yönetenlerin, yönetilenlerin özgürlüğünü gerçekleştirmek üzere yetkilendirildiği ifadesine söz konusu güç ilişkilerini

bakımdan asli konumda olan kurulmuş olan değil kurucu iktidar olsa da kurulmuş iktidarın kurucu iktidarla sınırlı olması gibi kurucu iktidar da kendisini sıradan bir yığından ayırt eden onu birleyen, bir siyasi topluluk haline getiren unsurlarla sınırlıdır; halk dağılırsa halka dayalı iktidar da dağılır¹⁰. Nitekim ister istemez anayasayı yazan azınlık gibi anayasaya dayanak olan çoğunluğun da anayasaya sahip olmak gibi bir derdi varsa, vazgeçilmez hakları tanımak, ülkedeki kalabalığı siyasi bir birliğe dönüştüren unsuru dikkate almak gibi, sınırları olduğunu kabul etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla araştırmacı da kurucu iktidarın ne olduğunu sorgularken aradığı cevabın anayasanın ve anayasallığın ne olduğuyla zorunlu ilişkisini fark etmek durumundadır.

Kurucu iktidarı, hukuka karşı kayıtsız, yukarıdaki ifadeyi tekrar edecek olursak her dilediğini anayasa statüsüne kavuşturabilen bir muktedir olarak almanın yarattığı bir diğer ilişki de egemenlik bahsinden hareketle ortaya konabilir. Egemenlik, güç ve iktidar gibi açıklığa kavuşturulması gereken bir kavram olmasına karşın en genel ve basit anlamıyla, şimdilik, son sözü söyleyebilmek olarak ele alındığında anayasayı yapan iktidarın en üstün iktidar olduğundan hareketle her dilediğini anayasallaştırabileceğini iddia etmek hiç değil-

maskeleyen, meşrulaştırıcı bir anlatının uzantısı olarak bakılacaktır. İleride iktidar ve potansiyel meselesi üzerinde durunca daha iyi anlaşılacağı üzere burada benim maksadım öncelikle bir zorunluluğu ifade etmektir. Hiyerarşik topluluğun yöneten sınıfı, toplumsal yapının ona tanıdığı olanaklar dahilinde yöneten olma imtiyazını dilerse yönetilenlerin çıkarlarının taban tabana zıddına kullansın. Bu neviden bir değerlendirmeye geçmeden önce fark etmemiz gereken kullandığı malzemenin, kendisinin de dahil olduğu toplum olduğudur. Yöneten bu toplumun potansiyeliyle iş görür. Bunun mantıklı sonucu olarak en başarılı yönetim bu potansiyelin münasip kullanımı sonucu sergilenir. İlgili toplumun yöneticilerinin art niyeti, kurulmuş iktidarın kurucu iktidarı kendisine kısıt kabul etmemesi, geçerli olan kurumsal yapının, potansiyelin zayı olmasını engelleyecek kurumlar öngörmemesi yahut kurumların yozlaşmış olması vb. unsurlar sonra gelir. Yönetim yapısının ve yönetimdeki kişilerin kelimenin en geniş anlamıyla adil olmayan çıktılar üretmesi ne malzemenin ilgili toplum olduğu ne de bunun mantıklı sonucu olarak başarılı bir yönetişimin bu potansiyeli açığa çıkarabilen tarz olduğu gerçeğini değiştirmez.

¹⁰ Friedrich, *Sınırlı Devlet*, s. 37 vd.

se egemenliğin süre bakımından sınırsızlığı dikkate alındığında çelişki teşkil eder, zira kurucu iktidar bir kez anayasayı ilan ettikten sonra egemen olan anayasadır¹¹. Bundan kasıt kurucu iktidarın sonsuza kadar yaptığı yasayla bağlı olduğu değil¹², egemenin fiili hakimiyetine binaen her gün başka bir anayasa ilan ettiği hayali bir toplumsallıkta ilan edilenin anayasa olduğunu iddia etmenin saçma olacağı ve egemenin de böyle bir zahmete girmeyeceği yalın hakikatini hatırlatmaktır. Burada egemenliğin Bodin'den bu yana kabul edilen özelliklerini tartışmıyorum, süreklilik temelde hukukun doğasının yasa koyucudan beklentisidir. Bu bağlamda süreklilik sadece anayasa kurallarına özgü olmadığı gibi tüm kurallarının hukukilik niteliğini azami gerçekleştirebilmesi için süreklilik yanında genellik, ilan edilme, geriye etkili olmama, açık olma, kendi içinde tutarlılık ve ilan edilmiş kuralla resmi edim arasında paralellik özelliklerini sergilemeleri gerektiğini Fuller yeterince açıklamıştır¹³. Burada elbette odağımızda yazılı anayasalara sahip memleketler¹⁴ var. Hukuk devletiyle anayasallığın eşleştiği bu noktada, hukuk eşittir yasa algısına sahip yasama devleti, insanların değil yasaların yönetimini, yasama yürütme ayrımına ve yasaların genellik ve süreklilik arz etmesi prensiplerine bağlar¹⁵.

Nitekim anayasal devletin kuruluşu nihayetinde normatif

¹¹ Mehmet Turan, *Anayasal Devlet*, 4. Basım, Ankara, Naturel Yayınları, 2005, s. 45.

¹² Kurucu iktidarın ister anayasayı kurduktan sonra ortadan kalktığını isterse sürekliliğini iddia edelim kurucu iktidar bir keyfiyet demeye gelmez. Temel ilkeleri, değerleri hususunda daimi olarak fikir değiştiren siyasi birlik ne olgusal olarak saptanabilir ne de mantıklıdır.

¹³ Lon Fuller, *Hukukun Ahlakı*, çev. Engin Arkan, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2016, s. 60-111. Anayasacılık ve hukukun iç ahlakı irtibatı için bkz. Suri Ratnapala, "The Idea of A Constitution And Why Constitutions Matter", *Policy: A Journal of Public Policy and Ideas*, Cilt: 15, Sayı: 4, 1999-2000, s. 7 vd.

¹⁴ Burada memleket ifadesini kullanmak yadırganabilir. Fakat, anayasa hukukunda artık yerleşmiş olan üç unsurdan (ülke, nüfus, tüzel kişilik (modern devlet)) sadece birisini yani sadece nüfusu veya devlet tüzel kişiliği ve sadece modern devleti kastetmediğim durumlarda, biraz da zorunluluk üzere kullandığım bir ifade olduğunu belirtmeliyim.

¹⁵ Carl Schmitt, *Kanunilik ve Meşruiyet*, çev. Mehmet Cemil Ozarsü, İstanbul, İthaki Yayınları, 2016, s. 4, 21.

düzenin kuruluşuyla ilişkili görünmektedir şu hâlde temelde sade, dolayısıyla cevaplanması oldukça güç bir soru bulunur: olgu nasıl norma dönüşür? Bu sorunun cevaplanabilmesi normun doğasını dikkate almayı gerektirir. İster bir şekilde siyasi iktidarı elinde tutan bir azınlığın tasarrufu olsun isterse çoğunluğun rızasına dayalı olsun yahut çoğulculuğu temin etmiş olsun, anayasa nihayetinde olgu, olay değil normdur. Dolayısıyla kimin isteği, çıkarı, iktidarı nasıl bir anayasa sorusuyla ilgili olup anayasanın hukuki niteliğini kavramada ancak ikincil bir değeri haizdir. Zira kaba bir güçten, alelade bir karardan değil muhatapları gözünde doğa yasası gibi algılanan hukuk adı verilmiş inşai, kurulmuş bir kısıttan bahsediyoruz.

Dolayısıyla kurucu iktidardan anayasa *yapan* iktidar olarak değil anayasa *yapabilen* iktidar olarak bahsetmek daha doğru olur. Kurucu iktidar olgusu norm doğuran doğa olarak anlaşılmalıdır. Bu da bizi aynı şekilde kurucu iktidar meselesinin anayasa ile birlikte anlaşılabilceği sonucuna götürür. Anayasa ne ola ki, kurucu iktidar onu doğurabilsin?

Nitekim öncelikle anayasa terimi, anayasa sınıflandırmalarını bahislerinin üzerinde durduktan ve anayasanın ne olduğu sorusunun kapsamı ortaya konduktan sonra kurucu iktidarı ele almak daha doğru olacaktır.

1.2. Anayasanın Anlamları

1.2.1. Anayasa terminolojisi

Bir kavramı dilsel olarak ortaya koyan onun terimidir ve terimler, kelimelerin gündelik değil uzmanlık alanına özgü kullanımını işaret eder¹⁶. Anayasanın nasıl kavrandığı, anayasa kavramından anlaşılanlar, anayasa terimini kullanılarak işaret edilir. Gelgelelim Türkçede bu amaçla kullanılan tek terim anayasa değildir.

Bilindiği üzere anayasalarımızdan 1876 tarihli olan Kanun-ı Esâsî, 1921 ve 1924 tarihli olanlar Teşkilât-ı Esâsiye Ka-

¹⁶ Ahmet Cevizci, *Felsefe Sözlüğü*, 7. Baskı, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2010, s. 1515.

nunu olarak isimlendirilmiştir. 1961'den bu yana ise anayasa ismi kullanılmaktadır.

Anayasa'nın karşılığı olan, Avrupa dillerinde türevleri bulunan *constitution* terimi temel yapı¹⁷, esas/ana kuruluş¹⁸ olarak anlaşılmaktadır. Gözler ve Erdoğan, Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu isimlendirmesini, terimin Fransızca kökeni olan *constitution* kelimesinin kuruluş anlamına gelmesi münasebetiyle Kanun-ı Esâsî'den daha yerinde bulmakta ve diğer teşkilâtlardan farklı olarak temelde yer alması münasebetiyle günümüz Türkçe'sindeki uygun karşılığı "esas teşkilât", "temel kuruluş", "ana kuruluş" olarak belirtmektedirler¹⁹.

Anayasacılık tarihimizin ilk aşamalarında anayasa hukukunu ifade etmek için de hukuk-ı esâsiyye, esasiye hukuku, esasî hukuk terimleri kullanılmış 1930'lu yıllardan sonra ise esas teşkilât hukuku kullanılmaya başlanmıştır²⁰. Anayasa metinlerinin, memleketlerin kuruluşlarını, yapılanmalarını ifade etmesini vurgulaması münasebetiyle ikinci kullanımdaki ilave kelime olumlu karşılanabilir. Fakat anayasaların esas oluşu, asıl oluşu onların birincil teşkilatı, yani devleti düzenlemesi nedeniyle midir sadece? Hukuk dairesinin esası ve kendisinden sonraki normların geçerlilik kaynağı olan anayasa, sadece kurum düzenleme işlevini haiz olsaydı anayasal devlet tartışması da anlamsız olurdu²¹. Benzer bir itiraz Ali

¹⁷ Tark Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa*, 5. Baskı, İstanbul, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, 1981, s. 28 vd.

¹⁸ Cem Eroğlu, *Anatüzeve Giriş*, 14. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2014, s. 17.

¹⁹ Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 11. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2014, s. 5; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 27. Öte yandan adlandırma tercihinin etimolojik bir yerindelikten ziyade siyasi gerekçeleri üzerinde de durulmaktadır. Teşkilât-ı Esâsiye tercihinin gerisinde, alternatif bir Kanun-ı Esâsî hazırlandığı izlenimi uyandırmama isteğinin olduğu belirtilir. (Mehmet Turan, "Anayasa ve Anayasacılık", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 3, 1994, s. 3)

²⁰ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 29, 30.

²¹ Anayasal devlet derken ne anlaşılması gerektiği esasen izaha gerek duymayan bir şey olsa da bazen en basit ayrımların, yalın ifadelerini tekrar etmek belleği tazelemek adına küçük ama tesirli bir iştir. Erdoğan'ın, anayasal devlet tasviri, baskın liberal içeriğine rağmen, bu yalınlıktadır: "... 'anayasacılık' veya anayasal devlet ile hukuki bir belge olarak 'anayasa'ya sahip olmak birbirinden farklı şeylerdir. Başka bir anlatımla, 'anayasası' olan her devlet 'anayasal devlet' değildir; *anayasal devlet*, anayasaların bireylerin doku-

Fuat Başgil tarafından anayasa hukuku tamlamasına yöneltilmiştir. Anayasa hukuku, ana kanun hukuku demeye gelir ki bu, hukukun kanundan ibaret olduğu fikrini verir; hukukun kanun üstü hatta yasa koyucunun ötesine uzanan bir yanı vardır²². Tarık Zafer Tunaya da anayasa kanununun, anayasa hukukunun bir dalı olduğunu ifade eder; ona göre de bir toplumsal gerçeklik olarak anayasayı anlamak onun toplumsal ve siyasi yanlarını dikkate almayı gerektirir²³. Nitekim devletin hukuki statüsünü belirten anayasaların siyaset veçhesinden de devleti, hak ve özgürlükler lehine sınırlandıran belgeler olması münasebetiyle esas teşkilat hukuku *constitutional law* tamlamasını karşılamakta yetersiz kalır²⁴.

Bugün kullandığımız anayasa terimi, bir anayasa değişikliği ile değil 1945'te Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu'nun Türkçeleştirilmesi neticesinde başlık olmuştur²⁵. 1945 değişikliğinden 1952'de dönülse de, kelime, 1961'den bu yana kullanılmaya devam edilmiştir. Bu birleşik kelime kendisini meydana getiren sözcükler ayrı ayrı düşünüldüğünde diğer yasalara kaynaklık eden yasa anlamını çağırıştırır. Anlam kayması yoluyla kurulan bir birleşik kelime olan anayasarın; temel, esas, yan anlamlarındaki ana ile, düzen demeye de gelen yasa kelimelerinin birleşiminden oluştuğu dolayısıyla, düzene ve düzenin müteşekkil olduğu diğer yasalara esas oluşturan yasa, olarak anlaşılması gerektiği de ifade edilmiştir²⁶.

Öte yandan anayasaların esas oluşu, her ne kadar anayasalarda yasaların nasıl yapılacağı yer alsada, onların yasalar-

nulmaz alanlarını korumak üzere siyasal yönetim üzerinde etkili bir kısıtlayıcı olarak işlev gördüğü devlettir. Anayasanın bu işlevi görmediği yerde, yani 'anayasa'nın sadece devletin teşkilat yapısını gösterdiği, ama onu sınırlamadığı bir ülkede anayasal devletin varlığından söz edilemez. Dünyada halihazırda resmen yürürlükte olan anayasalar bu bakış açısından incelendiğinde, bunların çok azının gerçekten birer anayasal düzen kurmuş olduklarını anlamak kolaylaşır." Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 18, 19.

²² Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, Cilt 1, İstanbul, Bahâ Matbaası, 1960, s. 3.

²³ Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa*, s. 31 vd.

²⁴ Turan, *Anayasal Devlet*, s. 8.

²⁵ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 27.

²⁶ Kahan Onur Arslan, "Türk Anayasa Hukuku'nda "Anayasa" Terimi Ve "Anayasa Hukuku" Kavramı", *EÜHFD*, Cilt: 15, Sayı: 1-2, s. 65, 66.

dan tarihsel olarak erken yapılmaları, yasalara kaynaklık etmeleri olarak değil devlet örgütlenmesini belirtmesi ve bu örgütlenme karşısında hak ve özgürlükleri güvenceye alması diğer bir ifadeyle siyasi alanı düzenleyerek hukuki bir süreklilik temin etmesiyle söz konusudur²⁷. Yoksa hiçbir siyasi toplum anayasa yazmayı beklememiştir yasaya sahip olmak için.

Hukuk eserlerinde anayasa yerine kullanılan bir diğer sözcük ise anatüzedir²⁸. Tüze, hukuk demektir. Cumhuriyet döneminin, dili yabancı sözcüklerden arındırma, doğan boşluğu da eski metinlere yahut ağızlara başvurarak doldurma teşebbüsüyle gündeme gelmiştir²⁹. Düz, yansı anamlarına gelen tüz sözcüğünden, yine hukuk yerine kullanılan türe sözcüğüne benzetilerek türetilen, tüze sözcüğü 'hukuk'un yerini alamasa da akrabaları tüzel kişi ve tüzük dile yerleşmiştir³⁰.

Kavramı taşıyacak olan terim hakkındaki hassasiyetin detaylara indikçe, kimileri için edebi bir zevk olmanın dışında, boş zamanların keyifli geçmesini sağlayacak bir jimnastikten ötede anlamı olmadığı kanısına aldanılabilir. Lakin seyrini yukarıda kısaca aktardığımız üzere terim tercihinin gerisinde hukuk anlayışları, siyasi tavırlar vb. kuvvetli etmenler mevcuttur. Bunların ilanihaye ortadan kaldırılması eşyanın doğasına aykırıdır fakat aynı şekilde kavramları herkesin kendinden menkul bir içerikle kullandığı yerde anlaşılmayı beklemek de nfiledir. Bu konudaki açıklamaya yönelik hassasiyetin gerekçesi de budur³¹. Hasta için ağrı, ağrıdır lakin tıp di-

²⁷ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 3.

²⁸ "Yansı Türkçe yansı Arapça olduğundan, geleneksel terimin gerçekte Anakanun Hukuku gibi acayip bir anlama geldiği çokça gözden kaçıyor. İşte bu uygunsuzluktan kurtulmak içindir ki Anahukuk anlamına gelen Türkçe 'Anatüze' terimi yeğlenmiştir." Eroğul, *Anatüze'ye Giriş*, s.v. Eroğul dil devriminin de inançlı bir savunucusudur. Bkz.: Cem Eroğul, "Anayasa ve Tüze Dilinin Türkçeleşmesi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 49, Sayı: 3, 1994, s. 119-148.

²⁹ Hakan Özdemir, *Cumhuriyet Dönemi Boyunca Hukuk Dilindeki Değişmeler ve Gelişmeler*, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2014, s. 36.

³⁰ Özdemir, *Cumhuriyet Dönemi Boyunca Hukuk Dilindeki Değişmeler ve Gelişmeler*, s. 38-48.

³¹ Anayasanın etimolojik kökeni, Türkçe'deki günlük, hukuki vb. farklı alanlardaki kullanımları, diğer dillerdeki karşılıkları vb. konuların işlendiği bir

linde ağırları ifade etmek için kullanılan farklı farklı ifadeler hastalığın teşhisinde yer tutar. Bu tüm uzmanlıklar için geçerlidir. Dolayısıyla kullanılacak terimin önemi onun işaret ettiği anlamı dikkate aldığımızda belirginleşir. Bundan ötürüdür ki alakamızı anayasa kavramının ele alınışlarıyla sürdürmek durumundayız.

1.2.2. Anayasa Sınıflandırmaları

Anayasaların sınıflandırılmasına dair ayrımlar, hem bir anayasa kataloğu oluşturulması yoluyla dünya genelindeki eğilimin tespit edilmesinde, hem kurallara anayasal niteliği verenin ne olduğunun ve hangi konuların anayasada düzenlenmesinin doğru olacağının tespitinde, hem de anayasa mevhumunun idrakinde iş görmektedir. Dolayısıyla aşağıda değineceğimiz anayasa tiplerini yetkin anayasa arayışındaki denemeler olarak görmek gerekir. Diğer bir ifadeyle yazılı-yazısız anayasa ayrımından bahsediliyorsa “acaba yazılılık anayasallığın bir gereği midir?” sorusu, yumuşak-katı ayrımından bahsediliyorsa “acaba anayasallığı temin etmek için katı anayasalara mı lüzum vardır?” sorusu gündemdedir. Yoksa buradaki maksat anayasanın abecesini tanıtmak değildir. Temel sorumuz bu tiplerin anayasanın ilineği mi yoksa özü mü olduğudur.

Örneğin, Wolf-Phillips, mukayeseli anayasa eserinde, yazılı-yazısız, yasa değişikliğinde şarta bağlı olan-olmayan, aslitali, katı-yumuşak, yerli-ithal, açık-örtülü, yarışmacı-birleştirici, programatik-onaylayıcı, yargılanabilir-hükümsüz kategorilerine yer vermektedir³²: Anayasa değişikliğinde yasa tek başına davranabiliyorsa tali, fakat başka grupların katılımı şart koşuluyorsa asli anayasadan bahsedilir. Bu bakımdan asli anayasalar şarta bağlı olan anayasalardandır. Buna karşılık her durumda şarta bağlı olanlar katı, olmayanlar ise yumuşak anayasadır denemez. Şarta bağlı-asli anayasalar

eser için bkz. Faruk Turinay, *Dil, Hukuk, Siyaset Bağlamında Anayasa Düşünce- si: Anayasanın Etimolojik Kökeni, Hukuki Anlamda Anayasa, Toplum Sözleşmesi*, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2012.

³² Leslie Wolf -Phillips, *Comparative Constitutions*, Macmillan Press, 1972, s. 32-40.

değişiklik esnasında geniş seçim bölgesini dikkate almaya zorlar. Açık-örtülü ayrımı ise anayasanın, siyasi sistemdeki hayati öneme sahip siyasi aktiviteleri açık edip etmemesiyle alakalıdır. Söz gelimi sosyalist demokrasilerde baskın partinin rolünün anayasada açık edilip edilmemesi bu ayrımı ilgilendirir. Yarışmacı-birleştirici ayrımı da bu örnek üzerinden anlaşılabilir zira burada söz konusu olan, anayasal sistemin işleyişinde farklı güçlerin birbiriyle yarışan bir yapıda yer alıp almadığıdır. Programatik-onaylayıcı ayrımı da liberal-sosyalist anayasa deneyimlerine dayanır. Liberal anayasalar genellikle hem bir program ortaya koyar hem de mevcut durumu onarken sosyalist anayasa hedeflediğinden ayrı bir gerçekliği yansıtır. Yargılanabilir-hükümsüz ayrımı ise anayasanın kendisini etkili kılacak mekanizmalara yer verip vermemesine dairdir.

Bir diğer örnek, memleketimizde anayasa tartışmaları esnasında sıkça dile getirilen çerçeve anayasa-düzenleyici anayasa ayrımıdır. Buna göre, mevcut sorunlara ayrıntılı çözümler önermek yerine bunların aşılmasında işlevsel olacak mekanizmaları düzenleyen ve herkesin üzerinde anlaştığı değerlere ve kurallara yer vermekten ibaret olan anayasalar çerçeve anayasa, bunun ötesine geçerek mevcut sorunları nihayete erdirmeyi ve anayasa altı düzenlemelerle üstesinden gelinebilecek konuları içeren ayrıntılı ve uzun anayasalar düzenleyici olarak ifade edilir³³.

Türkçe literatürde ağırlıklı olarak üzerinde durulan ayrımlar ise maddi-şekli, yazılı-yazısız, katı-yumuşak anayasa ayrımlarıdır. Binaenaleyh bu tipler hakkında özellikle düşünmek icap eder.

1.2.2.1. Maddi ve Şekli Anayasa

Maddi anlamda anayasa, kuralların anayasallık niteliğini haiz olmasının içerikleriyle alakalı olduğunu ifade eder³⁴. Ör-

³³ Yavuz Atar, *Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Konya, Mimoza Yayınları, 2000, s. 192-194.

³⁴ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 106.; İsmet Giritli, Jale Sarmaşık, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Der Yayınevi, 1998, s. 2.

neğin erkler ayrılığını düzenleyen bir kural anayasalken temerrüde ilişkin hükümler için ayrı değerlendirme uygun değildir. Diğer bir ifadeyle anayasanın kapsadığı kuralların içeriğinin, devletin örgütlenmesiyle alakalı olup olmadığının, dikkate alınması maddi anayasayı ifade eder³⁵.

Hukuk kurallarına anayasal niteliği kazandıran ölçütün onların içeriği değil, normlar hiyerarşisinde tuttuğu yer ve konulup değiştirme usulünün alelade kurallardan zorluğu olduğuna yönelik yaklaşım ise şekli anayasayı tarif eder³⁶. Bu yönüyle şekli anayasanın 18. yüzyıla kadar bir örneğine rastlanmaz: 1787 Amerikan Anayasası ve 1792 Fransız Anayasası şekli anayasanın ilk örnekleridir³⁷.

Maddi kriterin içeriğe ilişkin olması, hangi içeriğin seçileceği konusunda ikinci bir ölçüt ihtiyacını gündeme getirmektedir. Bu ölçütün objektif bir dayanağının olmaması ve doktrindeki ölçütlere uymayan kuralların anayasalarda yer bulması nedeniyle maddi anayasa anlayışı eleştirilmiştir³⁸. Bu yaklaşım besbelli objektifliğin yazılı bir hukuk kuralıyla temin edilebileceği kanısındadır.

Şekli anayasa kriterinin karşılık bulmadığı durumlar da vardır. Örneğin teâmülî anayasaya sahip siyasi topluluklarda anayasal kuralların tamamı yazılmamıştır, yazılı olan düzenlemeleri ise alelade kanunlardan ayırt edecek herhangi bir kriter söz konusu değildir³⁹. Dolayısıyla maddi kriter dışında anayasallıklarını işaret edecek bir ima yoktur. Dolayısıyla şekli anayasa kategorisinin de eleştiriden vareste olduğu iddia edilemez.

Maddi açıdan anayasal kabul edilen ve fakat başka düzen-

³⁵ Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa*, s. 109.

³⁶ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, s. 51.; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 106 vd.; Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa*, s. 109.

³⁷ Giritli, Sarmaşık, *Anayasa Hukuku*, s. 3 vd.

³⁸ Bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 107 vd.; Giritli, Sarmaşık, *Anayasa Hukuku*, s. 3 Tunaya, bu içeriğin beş esasta toplanabileceğini ifade eder: Devletin kuruluşu ve yapısı, devletin biçimi, devletin siyasi rejimi, yüksek devlet organlarının kuruluşu, işleyişi, yetkileri, ilişkileri ve kamu hürriyetleri.

³⁹ Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971, s. 79.

lemelerde yer verilen yahut tek başına düzenlenen kimi konuları anayasanın dışında tutan şekli kriter, anayasayı bir belgeye indirgemektedir. Kişi hak ve hürriyetlerinin anayasaca düzenlenmese de anayasal nitelikte olduğu tartışma konusu değildir, anayasal teamüller de anayasalarca düzenlenmez, birçok anayasal içerik başka metinlerde yahut kendi başlarına düzenlenmiş buna karşılık yazarlarca maddi açıdan anayasal olduğunu iddia etmenin gereksiz olacağı düşünülen kimi konulara anayasalarda yer verilmiş olabilir lakin son tahlilde anayasa hukuku, siyasi içeriği haiz konular hakkında çalışır ki bu da maddi bir kriterdir⁴⁰. Dolayısıyla, anayasada yer almayan anayasal nitelikteki kurallar ve anayasada yer almasına karşılık doğrudan anayasa hukukunun konusuna girmeyen kuralların mevcudiyeti noktasında anayasadan anlaşılması gerekenin yürürlükteki anayasa metninden fazlası olduğunu belirtme ihtiyacı gündeme gelir⁴¹.

Ayrım, maddi (ideolojik)-prosedürel (yöntemsel) olarak da oluşturulmaktadır ve bu izahta maddi anayasa, belirli siyasaların değişen hükümetlere karşı kayıtsız kalmak üzere anayasaca güvenceye kavuşturulmasını içerirken, yöntemsel anayasa değişime dair prosedürlere yer verip, amaçların tayinini siyasi aktörlere bırakır⁴².

Bu ayrım dahilinde maddi anayasaların belirli bir siyasi grubun tesiri altında ve onun toplumu belirli bir istikamette dönüştürmeyi hedeflediği yöntemsel anayasanın ise nispeten uzlaşılı koşullarında daha doğru bir ifadeyle bir siyasi grubun baskın gelemediği dolayısıyla yöntemsel konularda ancak mutabakatın sağlanıp anayasallaştırılabildiği örneklerde söz konusu olduğu belirtilmiştir⁴³. Anayasaları belirli bir kesimin zoruyla oluşturulan memleketler için, oydaşımın bulunmadığı amaçların anayasaca korunması devlet gücünün aleyhte bir kullanımı olarak anlaşılabilir. Fakat tersi bir durumda yani

⁴⁰ Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, s. 5.

⁴¹ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 4.

⁴² Atar, *Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, s. 198 vd.; Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 60 vd.

⁴³ Bertil Emrah Oder, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, İstanbul, Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004, s. 83.

anayasanın oydaşım ile oluşturulduğu bir memlekette de, tam tersi kendini korumayan bir anayasa, belirli bir süre için anayasayı değiştirebilecek iktidara sahip olmuş bir kesimin tahribatına maruz kalabilir. Nihayet anayasa, anayasa olduğu için belirli birtakım değerlere yer verir, bu, devletin tarafsızlığı gibi liberal bir içerikle oluşturulmuş olduğunda da böyledir. Binaenaleyh anayasanın hiçbir şekilde değerlere yer vermeyebileceği, ideolojik içerikten tamamen arındırılabilirliği mantıklı değildir. Değer yargıları topluma bağlı olarak değişiklik gösterebilir lakin o veya bu ideolojik referanslarla her anayasada bir şekilde yer alır.

Şu halde şekli kriterin, anayasayı anayasa kuralı oluşturma kriterine indirgediğini bu kritere uyularak da pekala yine bu kriterin dayanaklarına aykırı, örneğin, demokratik meşruiyeti ortadan kaldıran işlemlerin yapılabileceğini fark etmiş oluyoruz. Bu dayanakları bir maddi kriter olarak kabul edip, maddi kriterin anayasanın özünü ortaya koymada daha başarılı olduğunu söyleyecek olsak bu sefer de sınırları belirli olmayan bir kavram ve değer setiyle baş başa kalıyoruz.

1.2.2.2. Yazılı-Yazısız Anayasa

Yazısız anayasalara teâmüli yahut göreneksel anayasalar da denir. Anayasaların tasnifinde istifade edilen bu ayrımın temelinde köklü anayasallık deneyimine sahip olan İngiltere'nin, A.B.D. yahut Fransa gibi yazılı bir anayasaya sahip olmaması yatar⁴⁴. Dolayısıyla burada özellikle üzerinde durulması gereken yazılı bir metne sahip olmayan memleketlerin nasıl olup da anayasalı hatta anayasal devletler olabildiğidir. Her ne kadar günümüzde azınlık konumunda kalsalar da 18. yüzyıla kadar durum tersiydi⁴⁵. Diğer bir ifadeyle anayasacılık tarihi açısından teâmüli anayasalar asli konumdadır, siyasi iktidarın örgüt yapısına dair kurallar teamül niteliğinin

⁴⁴ Elbette bu memleketlerin başında İngiltere gelmektedir. Ne ki gelinen noktada bu eski ayrım, anayasal düzenlemelerinin dikkate değer bir kısmı yasayla düzenlenmiş İngiltere için bile artık kaba kalmaktadır. Wolf –Phillips, *Comparative Constitutions*, s. 32.

⁴⁵ Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa*, s. 117.; Giritli, Sarıtaşık, *Anayasa Hukuku*, s. 6.

dedir⁴⁶. Yazılı anayasalar özel hukuk alanında ziyadesiyle görülen kanunlaştırma (*codification*) hareketlerinin kamu hukukundaki bir görünümü olarak da anlaşılabilir; anayasa hukukunun mahiyeti, bu alanda geçerli olan kurallar birer yazılı belgede bir araya getirilmeden evvel mevcuttur⁴⁷. Siyasi örgütlenmeye ilişkin kurallar tarihsel olarak evvela geleneklerle kayıt altına alınmıştır, memleketin yönetim anlayışı toplumda hakim olan değerlerin, pratiklerin etkisinde zamanla oluşmuştur, sonraki aşamada birden fazla metinde kendilerine yer bulmuştur ki bu anayasalara tedvin yahut kodifiye edilmiş anayasalar da denir⁴⁸. Bu bağlamda bir metinde yer almayan fakat uzun süredir uyulan, bağlayıcılığına inanılan ve uyuşmazlık durumunda yargının başvurduğu, devletin kuruluşuna ve işleyişine dair kurallardan yazısız anayasa olarak bahsedilir⁴⁹.

Kimi memleketlerde bizdeki gibi tek bir metnin değil birden fazla düzenlemenin toplamının anayasa denildiğinde akla gelmesi yazılı anayasa hususunda dikkat çekici bir farklılık olarak görülür⁵⁰. Bu bağlamda yazısız anayasanın ciddiye alınır örneği İngiliz deneyimi, *Bill of Rights, the Act of Settlement* vb. anayasal belgeler hatırlanarak, yazısız bir anayasadan daha çok kodifiye edilmemiş bir anayasaya sahip oldukları yönünde de yorumlanabilir⁵¹. Nitekim, anayasal düzenin varlığı

⁴⁶ Atay, "Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki", s. 515.

⁴⁷ Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 82.

⁴⁸ Atay, "Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki", s. 515 vd.

⁴⁹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 111. Anayasal teamüllerin hukuki bir değer taşıması için yargı tarafından kabul görmesi gereğine Kubalı katılmaz. (Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 83) Gerçekten de hem hükümeti kurma görevinin çoğunluk partisi başkanına verilmesi gibi teamüllerin mevcudiyeti hem de yazılı olan anayasa kaidelerinin kimisinin de yargı yoluna açık olmaması bu itiraza dikkat etmeyi gerektirir.

⁵⁰ Bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 110.; Eroğlu, *Anatüzeve Giriş*, s. 18.

⁵¹ Giovanni Sartori, "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", *The American Political Science Review*, Cilt. 56, Sayı: 4, Aralık, 1962, s. 855. Atay da aynı görüştedir: "... kesinkes geleneksel anayasa diyebileceğimiz bir anayasa da kavramın tanımıyla tam uyumlu bir durum söz konusu değildir. Bundan do-

için pozitif tek bir metin halinde anayasanın mevcudiyeti gerekli görülmez⁵².

Ne var ki, karşı görüş olarak, toplumun inanç dünyasında hakim olması dolayısıyla etkin konumda bulunsa da bu neviden anayasaların normlar hiyerarşisinde adi kanunlardan üstün olmadığı gerekçesiyle aslında anayasa olarak kabul edilmemeleri gerektiği de ifade edilmiştir⁵³.

Şu halde tarihten, yazılmış olmayı anayasanın vazgeçilmez bir unsuru olarak göremeyeceğimizi öğreniyoruz. Yazılı oluş hiç şüphesiz anayasanın ne söylediğinin bilinmesi, şaibeli yorumlardan sakınmanın mümkün olabilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu bağlamda bir gereklilik olarak görülebilir lakin bir normu anayasal yapanın yazılı olması olduğunu, yazılılığın anayasallığı doğrudan belirlediğini söyleyemeyiz. Nitekim sadece yazılması değil yazılı bu metnin kalıcılığının temin edilmesi için ilave tedbirler alınması da doğrudan anayasallıkla sonuçlanmamaktadır. Bu bağlamda yumuşak-katı anayasa ayırımına bakmak gerekir.

1.2.2.3. Yumuşak-Katı Anayasa

James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence* çalışmasının üçüncü denemesinde geleneksel yazılı-yazısız anayasa ayırımına karşılık *flexible* (yumuşak) ve *rigid* (katı) ayrımını ileri sürmüştür. Ona göre ayırım esas olarak anayasaların bir kısmının yazılı olmasından ileri gelmemektedir; örneğin yazılı anayasalarda da yazılı olmayan pratikler de işletilir. Buna karşılık daha iyi bir ayırım için yakından bakıldığında kimi anayasaların doğal gelişim neticesinde farklı kaynaklardan çıkagelmiş, farklı kanun ve anlaşmalardan oluşan, teamüllerin harmanladığı asimetrik bir içerik ve forma sahip olduğu kimisinin ise devletin bilinçli edimi sonucu üretildiği görülür⁵⁴. Eğer anayasa, özel tür bir iktidara gereksinim duyma-

layıdır ki, geleneksel anayasanın klasik örneği niteliğindeki İngiltere’de de anayasal özellikleri taşıyan yazılı metinler mevcuttur.” Atay, “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, s. 518.

⁵² Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 57.

⁵³ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 112.

⁵⁴ James Bryce, *Studies History and Jurisprudence*, Cilt 1, New York, Oxford University Press, 1901, s. 127.

dan diğer yasalar gibi değiştirilebiliyorsa, ki burada Bryce'ın zihninde yüksek ihtimal teamüllerin harmanladığı, parlamentonun değiştirebildiği İngiliz Anayasası vardır, o bir yumuşak anayasadır. Kimi yazılı belgelerin de anayasallığı temin eder pozisyonda olması durumu değiştirmez.

James Bryce tarafından ortaya konulan yumuşak-katı anayasa ayrımı esasen teâmülî anayasalar dikkate alınarak geliştirilmiştir. Teâmülî anayasalar, yazılı olmayan anayasalar aynı zamanda yumuşak anayasa olarak da görülür zira onların değiştirilmesini güçleştirecek bir düzenleme mevcut değildir.

Eroğul, geçen yüzyıl içinde anayasaların çoğunun yazılı hale gelmesi buna karşılık farklı değiştirme usulleri öngörmesi nedeniyle bu ayrımın geliştirilmediği müddetçe bir anlam ifade etmeyeceğini belirtmiştir⁵⁵. Bugün bu ayrım Dicey'nin kullandığı biçimiyle anayasa kurallarının değiştirilme usulleriyle alakalıdır. Şayet anayasal yahut temel kanunlar, alelade kanunlardan daha zor bir usulle değiştirilmiyorsa yumuşak anayasadan aksi durumda ise katı anayasadan bahsedilir⁵⁶. Dolayısıyla yumuşak anayasanın diğer kanunlarla eşit güce sahip olduğu ve anayasanın üstünlüğü gibi bir iddiasının olamayacağı belirtilir⁵⁷.

Kişî hak ve özgürlüklerini güvenceye almak, anayasanın lakayt bir şekilde değiştirilmesini önlemek, değişiklik öncesinde halkın dahil olabilmesine imkân tanımak amaçlarını korumak maksadıyla⁵⁸ anayasalar farklı usullerle katılık kazanırlar: anayasa kuralının meclis üye tam sayısının salt çoğunluğu ile değiştirilmesi, anayasada değiştirilemeyen maddelerin bulunması, değişiklik için halk oylamasına gidilmesi, kuralın değiştirilmesi için süre yasağının bulunması vb.⁵⁹.

Yazılı olmayan anayasaların yumuşak anayasa olarak kabul edilmesi gerektiğine kanaat edilebilir ne ki bu anayasalar

⁵⁵ Eroğul, *Anatüze Giriş*, s. 25.

⁵⁶ Albert Venn Dicey, *Introduction To The Study Of The Law Of The Constitution*, 10. Edisyon, 10. Baskı, Oxford, The MacMillan Press LTD., 1979, s. 126 vd.

⁵⁷ Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa*, s. 116.; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 117.

⁵⁸ Wheare, *Modern Anayasalar*, çev. Mehmet Turan, 2. Baskı, Değişim Yayınları, 1985, s. 109.

⁵⁹ Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 94; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 118 vd.; Giritli, Sarmaşak, *Anayasa Hukuku*, s. 7.

yazıda değil, bellekte saklandıkları için değiştirilmesi de bir metinde ilan edilen inşai bir usulle değil hayatın doğal akışı içerisinde söz konusu olur. Dolayısıyla her ne kadar alelade bir düzenleme ile teâmüller bertaraf edilebilir gibi gözükse de aslında siyasi sisteme esas teşkil eden anlayışın kökten bir değişim göstermesi söz konusu değildir. Uzun bir zaman içerisinde yerleşmesi ve terk edilmesi zaten teâmüllerin bir özelliğidir. Özellikle İngiliz kurumlarının istikrarı bunu ispat eder⁶⁰. Nitekim Wheare, zamanla anayasanın değiştirilmesinin güçlüğüne işaret eder şekilde okunan bu ayrımın sadece değişikliğin önündeki hukuki engelleri ifade ettiğini, hukuki olarak sert anayasa kategorisine giren buna karşın yumuşak anayasalardan daha sık değiştirilmiş vakıaların varlığını kaydeder⁶¹.

Daha önce de belirttiğimiz gibi teâmülî anayasalar daha eski tarihlidir. Anayasaları yazma ve bu bağlamda değiştirilmelerini güçleştiren usullere yer verme ihtiyacı modern toplumsal formasyonla alakalıdır. Bu durum sadece anayasalar için de geçerli değildir; modern hukuk, öncülünden farklı olarak teâmülünden ziyade yasamadan kaynaklanır⁶². Katılığa, modern anayasaları, modern öncesi anayasalardan ayıran özelliklerden biri olarak da işaret edilir⁶³. Nitekim katılığı anayasanın doğasına dair görmek makul görünmemektedir.

Görüldüğü üzere yazılı-yazısız yahut yumuşak-katı gibi betimlemeler anayasanın ne olduğunu anlamada öze temas edemeyen ilinekler konumundadır. Yukarıdaki özetle de görüldüğü üzere bu ayrımlardan hiçbirisi anayasaları ve dolayısıyla anayasa düşüncesini kuşatabilme özelliğine sahip değildir. Öte yandan bu ayrımlar, modernlik koşullarında, bağımsız anayasa adı verilen metinlerin ortaya çıkmasıyla gündeme gelmiştir lakin aynı durum anayasa düşüncesi için ileri sürülemez. Bundan ötürüdür ki modern öncesi hukuk ve siyaset düşüncesine başvurmak suretiyle elde edilecek kontrast

⁶⁰ Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa*, s. 117.

⁶¹ Wheare, *Modern Anayasalar*, s. 22 vd.

⁶² Johann Kaspar Bluntschli, *The Theory of the State*, Kitchener, Batoche Book, 2000, s. 62.

⁶³ Pasquale Pasquino, "Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis" *Cardozo Law Review*, Cilt: 34, Sayı: 3, 2013, s. 1002.

“anayasa nedir?” sorusuyla meşgul olurken elimizi kuvvetlendirecektir.

1.2.3. Anayasanın Modern Öncesi Anlamları

Siyasi faaliyetin, hukuki düzenlemeye tabi olduğu koşullarda anayasa araştırmasının yapılabileceğini düşünmek makuldür: Asgari kamusalılık, iç ve dışın ayrılabilirliği, hukukla ilişkili olacak şekilde siyasi davranış kalıplarında gözlemlenebilir tekrar vb. unsurların mevcudiyeti anayasa tarihçisinin çalışabileceği bir alanı işaretler, anayasa tarihi bu bağlamda mevcudiyetleri, siyasi hareket yeteneği temin eden hukuki kurumlara odaklanır ki bu sayede hem modern dönemi öncesine bağlama imkanına erişilir hem de modernin anayasa araştırmalarını ulus-devlete eşitleyen bakış açısı genişletilir; devletler arası, üstü vb. bağlamlarda harekete imkân tanır⁶⁴.

Bundan dolayı Avrupa hukuk ve siyaset düşüncesinin, iki modern öncesi uygarlıktan beslendiğini hatırlamak gerekir: Roma ve Antik Yunan. Roma’dan devralınan *constitutio* ve Antik Yunan’dan devralınan *politeia* bu mirasın anayasa düşüncesindeki izdüşümleridir.

1.2.3.1. Politeia

Platon ve Aristoteles *politeia* adı altında farklı yönetim biçimlerini eserlerinde tasvir ettiler. Yönetimler arasında sırasıyla bir döngü bulguladılar: Monarşi-aristokrasi-politeia yahut bozulmuş halleriyle tiranlık-oligarşi-demokrasi. Bu döngüye kaynaklık eden toplumsal değişimlerdi. Onlar değişmeden kalan, tüm yönetimlerin değerlendirmesinde bir ölçüt olan model için de *politeia* adını kullandılar. Bu bağlamda Yunan şehir devletini ifade eden *polis* isminden türemiş *politeianın* esas teşkilat demeye geldiği hususunda tereddüde yer yoktur⁶⁵.

⁶⁴ Reinhart Koselleck, *Kavramlar Tarihi: Politik ve Sosyal Dilin Semantiği ve Pragmatikliği Üzerine Araştırmalar*, çev. Atilla Dirim, 2. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2013, s. 381-385.

⁶⁵ Arkaik Grekçe üzerinde hassasiyete sahip, *politeianın* anayasa olarak karşılandığı, anayasa-ressamı filozof kavramsallaştırmasına dayalı bir çalışma için

Buna karşılık, Sartori, *politeianın* siyasi iktidarın sınırlandırılması gibi bir fikri ima etmediğini, dolayısıyla 18.yüzyıl anayasacılık hareketlerinin ürünü olan anayasa kavramının, *politeiayı* karşılamak için kullanılmaması gerektiğini ifade eder⁶⁶. Burada, bu kanaate karşı çıkan üç argümanı ileri sürmekle yetineceğim zira aşağıda nedenler kuramı açıklarken özellikle üzerinde duracağım gibi bu çalışmanın tamamı da bir açıdan zaten bu eleştiriye bir karşı çıkıştır.

Argümanlarımdan birincisi sınır kavramına ikincisi ise *politeianın* Aristoteles'teki çift anlamına dairdir. Evvela siyasi örgüt bahsine gelmeden şunu hatırlamak zorundayız: Temel işlevlerinden biri sınır koymak olan felsefeyi icat eden Yunanlar için, sınır fikri, muhakemeden dışlanması mümkün olmayan bir değerdi aynı zamanda. Pisagorun irrasyonel sayının varlığını ileri süren öğrencisini öldürtmesi sık alıntılanan bir hikayedir. İrrasyonel sayının keşfi, başka nasıl bir değer sisteminde dini bir kriz yaratır! Başka birçok etmenin yanında, sınır kavramına tutkuları Yunanların felsefeyi bulabilmelerini sağlamıştır; gerçekten de kavramak, sınırlandırarak mümkündür. Bazen en basit hakikatleri hatırlatmak gerekiyor. Sınırları olmayan şey, bir belirsizden ibarettir. Apollonik dürtüye teslim olmuş Yunan, belirsizliğe tahammül edemezdi. Belirsiz olan aslında olmayan ve bilinemeyecek olandır. Nitekim Zeybekoğlu da, Yunanların, bir anlamı da düzen demek olan *nomos* kavramını, Schmitt'teki yeri gereği açıklarken düzenin sınırla olan ilişkisine dikkat çekme ihtiyacı duyar: Sınırları olan bir uzamın düzenin temeli olduğunu belirtmesinin akabinde Batı dillerinde tanımlama ve sınırlama kelimelerinin Latince kökeninin sınır anlamına gelen iki farklı kelime olduğunu ve tanımlamanın ancak sınırlamakla mümkün olduğunu ifade eder⁶⁷. Eco, sınır meselesinin Yunan ve Latin uygarlıklarının karakteristiği olarak görülebileceğini anlatırken Yu-

bkz. Danielle S. Allen, *Platon Neden Yazdı?*, çev. Ayşe Batur, İstanbul, İletişim Yayınları, 2011.

⁶⁶ Sartori, "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", s. 860 vd.

⁶⁷ Emre Zeybekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2009, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 165.

nan'ın rasyonel olanla sınıra, ölçüye uyan arasında kurduğu ilişkinin Latinlerce benimsenip yasal bir standartta dönüştürüldüğünü ifade eder: Roma'nın kuruluşu sınıra riayet etmeyen kardeşin katline dayanır, sınır civitiası var eder, sınırlar silindiğinde Roma göçmenlere yenilmiştir vb⁶⁸. Nitekim Yunan için bir şeyin yetkinliği sınırlarının belirginliğiyle ölçülür. Anayasa diye, bilinebilir yani sınırları olan, belirli bir düzen arz eden, bilmeye konu edilebilecek tekrarları olan bir yapı, ancak muhatapları ona saygı duyduktan sonra açığa çıkabilir ve anayasa için etkinlik ile yetkinlik aynı anlama gelir. Tersinden söyleyecek olursak Yunan için tiranlık rejiminde aslında anayasa yoktur, tüm yönetimler Aristoteles'in *politeia* dediği anayasal yönetimin az çok bozulmuş halleridir lakin tiranlık bunlardan ötede işlerin yönetilme nedeni olarak yöneticinin keyfiyeti dışında hiçbir şeyi işaret etmeyen dolayısıyla yasasız yani sınırı olmayan son tahlilde karakter arz etmeyen anayasasız yönetimlerin genel adıdır⁶⁹.

Eşyayı bilmeye yönelen Yunan, tabiatıyla bu bakışını siyasi örgütü bilinir kılma gayretinde de sürdürmüştür. *Polisi*, aileden ayıran nedir? Tiranlık neden *politeia* değildir? Aristokratik bir *polisle* demokratik olanın farkı nedir? İmdi burada durup ikinciye geçmek icap eder. Nasıl ki anayasanın, siyasi iktidarın tabi olduğu kurallar demeye gelen bir geniş anlamının yanında bir de siyasi iktidarın örgüt yapısını ifade edecek şekilde esas kuruluş anlamı vardır⁷⁰ ve anayasacılık bu örgütlenmenin siyasi iktidarı sınırlayacak düzeyde olduğu vakit gündeme gelir⁷¹ Aristoteles'in *politeiayı* kullanışı da aynı bu

⁶⁸ Umberto Eco, *Yorum ve Aşırı Yorum*, çev. Kemal Atakay, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2016, s. 35 vd.

⁶⁹ Aristoteles, *Politika*, 1293b-1295b. Yararlanılan nüshalar: Furkan Akderin, 2. Baskı, İstanbul, Say Yayınları, 2015.; *Politics*, çev. H. Rackham, 4. Baskı, Loeb Classical Library No. 264, Harvard University Press, 1959.

⁷⁰ Başka birçok yazarın yanında Eroğul eserinin hemen başında bu görüşünü paylaşır. Eroğul, *Anatüzeğe Giriş*, s. 16-18.

⁷¹ Yine anayasayı, anayasacılıkla bir değerlendiren, ancak vatandaşların hakları lehine siyasi iktidarı sınırlandıran bir metnin mevcudiyeti durumunda anayasadan bahsedilebileceğini ifade eden de birçok yazar mevcuttur. Pasquino, ayrımı şu şekilde ortaya koyar. Her siyasi sistemde yönetimin formunu, siyasi örgütlenmeyi belirten bir anayasa (*Verfassung*) bulunur, fakat çoğu

minvalde birincileyin siyasi iktidarın bütün formları için (aristokrasi, monarşi, demokrasi vb.), ikincileyin ise bu formların en kamil hali, bozulmamış hali olan *politeiayı*-anayasal yönetimi ifade etmek içindir zira tüm formlar adını aslından ve hedefinden örneğimizde *politeianın* kendisinden alır ki bu, yönetimi bir amaçla, en pejoratif ifadesiyle ortak iyiyi gerçekleştirmek kriteriyle sınırlar. Dahası bu yönetim biçiminde kurumlar karma anayasaya müracaat edilmek suretiyle toplumsal dengeyi yani sınıfların birbirini kontrol etmesini temin edecek şekilde kurgulanmıştır. En iyi model olarak *politeia* aslında Sartori'nin Aristoteles çevirmenlerini eleştirmeden önce, hakkında tartıştığı 'olması gereken' konusuyla birlikte anlaşılabilecek bir durumdadır. En iyi model olan *politeia* bozulmuş modeller için bir olması gerektirir. Dolayısıyla bu anlam katmanına dikkat edildiği müddetçe Sartori'nin argümanını ayrıca dikkate almayı gerektirecek bir durum yoktur.

Kaldı ki anayasacılığın amentüsü olarak nitelendirilebilecek 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 16. maddesindeki "Hakların güven altına alınmadığı ve güçler ayrılığının belirlenmediği bir toplumun anayasası yoktur." ifadesinin düşünce tarihindeki izini takip de bizi aynı yere götürür. Bu ikincinin devamı niteliğindeki üçüncü argümanımdır. Montesquieu tarafından yeniden formüle edilen kuvvetler ayrılığı teorisinin gerisinde Cicero'nun bir olması gereken, Polybius'un ise zaten Roma'da uygulanan bir sistem olarak bahsettiği karma anayasa modeli bulunur. Sınıfların dengede tutulduğu bu modelin kuramsal temeli ise Aristoteles'in ve Platon'un eserleridir. Aristoteles'in yetkin yönetim modeli olan *politeia*, aristokrasi ile demokrasi arasındaki orta yoldur ki bu Platon'un *Yasalar* eserinde detaylandığı, yöneticilerin

modern siyasi sistemin örgütlenmenin formu yanında vatandaşların haklarını tanımlayan yazılı bir anayasası da (*Konstitution*) vardır. (Pasquino, "Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis", s. 1009.) Pasquino'nun ayrımı yalın ve tanıdıkır lakin anayasa tarihi açısından adlandırmadaki isabetinden şüphe etmek gerekebilir. *Verfassung* geniş anlamıyla anayasayı karşılamak için kullanılsa da kendisi işaret ettiği fenomen kadar eski değildir. Bkz. Koselleck, *Kavramlar Tarihi: Politik ve Sosyal Dilin Semantiği ve Pragmatiği Üzerine Araştırmalar*, s. 390.

yasayla bağılı olduğu ve aristokrasiyle demokrasi arasında bir yol tutan en iyi yönetime karşılık gelir⁷².

Yukarıda, yumuşak-katı anayasa ayrımında, İngiltere'nin yazılı bir anayasaya sahip olmamasına rağmen herkesçe kabul edilen anayasallık geleneğine dikkat çekilmişti. Bu aslında İngiliz Anayasasının *de facto* katılığına işaret eder ki bunu temin eden de "karma anayasa modelini" sürdürüyor olmasıdır⁷³. Karma anayasa, erkler ayrılığının geri planındadır dolayısıyla anayasacılığın da. Siyasi iktidarın paylaştırılması, devletin sınırlandırılması, gücün dizginlenmesini, kontrol edilmesini temin eder⁷⁴. İleride karma anayasanın erkler ayrılığına giden yolculuğundaki kilit taşı konumunda bulunan toplumsal denge vurgusu otorite ile ilişkili olması nedeniyle ayrıca ele alınacaktır.

Aristoteles'in tasnifi hem en geniş anlamıyla anayasaya yani siyasi iktidarın takip ettiği kurallar, hem de anayasallık anlamında yani sınırlandırılmış iktidar olarak anayasaya imkân vermektedir. Bu bağlamda modern öncesi uygarlıkların anayasa tarihi açısından incelenmesinde ve dahi antik düşüncenin gereçlerinden istifade edilmesinde bir beis olmadığı tekrar edilmelidir. Bilakis 18. yüzyıl anayasacılık hareketinin ürettiği içerik olmadan anayasanın değerlendirilemeyeceği yönündeki ısrar anayasa düşüncesini liberalizme terk anlamına gelir. Yunan siyaset ve hukuk felsefesi üzerinde aşağıda daha fazla duracağız, şimdilik ifade ettiklerimin *politeiaya* anayasa dışında bir karşılık aramak için bir nedenimiz olmadığını ortaya koyduğuna inanıyorum⁷⁵.

⁷² Bkz. Platon, *Yasalar*, çev. Candan Şentuna-Saffet Babür, 3. Baskı, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2007, 756c-758.; Vahdet İşsevenler, *Platon'da Varlık ve Yasa*, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2015, s. 162 vd.

⁷³ Pasquino, "Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis", s. 1012.

⁷⁴ Karl Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, University of Chicago Press, 1965, s. 124.

⁷⁵ Oder de bu konuyu, anayasa kavramını izah ederken tartışır: "AB Anayasa Taslağı, Başlangıç kısmında Thucydides II'ye gönderme yapan bir alıntı ile başlamaktadır: "Anayasamız demokrasi olarak adlandırılır, çünkü iktidar aenlilğin değil, çoğunluğun elindedir." Bu alıntındaki "anayasa" sözcüğünün tam karşılığı "politeia" dan başkası değildir. Böylece yüzyıllar öncesinde yönetim biçimleri

Nitekim Schmitt, bir nevi yaşanan anayasa olarak içeriklendirdiği mutlak anayasanın, anayasanın Yunan felsefesinde ele alınış biçimi olduğunu ifade eder⁷⁶. Mutlak anayasa, varsayımsal *grundnorm*un realist ikamesidir⁷⁷. Anayasanın geçerliliğini varsayımsal olan bir normdan değil somut durumdan alması, anayasanın kendisini anayasanın maddelerinden ayırır ve anayasayı bir yasalar demeti olarak değil ilgili siyasal birliğin kimiz ve neyiz sorularına verdiği cevapta somutlaşan bir anlayış olarak kavranmasını sağlar.

Bu haliyle Yunan deneyiminden, siyasi iktidarın yapısının toplum yapısına sıkı sıkıya bağlı olduğunu, toplumdaki değişikliklerin anayasayı etkilediğini ve her biri, toplumsal sınıflardan birinin üstünlüğünü yansıtan modellerden anayasal adını toplumsal dengeyi yansıtan modele vermek gerektiğini öğreniriz. Yunanlar, iki yüzyıl boyunca anayasal demokrasiyi en doğrudan haliyle deneyimleme imkanına sahip oldular; güç birikimine karşı hassastılar ve demokrasiye aşırı bir düşkünlükleri vardı, idari görevleri erklerin ayrışmasını temin edecek şekilde dağıtıyorlardı, göreve tekrar atanma söz konusu değildi ve kısa süreli rotasyonlar öngörüyorlardı⁷⁸. Yasaları yazarı şehrin dışına göndermek, idari görevlere gelmede vatandaşlar arasında koşulsuz eşitlik vb. tutumlar güç birikimini engelliyordu belki ama hukuk yaratma eksiklikleriyle birleştğinde kurumlar oluşturma ve bu kurumları ayakta tutacak iktidarı temin etmenin önüne geçiyordu. Nitekim bu şartlar altında halk meclisinin keyfiyetini dengeleme imkânı mümkün olmadı ve kurumsallaşamayan şehir dengesini ve uyumunu yitirdi⁷⁹. Diğer bir ifadeyle anayasallığı kurumsallaştırma başarıları şaibeli kaldı. Tilmizleri Roma'yla karşıla-

anlamında kullanılan "politea" / "anayasa" ("geniş anlamıyla politea"), "anayasa" başlığını taşıyan güncel bir metinde yeniden canlanmaktadır." Oder, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, s. 31.

⁷⁶ Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, çev. Jeffrey Seitzer, London, Duke University Press, 2008, s. 60.

⁷⁷ Richard Stacey, "Constituent Power And Carl Schmitt's Theory Of Constitution In Kenya's Constitution-Making Process", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt: 9, Sayı: 3-4, 2011, s. 599 vd.

⁷⁸ Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, s. 129.

⁷⁹ Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, s. 130.

tırılınca hukuk yaratma, hukuku eksene alma konusunda başarısızlardı belki fakat, bu eksiklikleri düşünürlerinin, siyasi birliğin toplum yapısıyla olan ilişkisini kavramasını sağladı. Bunun bir sonucu olarak farklı anayasaları, o anayasalara sahip toplumun işleyişini betimleyerek tasnif ettiler ve hepsinde ortak olana “anayasanın kendisi” dediler. Bu çalışmadaki anayasallıktan kasıt da budur. Teleolojik bakış açısından bu akıl yürütmenin doğal bir sonucu olarak da “anayasanın kendisini” en başarılı şekilde gerçekleştirebilecek olanı da iyi anayasa, anayasal yönetim olarak adlandırdılar.

Bu dönemde Olympos mitinden beslenen Yunan *nomosu* çözülmüştü. Hatırlayalım Sokrates, tanrılar uydurmak ve gençleri yoldan çıkarmakla suçlanıyordu. Neyin dindarca olacağına dair normun çözülmüş olması böyle bir suçlamaya imkân vermişti. Dini içerikle desteklenmiş yasa, *thesmoi*, etkinliğini yitirmişti. Klasik Yunan felsefesi bu koşullarda ortaya çıktı. Platon ve Aristoteles’in metinlerinde etik ve hukuki kodun paralelliğini bu çözülmüştükle birlikte değerlendirmek gerekir. Felsefi söz nesnellik ihtiyacı koşullarında üretilmiştir⁸⁰. Diğer bir ifadeyle felsefi hakikat, dini meşruiyet yokluğundan doğan boşluğu doldurmak suretiyle yasaları insanların üzerine çıkarmak için icat edilmişti. Nitekim Yunan, siyasi süreçlerin aklileştirilmesi teşebbüsüyle anayasal yönetim fikrini hediye etmiş oldu⁸¹. Modernite sonrası rasyonelleşme olarak ifade bulacak durumun fikri nüvesi Aristoteles’in ifadesinde yalınlıkla ortaya konulur:

“Bu nedenle yasanın yönetmesini isteyen aslında, tanrının ve aklın yönetmesini istiyor demektir. İnsanın yönetmesini isteyen-se vahşi hayvanı istiyor demektir. Çünkü insanın tutkuları vahşi hayvan gibidir ve güçlü duygular yöneticilerin ve insanların en iyilerini bile yoldan çıkarır. Yasada ise isteklerden arınmış bir akıl vardır sadece.”⁸²

İşte bu yüzden anayasal yönetim fikrini ilk olarak Yunan düşüncesinde pratiğini ise Roma Cumhuriyeti’nde görürüz.

⁸⁰ İşsevenler, *Platon’da Varlık ve Yasa*, s. 103-129.

⁸¹ Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, s. 124.

⁸² Aristoteles, *Politika*, 1287a.

1.2.3.2. Constitutio

İngilizce, anayasa anlamına gelen *constitution* terimi Fransızca'dan geçmiştir ve kökeninde Latince *constitutio*, *constituo* (kuruluş, kurmak) kelimesi bulunur. Kelimenin etimolojisi takip edildiğinde, ortaklık, birliktelik anlamı veren *con* öneki ile sabitlemek, yerleştirmek, koymak anlamlarına genel *statuere* fiilinden oluşan kurmak, oluşturmak gibi anlamlara gelen *constituer* fiilini buluruz⁸³. Sadece iki büyük anayasal gelenekte değil onların etkisiyle birçok başka dile de (İtalyanca *costituzione*, İspanyolca *constitución*, Azerice *konstitusiya*, Rusça *Конституция* gibi) kaynak teşkil eden bu Latince kelime, kurma, tesis etme mukavemet, karakter anlamlarında da kullanılmış, bu anlamların siyasi birliğe uyarlanması şeklinde 'bir devletin yapılanma tarzı', 'yönetilen topluluktaki ilkeler bütünü' olarak 17. yüzyıldan itibaren siyasi dağarcığa dahil olmuştur⁸⁴. Burada etimolojiyle ulaşılan bir tespiti aktarmak konunun esasının da aydınlatılmasında işlevsel olabilir: Türkçede kullandığımız anayasa terimi hukuk dilinden gündelik kullanıma geçmişken, bu terimin diğer dillerdeki karşılığı için tam tersi bir durum söz konusudur; *constitution*, hem yüzlerce yıllık geçmişi haizdir hem de hukuk terimi olarak kullanımı toplumun ona verdiği kurmak, düzenlemek, bünyeye, doğa gibi siyasi, fizyolojik, gündelik vb. birçok farklı anlamdan sonra gerçekleşmiştir⁸⁵.

Constitutio, Roma'da *mandata* (imparatorun memurlara yönelik talimatları), *edicta* (genel nitelikli işlemler), *decreta* (imparatorun hakim olarak verdiği hükümler) vb. işlemlerinin genel adı olarak kullanılmıştır⁸⁶.

⁸³ Oder, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, s. 27; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 26.

⁸⁴ Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, Gözden geçirilmiş baskı, Cornell University Press, New York, 1947, s. 23; Turinay, *Dil, Hukuk, Siyaset Bağlamında Anayasa: Anayasanın Etimolojik Kökeni, Hukuki Anlamda Anayasa, Toplum Sözleşmesi*, s. 36, 38.

⁸⁵ Turinay, *Dil, Hukuk, Siyaset Bağlamında Anayasa: Anayasanın Etimolojik Kökeni, Hukuki Anlamda Anayasa, Toplum Sözleşmesi*, s. 49.

⁸⁶ Olga Tellegen-Couperus, *A Short History of Roman Law*, New York, Routledge, 2003, s. 86.; *Black's Law Dictionary*, ed. Bryan A. Garner, 8. Baskı, 2004, s. 936.; Oder, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, s. 27.

Sözcüğü Roma'dan devralan Kilise, kilise ile ilgili düzenlemeleri ifade etmek için kullanmıştır⁸⁷. Yine ileri tarihlerdeki diğer kullanımları da doğrudan esas teşkilata dair bir içerik vermez: *Constitutio de regalibus*, Kayzer'in madenler üzerindeki egemenliğini, *Constitutions of Clarendon*, dini mahkemelelerin yetkilerini, *avitae constitutiones*, kilise dışındaki makamların kiliseyle ilişkilerini düzenleyen metinlerdir⁸⁸. Dikkat edilecektir ki buralarda kullanım hep egemenliğin kullanılmasına ilişkindir. Roma'dan saydığımız örnekler de elbette *imperium*dan kaynaklanır, onun birer görünümüdür. Lakin henüz siyasi örgütün bütün hukuki yapısını ifade edecek şekilde kullanılmamıştır⁸⁹.

Yine de Roma deneyiminin anayasa tarihindeki tesirini idrak için biraz daha eşelemek gerekiyor. Romalıların *lex* adını verdikleri bizim için kanunu ima eden düzenlemeler hukuk kaynağı olarak sözleşmeyi bu minvalde anlaşılmayı işaret eder⁹⁰. *Lex* birincileyin tarafların yalnızca kendilerini bağlayan hususi bir kaide, ikincileyin kanuna daha yakın olarak ilgili *magistra* ile ilgilendiği *populus* arasındaki bir anlaşmaydı. Özellikle imparatorluk döneminde, bize anayasanın tarihini takipte etimolojik izler bırakan *constitutiones* yani imparator emirnameleri işte bu hukuk kaynağının yerini almıştır⁹¹. Yukarıda anayasal geleneği ile meşhur İngiltere'nin bunu belirli ölçüde karma anayasa modelini sürdürüyor olmasına borçlu olduğunu işaret etmiştik. McIlwain, bir memleketin en üst hukuku olan anayasaya gelinceye dek genel hukukun oluşumu noktasında *common law*un İngiliz *ius gentium*u oluşu yahut Lordlar kamarası ile Senato arasındaki işlev benzerliği gibi Roma ve İngiltere arasında bulunabilecek benzerliklerin altını çizer ve söz konusu anayasal ve siyasi alışkanlıklar ile hukuk alanındaki sürekliliğin Cumhuriyet dönemini takip eden İmparatorluk devrinde (*Principatus*) de anayasallığın

⁸⁷ McIlwain, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, s. 23.

⁸⁸ Oder, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, s. 28.

⁸⁹ McIlwain, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, s. 24.

⁹⁰ McIlwain, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, s. 49.

⁹¹ Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1975, s. 112.

muhafaza edilebilmesini mümkün kıldığını ima eder⁹². Bundan başka, senatonun ve halk meclislerinin *imperium* vermek suretiyle monarka otorite kazandıran *lex regia, lex de imperio, lex curiata de imperio*⁹³ gibi düzenlemeleri *constitutiones*in arkasındaki meşruluk kaynağıydı⁹⁴. Bu düzenlemeler giderek sembolik bir hal alsa da cumhuriyetçi anayasacılığın devam eden tesirine işaret ederler ki bu cumhuriyetçi meşruluk geleneğinin Azo ve Bracton üzerinden İngiliz siyasi geleneğine dahil olduğu da belirtilir⁹⁵. Dolayısıyla her ne kadar *constitutiones* bugün kullandığımız bağlamda, Roma'da anayasayı görmek için yetersiz dursa da Roma'daki cumhuriyetçi dolaşısıyla da anayasal dokuyu takip için uygun bir işaret olmaksızın da uzak değildir, zaten Roma deneyiminin anayasa tarihi için önemini cumhuriyet kurgusu üzerinden takip etmek gerekir⁹⁶.

Roma Cumhuriyeti, Yunan deneyiminin demokrasi odaklı oluşuna karşıt, doğrudan demokrasiye erişimi temin eden değil toplumsal yapının kurumsallaşması sonucu oluşan⁹⁷ organlardan müteşekkildi ve toplumsal dengenin bir yansımasıydı. Roma olgunlaştıkça, Senato aristokratları, konsüller monarkı ve halk meclisleri de halkı temsil edecek şekilde Roma sisteminde yerini aldı⁹⁸. Sadece bu üç kurum değil, yüksek memurlukların birbirlerinin denetimini temin edecek şekilde çift başlı öngörülmesi, göreve süreli geliş ve tekrar seçim yasağı gibi *check & balance* düzenini temin edecek kurum-

⁹² McIlwain, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, s. 53-56.

⁹³ Bkz. Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 116.

⁹⁴ George Mousourakis, *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Cornwall, Ashgate, 2003, s. 243.

⁹⁵ Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, s. 132.

⁹⁶ Cumhuriyet kurumlarının isimleri bile, ki başta cumhuriyetin kendisi *republic* gelir, Roma'nun modern sistemler üzerindeki tesirinin çapı hakkında fikir verir. Meşruiyetin tesisinde başvuru olan plebisitler, *concilium plebis*in ve yine kolaylıkla hatırlanacağı üzere senatolar Roma'nun nişanı (S.P.Q.R.: *Senatus Populusque Romanus*) konumundaki *senatus*un modern görünümleridir. (Karl Loewenstein, *The Governance of Rome*, The Hague, Nijhoff, 1973, s. 486.)

⁹⁷ Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, s. 130.

⁹⁸ Gerard Mendel, *Bir Otorite Tarihi: Süreklilikler ve Değişiklikler*, çev. Işık Ergüden, İstanbul, İletişim Yayınları, 2005, s. 169.

lara sahiptiler⁹⁹. Keyfiyeti önleyecek şekilde her kurum bir diğ-
ğ erinin gasp edemeyeceğı belirli bir yetkiyle donatılmıştı ve
meşruiyetin tesisi ancak bu kurumların iş birliğıyle mümkün
oluyordu¹⁰⁰.

Roma'da hukuki otoritenin nihai kaynağının *populus* olu-
ş u¹⁰¹ gibi modern öncesi anayasalar, anayasal bellekte muha-
faza edilen, ilahi yahut seküler gerekçelere dayandırılan tea-
müllerle egemenin edimini düzenleme eğilimindeydiler¹⁰².
Muktedirin, hükmetme ehliyetini Tanrı'dan aldığı dolayısıyla
Tanrı'nın inayetiyle ilişki içerisindeki monark fikrinin tiranlı-
ğı frenlediğı düşüncesi, teolojik gerekçenin en yaygın örneğı-
dir. Fakat bunun ötesinde anayasacılık hareketini ve toplum
sözleşmesi düşüncesini önceleyen yöneticinin belirli bir göre-
vi yerine getirmek üzere seçildiğı dolayısıyla bu hududun dı-
ş ına çıktığında yerinden edilebileceğı neviden en azından içe-
rik bakımından seküler gerekçeler de modern öncesi dönem-
de üretiliyordu¹⁰³. Dolayısıyla sınırlı siyasi iktidar fikri mo-
dern öncesinde de mevcuttu. Mevcut olmayan, toplumsal
ilişkilerin siyasi veçhesini betimleyecek, iktidar odakları ara-
sındaki dengeyi ilan edecek ve bu durumun sürekliliğini te-
min edecek kurumları düzenleyen "yazılı" bir anayasadır.
Tarihin, olumsuzluğu dairesinde, anayasacılık hareketine tanık
olmuş olması ve akabinde yüzlerce memleketin anayasa
yazmış olması nasıl ki anayasal yönetimleri dünya genelinde
görülen bir pratik haline getirmeye yetmediyse tek başına ya-
zılı anayasaların yokluğu da modern öncesi dünyanın sınırlı
siyasi iktidar fikri ekseninde kurumsallaşmış otorite fikrine
büsbütün yabancı olduğunu iddia etmek için yeterli değildir.

Artık, anayasa kavramına dair bu aşamaya kadar biriken-
leri değerlendirme aşamasına geçmek gerekir.

⁹⁹ Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, s. 131.

¹⁰⁰ Loewenstein, *The Governance of Rome*, s. 488.

¹⁰¹ McIlwain, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, s. 57.

¹⁰² Breslin, *From Words to Worlds: Exploring Constitutional Functionality*, Balti-
more, The Johns Hopkins University Press, 2009, s. 16.

¹⁰³ Quentin Skinner, *Modern Siyasal Düşüncenin Temelleri*, çev. Eren Buğlalılar-
Barış Yıldırım, II. Cilt, Ankara, Phoenix Yayınları, 2016, s. 202.

1.2.4. "Anayasa Nedir?" Sorusu

Anayasa yazılmış kanunlar demeti midir? Hem terim teriminin arkasındaki toplumsal ve siyasal olaylar, hem anayasa tasnifleri hakkındaki tartışmalar, hem de anayasanın modern öncesi anlamları hakkında kısa bir soruşturma bu soruya verilecek olumlu cevaba şüpheyile bakmamız için ziyadesiyle yeterlidir. Roma hukukunun başarısını toplumsallığında bulan McIlwain, İngiliz ve Alman hukuklarının Roma hukukuna direnç gösterebilmesini de aynı doğrultuda, toplumsal dayanaklarında arar¹⁰⁴. Bir toplumun anayasasını sadece anayasa metnine bakarak anlamak mümkün değildir. Aynı şekilde bir ülkede ilan edilmiş bir anayasa, anayasal devlete vücut vermez. Aşağıda anayasa nedir sorusunun cevaplanmasında rehber olacak anayasallığın takibinin bizi toplumsal ve siyasal olana götürdüğü daha net görülecektir.

Hukuk denildiğinde anladığınız özel bir tür kurallar manzumesi ise bir anayasa tanımı verebilmeniz için ihtiyaç duyduğunuz tek şey her hukuk kuralının anayasal nitelikte olmadığını belirtmektir. Söz gelimi "Anayasa, anayasal nitelikteki kuralların toplamıdır."¹⁰⁵ ifadesi hukuk kurallarından anayasal nitelikte olanların anayasayı meydana getirdiğini ifade etmesi bakımından uygundur. Buna karşılık tanımınızın bir içerik aktarabilmesi için ise hukuk kuralının ve onu anayasal kılanın ne olduğunu peşi sıra aktarmanız gerekir. Yukarıdaki maddi-şekli kriter ayrımı bir hukuk kuralını anayasal kılanın ne olduğuna dairdir fakat bunun yeterli olabilmesi için öncesinde bir kuralı hukuki kılanın ne olduğu ve hukukun kuraldan ibaret olduğu yönünde açıklama yapmanız gerekir¹⁰⁶.

Devletin edimini, bu edimi bilfiil icra eden bir kişi olması-na karşılık devlet edimi olarak nitelemeyi sağlayan, kişinin bu

¹⁰⁴ McIlwain, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, s. 59

¹⁰⁵ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 104.

¹⁰⁶ Nitekim Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş* eserinde hukuk anlayışını bu minval üzere belirtmiş ve *Anayasa Hukukunun Metodolojisi* (Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, İkinci Baskı, 1999) eserinde hukuk hakkındaki görüşünü anayasa hukukunun pozitivist teorisi başlığı altında özel olarak anayasa hukukuna uyarlamıştır.

edimi bir hukuk normuna dayanarak icra etmesidir¹⁰⁷. Parla-
mentonun yaptığı yasa için de bu geçerlidir; anayasa normu-
na dayanılarak yasama edimi icra edilir yani bir hukuk nor-
mu hazırlanır. Diğer bir ifadeyle alelade hukuk normunu or-
taya çıkarma edimi de bir norma dayanır. Norm, normla ma-
yalanır. Peki ilk norma olanak tanıyan nedir? Pozitif hukuk-
tan kaynaklanan bir yetki olamayacağı kesindir¹⁰⁸. Muhake-
memizi anayasaya doğrudan uyarlayalım ve bir an için kuru-
cu iktidarın hukuk dışı olduğunu varsayalım. "Kurucu ikti-
dar, istediği her konuyu anayasa hükmü haline getirebilir.
Diğer bir ifadeyle, kurucu iktidar istediği her hukuk normuna
anayasallık niteliği kazandırabilir.¹⁰⁹" ve "Anayasa, anayasal
nitelikteki kuralların toplamıdır.¹¹⁰" Bir nevi indirgemecilik
de olsa nihayetinde varacağı yer olarak bu iki tanıma arka
kaya yazdığımızda "anayasa, kurucu iktidarın istediğidir."
sonuç önermesine varırız. Hatta aynı mantık tali kurucu ikti-
darın, anayasa değişikliğini tek tek anayasa maddelerini de-
ğiştirmek suretiyle gerçekleştirebileceğini söylemek duru-
munda kalacaktır. Bunun karşısına ise Paine'in önermesini:
"Anayasa (esas teşkilat) bir hükümetin değil, bir hükümet
oluşturan (teşkil eden) insanların eseridir ve anayasasız bir
hükümet, hakka dayanmayan bir iktidardır.¹¹¹" ve Fransız İn-
san Hakları Bildirgesinin temel hakların düzenlenmediği, erk-
ler ayrımının olmadığı metnin anayasa olmayacağını belirten
on altıncı maddesini koyalım. Paine'in ve Fransız İnsan Hak-
ları Bildirgesinin getirdiği tarif anayasaya zorunlu bir maddi
içerik atfeder. Bu içerik de kurucu iktidarı bağlar. Gerek nor-

¹⁰⁷ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, çev. Er-
tuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, 2016, s. 126.

¹⁰⁸ Hans Lindahl, "Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an On-
tology of Collective Selfhood", *The Paradox Of Constitutionalism: Constituent
Power And Constitutional Form*, Ed. Martin Loughlin, Neil Walker, Oxford
University Press, 2008, s. 11. Normlar hiyerarşisinin başında bulunan
'grundnorm'un kritiği aşağıda bilahare gerçekleştirilecektir.

¹⁰⁹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 109.

¹¹⁰ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 104.

¹¹¹ Thomas Paine, *Ortak Akıl, İnsan Hakları ve Tarımsal Adalet*, Yay Haz. Jessica
Kimpell, çev. Faruk Gültekin, İstanbul, Doruk Yayıncılık, 2013, s. 304. Parantez
içerisindeki ibareler metnin orijinalindeki, anlatımı kuvvetlendiren kelime tercihle-
rini yansıtabilmek adına tarafımdan eklenmiştir.

mativizmin kurucusu Kelsen'in gerekse anayasa teorisini normativist pozitivizme dayandıran Gözler'in, Paine'in cümlesinde billurlaşan anayasacılıktan bihaber olmadıkları gibi meşruiyeti haiz olmayan, kişi hak ve özgürlüklerini düzenlemeyen, erkler ayrılığına yer vermeyen bir metne anayasa demeye tenezzül etmeyeceklerini de düşünebiliriz¹¹². Yine, Paine'in bu sözü ederken aklında Fransız yahut Amerikan anayasaları gibi yazılı bir anayasanın olduğunu da¹¹³. Anayasaların tarihi yahut aktüel örneklerinin de tek bir tarife sığar görünmeyişi yukarıda zıt görünen anayasa tariflerinden tek birini kabul etmemizi güçleştiriyor. Daha doğrudan söyleyecek olursak anayasayı, alelade hukuk kurallarının üzerinde yer alan bir hukuk metni olarak görmek yeterli olmamaktadır; anayasal kurallar yazmak, değiştirilmesini güçleştirmek anayasallığı temin etmemektedir. Hiç değilse anayasalara anlamı veren anayasallık vurgusu formel olarak anayasanın normatif bir dizge oluşuna ilaveten bu formu belirleyen, ona içeriğini veren normatif ifadeleri dikkate almak gerekmektedir ve bu bağlamda normatif, formel, maddi anayasa gibi çeşitlemelere gitmek gerekir ve nihayetinde araştırmacı anayasanın sadece formuyla ve bu formun anayasa metnindeki ifadesiyle değil onun maddi dayanağıyla da ilgilenmek durumunda kalır¹¹⁴.

Yukarıda çağdaş yazılı bir metne sahip olmayan az sayıdaki devletin nasıl anayasalı hatta anayasal olduğu sorusu gündeme gelmişti. Neden yazılı bir anayasaya ihtiyaç duyulur soruşturması yürütürken akla gelebilecek olanlardan ilki, yazılı bir anayasanın aralarındaki ilişkiyi düzenlediği siyasi aktörlere sessiz bir anlaşmadan daha fazla güven verdiği olabilir; yazı gerektiğinde başvurulabilecek açık bir delildir, ikincisi anayasa devrim neticesi oluşmuş olabilir bu takdirde

¹¹² Gözler'in 2016 anayasa değişiklikleri üzerine yazdığı çalışmalardan özellikle "Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa" başlıklı olanı kafi bir örnek olarak aktarılabılır. Bkz. Kemal Gözler, "Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa: 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/4, s. 25-36.

¹¹³ McIlwain, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, s. 2.

¹¹⁴ Andrew Arato, *The Adventures of Constituent Power: Beyond Revolutions?*, Cambridge University Press, 2017, s. 5-11 vd.

bir vaat ve umuttur¹¹⁵. Yazılı anayasalar, bireyin hak ve özgürlüklerini güvenceye almak ve siyasi iktidarın kullanılmasını kayda almak amacını güttüğüne göre bu yönde hissedilen meşruiyet eksikliği neticesinde, yerleşmemiş olan teamüllerin boşluğunu giderme işlevi görmeleri beklenerek hazırlanırlar ve her zaman da bir reçete olarak başarılı olmazlar¹¹⁶.

Turan ve Wheare, aynı durumu yeni bir başlangıç yapma arzusu olarak nitelemektedir: Yazılı anayasanın ilk örneği ABD için söz konusu olduğu gibi, memleketler her ne sebeple olursa olsun yeni bir başlangıç yapma niyetinde oldukları zaman yeni oyunun kurallarını da yazma ihtiyacı duyagelmışken İngiltere örneğinde somutlaştığı üzere şayet memleket, kurumsal devamlılığından yanaysa yeni bir belge yazmaya gerek görmemiş mevzuat ve anayasal bellek kâfi olmuştur¹¹⁷.

Bir anayasa ne kadar detaylı yazılırsa yazılsın son tahlilde kendini koruyabilecek kapasiteden mahrumdur; yazıyla kayda alınanın ötesinde yurttaşların sahip olduğu siyasi kültüre referans vermeksizin Birleşik Krallık yahut Yeni Zelanda'nın, katı ve yazılı anayasaya sahip diğer örneklerden nasıl olup da daha anayasal olduğu paradoksunu izah etmek mümkün değildir¹¹⁸. Bu duruma binaen Atay yalınlıkla ifade eder:

¹¹⁵ Pasquino, "Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis", s. 1009, 1010.

¹¹⁶ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 59.

¹¹⁷ Turan, *Anayasal Devlet*, s. 14 vd.; K.C. Wheare, *Modern Anayasalar*, çev. Mehmet Turan, 2. Baskı, Değişim Yayınları, 1985, s. vd.

¹¹⁸ Ratnapala, "The Idea of a Constitution and Why Constitutions Matter", s. 4. Anayasal devletin, anayasal belleğe ihtiyaç duyduğu hususunda, sağduyunun Ratnapala'ya yönelik bir itirazı olacağını sanıyorum lakin bunun temellendirilmesinde Chomsky'nin dil kuramının zorunlu bir referans kaynağı olduğunu düşünmediğimi ve anayasal belleğin modern ifadesinin kimi toplumları diğerlerinden evrimsel olarak yukarıda görmemizi gerektirecek bir üstünlük olarak alınması yönündeki imaya karşı çekincelerimi kaydetmek zorundayım. Aksi takdirde hem sıırlı devlet (burada devleti modern bir aygıtı değil en geniş anlamıyla siyasi örgütlenmeyi karşılayacak şekilde kullanıyorum) fikrinin siyaset felsefesinde, anayasacılık hareketi ortaya çıkmadan evvel de mevcut olduğu yönündeki iddiamla çelişmiş hem de farklı kurumlarla siyasi iktidarı sınırlandırmış olan vakaları görmezden gelmiş olurum. Anayasal yönetimin görünümüleri kuvvetler ayrılığı, hak ve özgürlüklerin korunması kadar hukukun üstünlüğüdür de. Hatta diğerleri hukukun üstünlü-

“... anayasa denilen metin veya kurallar bütünü, toplumsal inanç ve değerlerinin bir işlemi (acte de foi), somutlaşmış halidir. Bu nedenle İngiliz Anayasası için “tabusuz (dogması olmayan) din” (religion sans dogme), Fransız Anayasası içinde “dini olmayan dogma (tabu)” (dogme sans religion) tanımlaması yapılmaktadır.¹¹⁹”

Dolayısıyla anayasayı var kılanın yazılması değil yazıldığına işaret edilmiş, nesnel olarak muhafaza altına alınmış olan bu yöndeki hukuki-siyasi bilinç olduğu kanaatini değerlendirmek durumunda kalırız. Bu bilinç hiyerarşik olarak üstün olan bir kural demetini değil kendi tarihsel koşulları dahilinde kurumlar aracılığıyla nesnelleşmiş dolayısıyla farklı bir yoldan da olsa kurulmuş iktidarı sınırlandıran bir anayasayı işaret eder¹²⁰. İngiliz anayasal deneyimine binaen Schmitt, Magna Carta’dan bu yana kabul edilen tüm anayasal belgelerin ancak kurucu iktidar tarafından değiştirilebileceğini söylerken¹²¹ o günden bu yana İngiltere’de kurucu iktidarın bu konudaki tavrı değişmediği için Magna Carta’nın metni şaibe-

günü temin eden, ona nispetle ikincil konumdaki kurumlardır. Tıpkı devlet ifadesindeki gibi moderne özgü sözlüğü terk edecek olursak anayasal bellek yerine törel bilinç diyelim. Bu takdirde önümüzde açılan daha geniş insanlık tarihi haritasındaki, törenin, muktediri tanımladığı ve ona sınır getirdiği örnekleri yadsıyabilir miyiz? Elbette modern toplumun, kompleks yapısına uygun, gelişmiş bir hukuka ihtiyacı vardır. Şayet, Ratnapala’nın Fuller’ın sekiz ilkesini taşıyan hukuktan bahsederken kullandığı evrimsel avantaj, bu bağlama yerleşiyorsa buna itirazım olmaz. Lakin daha basit bir toplumsallıkta çok daha basit enstrümanlar aynı işlevi görebilir ki anayasal tekâmül noktasında bu toplumların Fuller’ın sekiz ilkesini yerine getiren herhangi bir toplumdan geri olduğunu söylemenin gerekçesi de olamaz.

¹¹⁹ Atay, “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması Ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, s. 519.

¹²⁰ Pasquino, “Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis”, s. 1012.

¹²¹ Ece Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in Anayasa Öğretisi”, *İÜHFİM*, Cilt: 73, Sayı: 1, 2015, s. 53. Buradaki bağlam için bir hususiyet arz etmese dahi Schmitt’in Magna Carta’nın anayasal niteliğini hiç değilse 13. yüzyıl itibarıyla şüpheli bulduğunu hatırlatmalıyım. Ona göre Magna Carta bu tarihler itibarıyla daha ziyade aristokrasinin hak kazanımına karşılık sadakat yükümlülüğü altına girdiği bir anlaşmadır. Bill of Right ise siyasi birliği hiç değilse varsayması bakımından modern anlamda anayasal kabul edilir. (Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 98.)

li olmasına rağmen kendisinin geçerli kalabildiğini ifade etmiş olur. Bununla tutarlı olarak Alman birliğinin de bir takım yazılı maddelere ve onların geçerliliğine değil bilakis Alman halkının siyasi varoluşuna dayandığını ve Weimar Anayasası'nın Alman halkı onu anayasa olarak kabul ettiği için geçerli olduğunu ifade eder¹²².

Öte yandan yazısız anayasaların oluşumu anayasayı yapan iktidar konusunda da genel kanıyı sarsıcı niteliktedir. Belirli bir faili olmayan, teâmülî nitelikteki bu anayasalar hem anayasanın ne olduğunu hem de onu kuran iktidarın aslında, yazılı anayasalardaki gibi fail değil maddi neden olduğunu göstermek suretiyle kurucu iktidarı anayasanın maddi ve fail nedeni olarak ayırmamızın önemini açığa çıkarır. Yani yasa koyucu ile onun dayanağı olan halk arasında bir ayrımın gerekliliğini işaret eder. Kaldı ki, yazısız anayasalar, anayasallığın gereğini yerine getirirken, yani siyasi iktidarı sınırlandırırken onlardan anayasa olarak bahsetmemek ne kadar doğrudur, ne işe yaramaktadır? Bunları dışarıda bırakarak anayasal bir devletin oluşumunu nasıl anlayabiliriz? Dahası bunlar norm niteliğini haiz değil midir netice olarak? Yargının kurduğu muhataplık yani yargı kararının konusu olmaları hukuki niteliklerini ortaya koymakta yeterli olmalıdır¹²³. Söz gelimi İngiltere'de anayasal nitelikteki kaidelerin tamamı yazılı olmadığı gibi kimi memleketlerde yazılı olmakla beraber anayasada değil, hiyerarşik olarak daha aşağıdaki metinlerde yer almaktadır lakin esas teşkilata ve vatandaşların temel hak ve hürriyetlerine ilişkin olması münasebetiyle anayasal niteliği haizdir¹²⁴. Kaldı ki çoğu yorumcunun dikkat çektiği gibi yazılı anayasalara sahip olan ülkeler de ayrı zamanda ilkelere, anayasal teamüllere ve yargılara dayanır¹²⁵. Kimi anayasa-

¹²² Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 65.

¹²³ Anayasallık ve hukuk devleti denildiğinde akla ilk gelen *Marbury v. Madison* kararının dayanağını oluşturan *Trevett v. Weeden* kararı yazılı anayasanın yokluğunda verilen bir iptal karardır. Bu bağlamda bkz. Mehmet Tevfik Özcan, "Yasama Faaliyetinin Sınırı Olarak Hukuk Devleti", *Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan*, Adalet Yayınevi, 2010, s. 554.

¹²⁴ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, s. 52.

¹²⁵ Arato, *The Adventures of Constituent Power: Beyond Revolutions?*, s. 3.

larda maddi anlamda anayasanın doktrinal içeriğini aşan ormancılık, maliye vb. konularda içerik bulunması aslında o memleketin bu konulara anayasal önem verdiğinden başka bir anlama neden gelsin? Öte yandan anayasanın esas teşkilatı düzenlemesi de alelade bir iş değildir: İdarenin vazifesini nasıl icra edeceğine dair bir kılavuzdan öte idarenin hukuk dairesinde kalarak kamu gücünü kullanmasına dairdir ki bu suretle anayasa hukuku idare hukukundan ayrılır¹²⁶. Anayasayı tarif etmek için maddi ve şekli kriterin yeterli olmadığını ve anayasal devletin vücut bulması için de yazılı bir anayasanın mevcudiyetinin yeterli olmadığını kabul etmek zorundayız.

Tunaya, Hauriou'nun toplumsal anayasa terimini aktarıırken siyasal anayasanın dışında bir de toplumsal anayasadan bahseder: Toplum kurumların esas kaynağıdır, devlet anayasaca millet olarak tarif edilen toplumun siyasi kalıbıdır dolaısıyla bu kalıptan önce mevcuttur¹²⁷. Bu görüş, yazılmış anayasanın gereğince idraki için toplumsal anayasa denilen kaynağı dikkate alma zarureti imâ eder. Hukukçunun işi kurallardır lakin bununla yetinilip fiili durumun mevzu bahis kurallarda birebir temsil edildiği yanılgısına düşülmemeli, siyaseti dolayısıyla toplumsal ve tarihi bileşenleri görmezden gelen hukukçular mezhepçiliğine, hukuki değerin türetilmesine yönelik körlüğün mazereti bir mevzuatçılığa varılamamalıdır¹²⁸. Anayasa hukuku, siyasetin hukuki çerçevesidir¹²⁹. Bunun içindir ki anayasayı incelemeye yönelik bir teşebbüsün toplumsal gerçeklikle uyuşmayan yargılara varmamak için siyaseti ilgi alanının dışına itmemesi, siyasi ve tarihi veçheleri ile birlikte nesnesini incelemesi gerektiği, belirtilir¹³⁰.

Anayasanın en geniş anlamıyla siyasetin tâbi olduğu kurallar olduğu da ifade edilir, bu bağlamda siyasi iktidarın merkezileştiği her yerde diğer bir ifadeyle her devletli top-

¹²⁶ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, s. 55.

¹²⁷ Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa*, s. 30.

¹²⁸ Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa*, s. 33, 50, 51.

¹²⁹ Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa*, s. 54.

¹³⁰ Eroğul, *Anatüzeye Giriş*, s. 26, 30.

lumda bir anayasa da vardır¹³¹. Ders kitaplarında ezber edilen ayrımların yetersizliği noktasında bu ayrımların terk edilmesi gerektiğini belirten Turan, toplumsal planda yaşananları, siyasi iktidarın konumunu dikkate alan, Loewenstein'in ontolojik anayasa sınıflandırmasını ve onu alıntıl原因 Sartori'nin terminolojisini hatırlatır¹³². Loewenstein'in ontolojik anayasası, anayasa metninden ziyade siyasi iktidarın anayasal normlarla ilişkisini merkeze alır¹³³. Dolayısıyla bu ayrıma yakından bakmak anayasayı toplumsal planda anlamak için işlevsel olacaktır.

Loewenstein, üçlü bir ayrıma gider: *normative* (normatif), *nominal* (itibari), *semantic* (semantik)¹³⁴: Buna göre normatif anayasalar, normlarının yaşamasına uygun ulusal iklimin olduğu, nitekim iktidarı uygulayanlar ve muhatapları tarafından bilfiil yaşandığı anayasalardır. Buna karşılık geçerli lakin etkin olmayan ise itibari anayasadır. Bundan kasıt anayasanın metni ile uygulaması arasındaki bilindik fark değildir. İtibari anayasanın ifade ettiği, siyasi kültürün eksikliği, bağımsız bir orta sınıfın mevcut olmayışı gibi sosyo-ekonomik koşulların neticesinde anayasal normlar ile siyasi hayatın pratikleri arasında uyumun görünmemesi halidir. Loewenstein'a göre anayasaları takım elbiseye benzetecek olsak, normatif anayasalar tam otururken itibari anayasalar seneye de giyersin mantığıyla alınmıştır. Semantik anayasalardan ise takımdan ziyade maskeli balo kostümü olarak bahsetmek daha doğru olur. Erklerin terkibi bir diktatörün, cuntanın yahut partinin lehine dondurulmuştur; siyasi iktidarı sınırlandırma değil statükoyu daimî kılma işlevi görür böyle durumlarda da iktidarın barışçıl yollardan değişimi imkansızdır.

Breslin, Loewenstein'in ayrımını da dikkate alarak öneriye boyut katar, dörütlü bir ayrıma gider¹³⁵: Buna göre yatay hat

¹³¹ Eroğul, *Anatüzeye Giriş*, s. 16, 18.

¹³² Turan, "Anayasa ve Anayasacılık", s. 8; Sartori, "Constitutionalism: A Preliminary Discussion" s. 861.

¹³³ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 39.

¹³⁴ Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, s. 147-150.

¹³⁵ Breslin, *From Words to Worlds: Exploring Constitutional Functionality*, s. 25-29.

sahte anayasalardan tamamen etkin olanlara uzanırken bu hattı dikine kesen çizgi ise anayasaldan anayasal olmayana uzanır.

ANAYASAL	
D	A
Eski Sovyet Anayasası	Liberal Demokratik Anayasalar
Sahte	Etkin
C	Arap Anayasaları B

ANAYASAL OLMAYAN

Tablo 1: Anayasallık Bağlamında Anayasalar

Anayasal olmayan anayasalar, tahmin edileceği üzere siyasi örgütün yapısını betimlemesine karşılık onu sınırlamak gibi bir işlevi yoktur, siyasi iktidarı sınırlandırmazlar ama ne diyorlarsa onu yerine getirirler. Bu bağlamda hükümleriyle işlevleri arasındaki tutarlılık açısından liberal-demokratik anayasalardan farkları yoktur. Buna karşılık sahte anayasalar ise siyasi iktidarı sınırlandırma vaadinde bulunmasına karşılık yetki verdiği kişilerce görmezden gelinir yahut ihlal edilir. Sahte anayasa adını da buradan alır; onun işlevi siyasi iktidarın gerçek yapısı hakkında aldatmaktır. Breslin’e göre Stalin’in Sovyet Anayasası yahut Mao’nun Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası bu nevidendir; vaat ettikleriyle toplumun yaşadığı arasında kayda değer bir mesafe bulunur. Buna karşılık A grubundaki demokratik-liberal anayasalar hem anayasal hem de etkindir. B grubundaki anayasalar ise etkin olmasına etkindir lakin anayasal değildir. Bu eşleşmenin doğal sonucu olarak hem etkin olmayan hem de anayasal olmayan bir anayasa yoktur.

Anayasa bir yandan devletin hukuki statüsünü ortaya koyar, hukuken betimler diğer yandan ise devlet aygıtına uyması gereken sınırlar getirir, onun tâbi olduğu normları içerir, yani hem betimleyici hem normatif özellik arz eder¹³⁶. Dolayısıyla hukukun meta-diliyle tasvir ettiği devlet her hâlükârda onun aktüel görünümünden farklılık arz eder. Dahası yukarıda aktarılan farklı tasnif türlerinin ortaya koyduğu üzere gerek memleketlerin tarihsel özelliklerinden gerekse galebe çalmış siyasi iktidarın tavrı doğrultusunda anayasalar, anayasal olmayabildiği gibi anayasal görünmeyebiliyorlar da. Öyle ya da böyle ilk yazılı anayasalardan bugüne anayasa metinleri, meşruluğunu kurucu iktidardan alan ve halkın özgürlüğünü gerçekleştirmeye muktedir bir siyasi örgütün mevcudiyetini ilan ve muhafaza işlevinden, çıplak gücü örten bir pelerine döndüler¹³⁷. Artık anayasanın, anayasallığın ne olduğunu metinlere bakarak idrak etme imkânı mevcut değildir.

Anayasa teriminin bugün üç farklı anlamı işaret ettiğini hatırlayalım: İlki, diğer kanunların üstünde yer alan bir "hukuk metnidir", ikincisi metinde ilan edilen hukuki betimlemedense "yaşayan sisteme" denk gelir, üçüncü anlam ise anayasacılık yahut anayasal devlet kavramlarının taşıdığı "sınırlı siyasi" iktidar fikridir¹³⁸. *Sonuç olarak bir siyasi birlikte ilan edilen ve hiyerarşik olarak diğer hukuk kaynaklarından yukarıda olan anayasanın, yaşanılan anayasayla örtüşmesi ve bu örtüşmede de siyasal birliğin formunun, kurulmuş iktidar olan siyasi iktidarı sınırlandırmak suretiyle kurucu iktidarın potansiyelini açığa çıkaran bir yapıda olması halinde anayasa nihai haline ulaşır. Dolayısıyla anayasa bir ülkedeki nüfusun bir araya geliş biçimidir; siyasi birlikteliğin formudur, bu form kendisini açığa çıkaracak taşıyıcısından yani maddesinden ayrı düşünülemez. Diğer bir ifadeyle anayasanın bir kurallar demeti olmayışı, anayasanın toplumsal ve siyasal maddesine yani kurucu iktidara eğilmeyi gerektirir. Kurucu iktidar, anayasanın dayanağı ol-*

¹³⁶ Atay, "Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki", s. 506.

¹³⁷ Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, s. 136.

¹³⁸ Ratnapala, "The Idea of a Constitution and Why Constitutions Matter", s. 3.

ması hasebiyle anayasaca kurulan iktidarların da ilk sınırını teşkil eder. Dolayısıyla hem "anayasa nedir?" sorusu hem bölümün başında Rousseau epigrafında işaret edilen anayasallık sorunu bizi aynı kaynağa, kurucu iktidara götürür. Bunlar, şu an için sadece anayasa hakkındaki eleştirel bir sorgulamanın imalarıdır. Yukarıda işaret ettiğim üç anlamı tutarlı bir şekilde bir araya getirmenin ve kurucu iktidar-anayasa eşleşmesini deşifre etmenin ise anayasanın onto-teleolojisi dediğim şemayla mümkün olduğunu düşünüyorum. Bu nedenle anayasanın maddi yanını, kurucu iktidar anlatısını sürdürmek suretiyle gündeme alan Schmitt'e ve ona yönelik kritiğimize geçmeden evvel, kurucu iktidarı, anayasanın maddi-fail nedeni olarak ayırmaya ve *anayasayı kurucu iktidarın potansiyelinin edimselleşmesi* olarak görmeyi temin edecek onto-teleolojik şemaya yer vermek gerekmektedir.

1.3. Anayasanın Onto-teleolojisi

Onto-teleolojik şemadan hem anayasanın ifade ettiği farklı anlamları kuşatabilmesini hem de kurucu iktidarın yerli yerinde bir anlama kavuşmasını bekliyorum. Kurucu iktidar hakkındaki nihai soruşturma son bölümde gerçekleştirilecektir. Fakat bu aşamaya kadar hem kurucu iktidarla anayasa arasındaki ilişkinin izah edilmesi hem de ikinci ve üçüncü bölümlerde kurucu iktidar düşünceleri tartışılan yazarların eleştirilerinde bu şemanın kullanılması nedeniyle asgari de olsa bir açıklamanın hemen şimdi yapılması gerekmektedir.

Şema iki başlıktan oluşmaktadır. Anayasa vardır yahut yoktur iddialarının sığılığundan kurtaracak ve bir derecelendirme imkânı tanımak suretiyle anayasallık ekseninde tartışmayı yürütmeyi temin edecek potansiyel-edimsel ayrımı, herhangi bir siyasi birliğin sahip olduğu potansiyel ile bunu gerçekleştirmesi arasındaki mesafeyi ifade eder. Nitekim son bölümde üzerinde durulacağı gibi iktidar esasen bir potansiyeli imler. Nedenler teorisi ise potansiyelin sahibi olan kurucu iktidarı maddi neden, siyasi birliğin tabi olduğu normatif sistem olarak anayasayı ise formel neden olarak yansıtır. Maddi nedende saklı olan formun edimselleşmesi formülü

anayasanın farklı anlamlarını tek nefeste aktarabilir görünmektedir.

Onto-teleolojik yaklaşımın bize nasıl yardımcı olacağını anlamak için *politeianın bir hukuk metni olarak anayasadan çok daha geniş bir anlamı olduğunu* hatırlamak zorundayız. Yunan, *politeia* derken, yönetim şeklinden başkaca toplumsal ve ekonomik yapıya varıncaya dek, *polise* karakterini veren tüm hususiyetleri kastediyordu¹³⁹. Tam da bu nedenden dolayı bugün anayasa dediğimizde aklımızda canlanan olasılıkların tamamını kuşatacak teçhizat olmaya adaydır. Yazılsın yahut teamül olarak muhafaza edilsin örgütün işleyişine dair her kural *politeiaya* dahildir. İster toplumdaki hali hazır siyasi varoluş biçimini kastetmek maksadıyla reel anayasadan ister hukukun hem tasvir ettiği hem de emrettiği normatif anayasadan bahsedelim *politeia* hakkında konuşmuş oluruz.

Aristoteles, *politeiayı* hem betimleyici, tasvir edici bir içerikle hem normatif bir ifade olarak hem de bu normatif yani ideal anayasaya yaklaşan yahut uzaklaşan örnekleri aktarmak için kullanır¹⁴⁰. Burada birincileyin, anayasanın maddesi ile formu ayırır. Toplumsal planda olup bitenler onun maddi nedenidir. Bunların objektifleşmesi neticesinde açığa çıkan normatif dizge ise onun formel nedenidir. Onto-teleolojik yaklaşımın ilk ayağı olan nedenler teorisi bu ayrımı görünür kılar.

Eşyanın fail, maddi, formel ve teleolojik olmak üzere dört nedeni olduğu düşüncesi bu isimlendirmeye Aristoteles'in eserinde bulunur. Guthrie'nin yalınlıkla ortaya koyduğu gibi Aristoteles'in, Platonculuktan aldığı miras birbiriyle yakın ilişkili iki görüşten oluşmaktadır: teleolojik bakış açısı ve eşyanın bilgisinin onun formunda olduğu düşüncesi¹⁴¹. Nitekim dört neden bu düşüncenin bir şemaya kavuşturulmasından ibarettir. Masanın ne olduğunu bilmek onun nedenini bilmek-

¹³⁹ McIlwain, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, s. 26.

¹⁴⁰ Aynı görüşte: Christian Winterhoff, *Verfassung-Verfassungsgebung-Verfassungänderung*, Mohr Siebeck Vlg., Tübingen, 2007, s. 9'dan aktaran, Can, *Kurucu İktidar*, s. 26.

¹⁴¹ W.K.C. Guthrie, *İlkçağ Felsefesi Tarihi*, çev. Ahmet Cevizci, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1999, s. 129.

tir. Masa neden yapılmıştır? Bu soruya ahşaptan cevabı verilebilir. Yahut üzerinde yazı yazmak için de denilebilir. Cevaplardan birisi masanın maddesini diğeri ise amacını/telosunu aktarmaktadır. Elbette amacı bize formu/şekli ima eder; masa denildiğinde kastedilen yazı yazılabilecek, destekler üzerine yerleştirilen bir tabladır gibi. Eşyanın bilgisinin onun maddesinde değil formunda olduğu ve formun eşyanın telosuyla ilişkili olduğu bu örnekte anlaşılır bir biçimde görülmektedir. Masa, üzerinde yazı yazılabilen bir tabladır. Formu aktarmak masaya dair asgari içeriği sunmada yeterlidir. Elbette form bir maddenin formudur lakin hem o madde başka formlar alabildiği için hem de o formu başka maddeler de alabildiği için öncelik formdadır. Yani ahşaptan sandalye de yapılabilir ve masa demirden de yapılabilir. Dolayısıyla masanın bilgisi formdadır, masayı bilmek öncelikle formel nedeni bilmektir. Masa, bir maddeden yapılır ki bu onun maddi nedenidir. Masayı marangoz yapar bu onun fail nedenidir. Marangoz, ahşaba üzerinde yazı yazılabilecek bir form verir ki bu da masanın teleolojik nedenidir. Şu hâlde bir marangozun (fail), ahşabı (maddi), üzerinde yazı yazabilmek için (teleolojik) destekleri sayesinde “belirli bir yüksekliğe sahip tabla” (formel) şekline kavuşturması masayı meydana getirir, masanın nedenidir.

Daha önce ifade edildiği gibi şeyin aslen form olduğu düşüncesi ve teleolojik bakış açısı, aralarındaki farklara rağmen Sokratik Okulun (Sokrates, Platon, Aristoteles) ortak özelliğidir. Diğer başka birçok konuda da olduğu gibi Aristoteles tarafından analitik bir üslupla aktarılmıştır.

“Neden şu anlamlara gelir: 1) Bir şeyi, bu şeyin bir parçası olarak meydana getiren içkin madde: Örneğin tunç, heykelin; gümüş bardağın nedenidir...Form veya model, yani özün tanımı ve cinsleri (örneğin 2/1 oranı ve genel olarak sayı, oktavın nedenleridir), tanımın içinde bulunan kısımlar. 3) Değişmenin veya sükunetin kendisinden başladığı ilke: Örneğin bir karar veren, eylemin; baba, çocuğun bir nedenidir. Genel olarak yapan, yapılan şeyin; değiştiren değişmeye uğrayan şeyin nedenidir. 4) Erek, yani bir şeyin kendisi için olduğu şey: Örneğin sağlık, gezinti yapmanın nedenidir; çünkü “insan niçin gezinti yapar” sorusu-

na, “sağlıklı olmak için” cevabını verimiz ve bunu derken de bu olayın nedenini açıkladığımızı düşünürüz.¹⁴²”

Aynı durum konumuz için de geçerlidir: Gemi yapımcısının sanatını icra edebilmesi için uygun materyale ihtiyaç duyması gibi, der Aristoteles, devlet adamı yahut yasa koyucu da nüfus ve ülke üzerinde çalışır¹⁴³, bununla beraber maddi neden vazgeçilmez bir unsur olsa da topluma kendine özgü karakteri veren araç konumundaki maddi neden değil amaçlarıdır¹⁴⁴. Nitekim yasa koyucu fail; nüfus maddi; anayasa formel ve anayasanın gerçekleştirmeyi hedeflediği ideal de yahut iyi yaşam da teleolojik nedendir¹⁴⁵.

İkincileyin, objektifleşme meselesinin anlaşılabilmesi için edimsel-potansiyel ayrımını bize sunar. Bir ağacın tohumunda o ağaç potansiyel olarak bulunur, edimselleşmeyi bekler. Hukuk olmadan önce potansiyel olarak toplumda bulunanların hukuk haline gelmesi yahut tersten, toplumda potansiyel olarak bulunmayanların pozitif hukuk aracılığıyla kazandırılmaya çalışılması durumunda hukukun etkinleşme sorunu yaşaması şemanın konumuza uyarlanmış halidir.

Şimdi hem nedenler teorisini hem de edimsel-potansiyel ayrımını bir şema olarak görünür kılmak gerekiyor. Aşağıdaki başlıklarda anayasanın ve anayasa doğuran iktidarın yani kurucu iktidarın ne olduğunu onto-teleolojik yaklaşımla izah edebilmek için, az evvel ifade ettiğim şemayı açıklayacağım ve bunun anayasa hukuku felsefesiyle olan ilişkisine işaret edeceğim. Girişte de belirttiğim üzere bu yaklaşımdan teorik bir gereç olarak istifade ediyorum: Binaenaleyh bu gerecin mevcut literatüre tatbikini daha sonra, Schmitt ve Arendt’in

¹⁴² Aristoteles, *Metafizik*, çev. Ahmet Arslan, 3. Baskı, İstanbul, Sosyal Yayınları, 2010, 1013a.

¹⁴³ Aristoteles, *Politika*, 1326a

¹⁴⁴ Aristoteles, *Politika*, 1328a, b.

¹⁴⁵ Fred D. Miller, Jr., “Aristotelian Statecraft and Modern Politics”, *Aristotle’s Politics Today*, Ed. Lenn E. Goodman, Robert B. Talisse, State University of New York Press, 2007, s. 14; Fred D. Miller, Jr., *Aristotle: Ethics and Politics*, *The Blackwell Guide to Ancient Philosophy*, Ed. Christopher Shields, 3. Baskı, Blackwell Publishing, 2006, s. 201; Aristoteles, *Politika*, 1261a, 1274a-b, 1276b, 1278b, 1289a, 1325b.

düşüncelerini ele alırken icra edeceğim ve nihayet son bölümde kurucu iktidar kavramı yerine anayasanın maddi nedenini önereceğim.

1.3.1. Anayasanın Maddesi

1.3.1.1. Anayasanın Fail ve Maddi Nedeni

Maddi neden iki anlama gelir: Birincisi toplumu oluşturan kimselerin rızası yani meşruluk meselesi ikincisi ise aynı toplumun yapısal özellikleri. Bu iki unsur dahilinde oluşan toplumdaki hukuki bilinç, anayasa formunun maddi dayanağıdır.

Kurucu iktidarı anayasaya neden olan iktidar olarak tarif ettiğimizde zorunlu bir ayrım karşımıza çıkar: anayasayı bilfiil yazarlar ve anayasaya temel teşkil eden toplumsal dayanak. Anayasalar meşruluklarını halktan aldıklarını ilan etmeyi sever, buna karşılık herhangi bir anayasayı doğrudan halkın yaptığını iddia etmek de gerçeklerle örtüşmez¹⁴⁶. Bu noktada yasayı yazan, çoğunlukla halkın temsilcisi konumundaki / iddiasındaki bu kişilerle yani fail nedenle temsil ettikleri maddi nedeni ayırt etmek gerekir. Anayasa sadece meşruluğu temin etmez kendisinin de meşruluğa ihtiyacı vardır; kurucu iktidar bu bağlamda anayasa öncesi kaynaktır. Anayasayı yazan grup ile onların meşruluk devşirdikleri nüfus/halk böylece ayrışır. Birisi fail diğeri maddi nedendir. Maddi neden olan insanlar, siyasi topluluğun üyesi olanlar, esasında hiçbir zaman anayasanın yazarı değildir, hatta çoğu zaman *ex post* yetkilendirici konumundadırlar, yasalar neredeyse her zaman siyasilerin denetimindeki hukuk uzmanlarınca yazılır¹⁴⁷. Bu bağlamda fail neden hep bir azınlıktır. Maddi neden yani insanlar metne yahut metni hazırlayanlara onay verir.

Wheare, bir anayasanın düzenlediği toplumun yapısını yahut halkın meşru gördüğü yönetim biçimini dikkate alma zorunluluğunun onun otorite talebiyle de alakalı olduğunu ortaya koyar: Bir anayasanın, ister klasik liberalizmin doğal

¹⁴⁶ Wheare, *Modern Anayasalar*, s. 81.

¹⁴⁷ Pasquino, "Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis", s. 1005.

hakları korumak için kurulmuş devlet savı olsun isterse meşruiyetini doğrudan halktan aldığı iddiasında olsun her hâlükârda uygulanacağı halkı, maddi nedeni gözetmediği sürece üstün yasa olarak otorite talep edebilmesi mümkün değildir¹⁴⁸.

Wheare'in mukayeseli anayasa çalışmalarından bize sunduğu bir diğer örnek de maddi nedenin önemini ortaya koyar niteliktedir¹⁴⁹: A.B.D. gibi anayasanın itibarının yüksek olduğu, içeriğinin *prima facie* doğru kabul edildiği memleketlerde anayasa değişiklikleri dirençle karşılaşırken kıtanın güneyinde ise halkın anayasa karşı kayıtsızlığı, hükümetlerin kolayca değişiklik yapabildiği siyasi atmosferi temin etmektedir. Daha ilginç ise Fransa ve İtalya gibi halkın anayasayı benimsemediği, anayasanın öngördüğü düzene yekûn olarak muhalif grupların var olduğu memleketlerde reform karşıtlarının taviz vermeyen tutumudur. Reformist çabalara dahi direncin söz konusu olduğu bu durumların devrimi çağırdığını Wheare de ifade etmektedir. Bu durumun anayasa normunun etkinleşebilmek için maddi nedeni olabildiğince kapsamı gerektiği aksi takdirde sürekli olarak ontolojik muhalefete maruz kalacağı yönündeki iddianın altına yazılabileceğini düşünüyorum. Karşılaştırmalı anayasacılıktan maddi nedeni dikkate almayan anayasaların etkinlik sorunlarına dair örnekler bulmak mümkündür fakat örnekler sayısal tatmin sağlayacak olsa da hiçbir sayısal ifade Arendt'in satırlarındaki kadar anlamlı bir şekilde konuyu özetleyip kurucu iktidarla olan açık bağlantısını ortaya koyamaz:

"Fransız Meclisi üyeleri, kendilerini kalıcı bir yapı olarak ilan edip, buradan çıkan karar ve ihtiyatları halka götürmek yerine, halkın kurucu iktidarından ayrılmışlardı. Dolayısıyla kurucular ya da kurucu babalar olamamış, aksine uzmanlardan oluşan bir kuşağın yani iktidarlara ya da olayların şekillenmesinde payları olmadığı için anayasa yapımını yalnızca bir hobi olarak gören politikacıların ataları haline gelmişlerdi.¹⁵⁰ "

¹⁴⁸ Wheare, *Modern Anayasalar*, s. 87.

¹⁴⁹ Wheare, *Modern Anayasalar*, s. 101 vd.

¹⁵⁰ Hannah Arendt, *Devrim Üzerine*, çev. Onur Eylül Kara, İstanbul, İletişim Yayınları, 2012, s. 163.

En az bu kadar önemli bir diğer ayrım maddi nedenin anayasaya dayanak oluşuna dairdir. Halkın kurucu iktidar olması denildiğinde ilk akla gelen yüksek olasılıkla anayasanın halkın rızasını alması yani temsil meselesidir. Fakat bunu önceleyen başka bir mesele esas itibarıyla anayasanın maddesini temin eder, o da mevcut toplumsal formasyondur. Yani herhangi bir siyasi performans aracılığıyla iletilen taleplerden öte halihazır ilişkilerin hukuku belirlemesi yahut hukukta muhafaza edilmesi durumudur. Dolayısıyla, maddi neden olarak işaret edilen kurucu iktidar vurgusu, meşruiyet algısından ibaret olmayıp yapısal bir zorunluluğun da altını çizmektedir, kaldı ki tekil olarak insanların isteklerinin dahi belirli ölçüde toplum tarafından belirlendiği malumumuz. Hukukun toplumsallığı fark edildikçe ne fail ne de maddi nedenin iradi olarak son tahlilde belirleyici olmadığı ve hukukun toplumsal yahut siyasi iktidardan görece özerk bir alan olduğu anlaşılır. Kurucu iktidarın anayasayı kuruşu, ekseriyetle devrim ve benzeri bir etkinlikle iradeye atıf yapar görünse de toplumsal şartların aksi istikametinde bir siyasi performansın yeni düzeni yoktan kurduğu anlaşılmamalıdır. Böyle bir algıya karşı erken bir uyarıda bulunmak gerekir. Maddi nedenden kasıt popülizme bağlanan meşruiyet veya iradeye dayanan herhangi bir açıklama değildir; insanların tercihlerinin kısıtlı da olsa bir etki kabiliyeti olduğu kabul edilse de kast edilen ontolojik bir kategoridir: Eskimolara duyulan hayranlık, saygı, güven vb. istek oluşturacak duygular hiçbir karmaşık/kompleks toplumda Eskimo hukukunu hakim kılmaya yetmez, karmaşık toplum kendi hukukunu talep eder. Bu, toplumun hem meşruiyet anlayışının hem de mevcut ilişkilerinin hukuka kendiliğinden yansıtacağı anlamına gelir. Ne var ki meşruiyete yönelik içerik, hukukun toplumsal dönüşüm aracı olarak kullanılması durumlarında daha kolay göz ardı edilebilmektedir ki bu durumlarda yukarıda anılan muhalefet durumu nedeniyle anayasa etkinleşme sorunu yaşayacaktır.

Schmitt, anayasanın farklı anlamları üzerinde dururken anayasanın varoluşsal kavranışına, antik dönemden beri en çok yaklaşan yazar olur. Schmitt'in mutlak anlamda anayasa

adlandırması, anayasanın maddi nedenine dair dikkate değer açıklamalar içerir. Ona göre mutlak anlamda anayasa üç anlama gelir:¹⁵¹ belirli bir devletin siyasi birliği ve toplumsal düzeni, devletin formu (statik yan), siyasi birliğin sudur ilkesi (dinamik yan).

Velhasıl maddi neden formel nedenin taşıyıcısıdır. Diğer bir ifadeyle anayasa yani form, toplumda potansiyel olarak bulunur. Bu potansiyel açığa çıktığı ölçüde anayasal düzen görünür olur. Anayasa metni bu düzeni ifade ettiği ölçüde bir niyet olmaktan çıkar, gerçeğin ifadesi olur. Yine anayasa metni bu potansiyeli dikkate aldığı ölçüde etkinleşme sorunu yaşamaz.

1.3.1.2. Potansiyel-Edimsel Ayrımı

Bu başlık hukukta iki anlama gelir: Birinci anlam tekil olandır, tek tek eylemlerin yargılanabilmesidir. Nasıl doğruyanlış rejimi kurulabilmesi bağlamında apofantik önermelerin kurulabilmesi maddenin potansiyeli fikrine bağlıysa¹⁵², bir yargılama teçhizatı olarak hukuk da bir doğruya (norm) ve bir yanlışla (sapma) ihtiyaç duyar. İkinci anlam ise insanın potansiyelinin bireysel olarak değil siyasal birlik olarak ele alınması yani *politeia*nın potansiyelini içerir.

Her siyasi birliğin bir anayasası "vardır". Bu, anayasanın, sadece siyasi iktidarın hukukla ilişkili örüntülerini ifade edecek şekilde en geniş anlamı için değil anayasacılık hareketince kabul edilen sınırlı siyasi iktidar anlamı için de böyledir. Çünkü anayasa nihayetinde siyasi iktidarın tabi olduğu, dolayısıyla onu sınırlayan hukuk demektir lakin her toplumda aynı "varoluş tarzına" sahip değildir. Suyun, içinde bulunduğu duruma göre buhar, buz, sıvı halinde olması gibi anayasa da dayandığı topluma göre farklı hallerde bulunur; her siyasi birlik, siyasi iktidarı sınırlandıran hukuk olarak anayasayı po-

¹⁵¹ Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 59-61.

¹⁵² Elbette hukuki adlandırma ile epistemolojik doğruluk arasında esasa tekbül eden bir fark vardır. Lakin bu fark her iki yargılamada da bir doğruyanlış pusulası ve her ikisinin de hakikat rejimi olduğu durumunu değiştirmez.

tansiyel olarak barındırır lakin anayasa bu haliyle her siyasi birlikte edimselleşmez, kimisinde siyasi iktidarın hukukla ilişkilendirilebilen örüntüleri seviyesinde kalır. Bu durumda o toplum için, tıpkı Fuller'ın hukukun tamamı için dediği gibi¹⁵³, anayasası yoktur değil olsa olsa daha az anayasaldır demek doğru olur. Diğer bir ifadeyle toplumlar formlarını edimselleştirdikçe anayasal olurlar. Daha gündelik bir ifade kullanacak olursak bir arada yaşama konusunda yetkinleşen toplumlar, bu doğrultuda potansiyellerini açığa çıkarabilen özgür toplumlardır. Bunun koşulları da siyasi iktidarı sınırlar; hukukun bir arada yaşama koşullarından fazlası olmadığını bu toplumlarda en rahat görürüz.

Anayasa sınırlandırılmış iktidar fikriyle kökten bağlıdır. Ne ki en genel anlamıyla siyasi iktidarın örgütlenmesi de bir düzeni, sınırı ima eder lakin bunun potansiyelini açığa çıkardığı aşama anayasacılığın telosu olan sınırlı iktidardır. Bu Sartori'nin belirttiği gibi bireyin haklarının devlet karşısında garantiye alınması olarak maddileşebileceği gibi Morris-Jones'in, Sartori'ye yönelttiği eleştirisindeki gibi, yönetimin belirli bir forma tabi olarak sınırlandırılmasıyla¹⁵⁴ yahut şu an bilmediğimiz, tarihin olumsuzluğu dairesinde, bambaşka bir şekilde de gerçekleşebilir. Burada getirilen formel açıklama için değişen bir şey söz konusu olmayacaktır. Her hâlükârda, anayasa adına en yakışan yönetimde iktidar sınırlandırılmış olacaktır lakin en vasat halinde yani sadece iktidarın takip ettiği kuralları, tekrar eden davranışları ifade eden anayasa da yine anayasadır. Olsa olsa daha az anayasaldır. Aynı şekilde anayasacılığın özünde sınırlandırılmış iktidar oluşu buna karşılık uygulamada bu normatif hedeflerin gerisinde kalınması da neye anayasa dememiz gerektiğini değiştirmez, anayasalarda mündemiç olanın etkinleşemediğini gösterir¹⁵⁵.

Eski dilde kuvveden fiile geçiş olarak aktarılan bu süreç arkaik Yunancada *dynamis* ve *energeia* olarak ifade edilirdi.

¹⁵³ Fuller, *Hukukun Ahlakı*, s. 237.

¹⁵⁴ W. H. Morris-Jones, "On Constitutionalism", *American Political Science Review*, Cilt: 59, Sayı: 2, Haziran, 1965, ss. 439-440.

¹⁵⁵ Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2008, s. 79.

Dynamis, Türkçede, gizil güç, kuvve, yetenek, yeti, olanak(lık) ve Batı dillerinden geçme potansiyel(lik) ve kapasite ile karşılanır¹⁵⁶. Bu geniş yelpazeden münasip karşılığı seçmek çok da kolay değildir. Gizil güç ve kuvve aslında güç/kuvvet ile olan ilişkiyi tek seferde hatırlatması nedeniyle gayet çekici alternatiflerdir lakin her ikisi de seyrek kullanılır. Dilimize Fransızca'dan geçen potansiyel (*potentiel*) ise hem son derece yaygın bir kullanımı haizdir hem de arkasındaki Latince kaynaklı anlam yükü sayesinde siyaset felsefesinin dağarcığında bir ağırlığı vardır. Latince güç demeye gelen *potentia* ve hukuki gücü yani yetkiyi ifade eden *potestas* üzerinde son bölümde durulacaktır zira kurucu iktidarın doğuran doğa olarak anayasanın maddi nedeni oluşunda iktidar kavramının içinde saklı kalan gücün otorite kavramlarıyla olan ilişkisini deşifre etmemiz gerekmektedir.

Sokratik okul için *politeia*, verili olan insan potansiyelini kemale erdirmede bir araçtır ve bu durum aslında doğal olarak aracın amacıyla sınırlı olmasını sonuçlar; *politeianın* her formu bu amacı gerçekleştirebilecek durumda değildir¹⁵⁷.

Lutz, *constitution* kelimesinin etimolojisinin söz konusu bu aracın izahındaki özcü-özcü olmayan tartışmasını bypass ettiğini ifade eder¹⁵⁸: Bu Latince kelime bir yandan siyasi olmayan bir şekilde bir şeyin doğasını, karakterini ima ederken diğer yandan da bir şeyi yapmayı, kurmayı ifade eder. *Polis* bir yaşama biçimidir, *politeia* bir yaşama biçimi planıdır. İnsanların bir *polis* oluşturması doğalken onun formu birçok olası biçimde ortaya çıkabilen bir inşadır ve bu durum, potansiyelin, edimselleşirkenki her zaman görülebilen doğal eğilimidir. Konumuz bakımından da kimi toplumların diğerlerine nispetle potansiyellerini edimselleştirmede yani anayasal yönetim performansı sergilemede diğerlerinin gerisinde kalması olağandır.

Pasquino, anayasaları sınıflandırma teşebbüsünde (a) mo-

¹⁵⁶ Muttalıp Özcan, *Aristoteles Felsefesi: Temel Kavramlar ve Görüşler*, Ankara, Bilgesu Yayıncılık, 2011, s. 121.

¹⁵⁷ Donald S. Lutz, *Principles of Constitutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, s. 188.

¹⁵⁸ Lutz, *Principles of Constitutional Design*, s. 188 vd.

dem anayasalar ile (b) Aristoteles'in tasnif ettiği Yunan polislerinin anayasaları arasında bir ayrıma gider. Buna göre (a) anayasası kural koyucu bir metinken (b) anayasası kurumsal gerçekliğin bir tasviridir, Kelsenci bir dille ifade etmek istendiğinde birisi (*sollen*) olması gereken, diğeri ise (*sein*) olandır¹⁵⁹. Girişte birden fazla anayasanın olmadığı hususu işaret edilmişti. Modern hukuk felsefesinin çıkmazını bu noktada görüyoruz. Antik Yunanda teknik anlamıyla kod olarak adlandırabileceğimiz anayasa metinlerinin olmaması Aristoteles'in doğrudan gözlemle bir *polis*in anayasasını betimlemesinin sorunlu bir teşebbüs olarak görülmemesini sağlıyor. Lakin bugün dikkate alınmak zorunda olan metinler mevcutken araştırmacıların anayasanın ne olduğunu bu metinleri göz ardı ederek söylemeye kalkışmaları mümkün değildir. Ne var ki Kelsenci bakış açısından incelenebilecek yani bir metin olarak anayasanın olmayışı, Pasquino'nun işaret ettiği, metin halinde olmayan fakat kurumsal gerçeklikte mevcut bir anayasanın da olmadığı anlamına da gelmiyor. Onto-teleolojik şemanın işe yaramasını beklediğim bir alan da tam burasıdır. Hem toplumda hukuk potansiyeli olarak bulunan unsurların nesnelleşerek hukuk haline gelmesi hem de pozitif hukuk olarak ilan edilmiş olanın yaşayan hukuk ile arasındaki mesafe edimsel-potansiyel ayrımında açığa çıkar.

Halkın bilfiil anayasanın hazırlanmasına katıldığı doğrudan demokrasi ütopyası dışında maddi ve fail neden ayırdır lakin anayasayı yazan azınlığın halkın rızasını aramaması yahut rızası hilafına bir anayasa ilan etmesi, halkın maddi neden oluşunu değiştirmez. Maddi neden, demokratik bir içeriği değil hukukçuların alışık olduğu haliyle hukukun, etkinliğinin yahut hukuk sosyolojisi literatürüne atıfta bulunacak sak yaşayan hukuk haline gelmesinin, ezcümle nominal değil ontolojik varlığının onu taşıyacak olan öznelere bağlı olduğunu ima eder. Hukuk kuralını kırtasiyedeki diğeri kitaplarda yazılı olan kurallardan ayırt eden şey uygulayıcıların ve muhataplarının onlara hukuk kuralı olarak yaklaşmalarıdır.

¹⁵⁹ Pasquino, "Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis", s. 1006.

Önemli ölçüde kadük kalmış bir hukuk sistemi hayale dahi gelmez. Mahkemelerin dikkate almadığı, yurttaşların uymadığı kurallar resmî gazeteye verilmiş ilanlardan farksızdır. Bir uyumsuzluğa taraf olmadığı için mahkeme önüne gelmeyen lakin eylemlerini bile isteye hukuk kuralına uygun icra eden sessiz çoğunluk ve onların betimlenmesinden başka bir şey olmayan toplumsal düzen için de aynı durum geçerlidir. Kaldı ki bir toplumun, kendisiyle uzaktan yakından alakası olmayan bir konuyu değil anayasasına taşıması, alelade bir yasayla dahi düzenlemesi manasız olur. Siyasi çatışmaların nasıl düzenleneceğine dair fikri aykırılıklar bir toplumda elbette olacaktır fakat düzenleme azınlık lehine gerçekleşse dahi yine o toplumla alakalıdır ve azınlık bunu toplum geneline benimsetebildiği ve yurttaşların icra ettiği nispette o düzenleme hayata geçer.

Nitekim maddi neden dayanaktır. Siyaset literatürünün diliyle konuşacak olursak halk, daha doğru ifadesiyle kalabalık yahut nüfus, bir forma kavuşmamış halde hayal edildiğinde tek başına siyasi birliği ihtiva etmez. Schmitt'in ifadesinde, halk, siyasi sistemin meşruiyet kaynağı olabilir lakin bu malzemenin siyasi varlığı ve varlığının devamlılığı halkın temsili yoluyla ortaya konulagelen bir forma ihtiyaç duyar ¹⁶⁰.

1.3.2. Anayasanın Formel ve Teleolojik Nedeni

Güce yani araçlara sahip olmak bir şeyi gerçekleştirmek için zaruridir ve her gerçekleştirmede, edimselleşmede, fikre güç de eşlik eder. Yani güce sahip olmandan bir şeyi gerçekleştirmek mümkün değildir. Lakin bu, gücü önceleme sonucu doğurmaz çünkü bir amacı gerçekleştirmek için sahip olunması gereken araçlar pekala başka bir amacı gerçekleştirmek için de kullanılabilir ve biz amacımızı başka araçlarla gerçekleştirebileceğimiz gibi nihayetinde de aracı kendisi için değil amacımız için önemseriz. Bu yüzden *politeianın* varlığı amacın varlığına bağlıdır, gücün belirli amaç doğrultusunda yönetilmesi, bir forma sahip olması onu adlandırmamızı sağlar;

¹⁶⁰ Zeybekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", s. 103 vd.

polisi meydana getiren şeyin amaç olduğunu ifade eden¹⁶¹ Aristoteles, amaçsız gücün baş edilmesi en zor kötülük olduğunu belirtir. Burada ilginç olan Aristoteles'in aradaki ilişkiyi açıklamak için kullandığı örnektir. Bir organizmacı olarak aklın (yasa) arzular (güç) üzerindeki yönetici pozisyonunu anlatırken "akıl, arzuları, tıpkı bir devlet adamının vatandaşlarını yönetmesi gibi anayasaya uygun (anayasal) ...bir şekilde yönetir...gücün kullanılmasını...anayasal yönetimi...ilkın canlılarda görürüz.¹⁶²" ifadesini kullanır. Tıpkı bir kereste yığınının kulübeye dönüştüren ev formu gibi anayasa da kalabalığı polise dönüştürür. Siyasal topluluğu kuru kalabalıktan ayıran yasanın form verici tesiri olmaksızın kamusal alanın, sınırları muhafaza edilmemiş olumsuz etkilere karşı savunmasız, açıkta duran bir mülkten daha uzun süre ayakta kalması mümkün değildir, yasa siyasi topluluğa bir yaşam alanı temin eder¹⁶³.

İnsan toplulukları ile karınca kolonilerini ayıran nedir? Pekâlâ orada da bir iş bölümünü, organizasyon kapasitesini gözleme olanağımız mevcuttur. Yine onların da aralarında bir iletişim olduğunu biliyoruz. Lakin birliğin amacına dair bir tartışmadan, bu tartışmayı mümkün kılacak dil kapasitesinden bahsetmemiz söz konusu değildir. Kültürelinden farklı olarak biyolojik birlikler, ürünü belirli olan ve tıkr tıkr işleyen, türün devamlılığını sağlayan bir makinayı andırır. Her ne kadar modern toplumda, araçsal aklın tesiri altında yaşam alanının kolonize edildiğinden bahsedilebiliyorsa da yazıp çizdiklerimizi ve diğer iletişim biçimlerini olanaklı ve anlamlı kılan insan kapasitesi yani dil aracılığıyla amaç tartışması yapabilme potansiyeli bakidir. İnsanı siyasi hayvan olarak belirlemenin gerekçesi de budur¹⁶⁴. İnsan yaptığını sözle anlamlı kılar, anlam dolaşımı sözle mümkün olur¹⁶⁵. Ne yolunu genetik belleği ile bulan hayvan ne de bir noksanı olmayan

¹⁶¹ Aristoteles, *Politika*, 1253a.

¹⁶² Aristoteles, *Politika*, 1253a-1254b.

¹⁶³ Hannah Arendt, *İnsanlık Durumu*, çev. Bahadır Sina Şener, 7. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2013, s. 110.

¹⁶⁴ Aristoteles, *Politika*, 1253a.

¹⁶⁵ Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 31.

Tanrı fikri bu bağlamda siyaset ile örtüşür. Neyi, nasıl yapması gerektiği konusunda, ne hayvan gibi tam olarak cahil ne de tanrı gibi mutlak bilgi sahibi olmayan insan, aradaki boşluğu doldurmak için kültürel belleğe başvurur. Nitekim insan için iyi ile kötü, doğru ile yanlış arasında ayırım yapma zorunluluğu vardır ve bunu gerçekleştirme potansiyeli dile dayanır, herhangi bir topluluktan siyasi bir birlik olarak bahsetmemizi sağlayan da onları tek çatı altında toplayan neyin iyi, doğru, hakça olduğuna yönelik ortak bir görüşe sahip olmaları diğer bir ifadeyle bir ve aynı iyiyi gerçekleştirmeye yönelik asgari ortaklıklarıdır¹⁶⁶. Bu o topluluk için bir temel ihtiva eder. Bu temel, epinomos/temel norm, iktidarın ilkesidir yani *auctoritastır*, *potestas* ondan sadır olur. Dolayısıyla sorulması gereken kaba gücün otoriteye ve ona bağlı meşru iktidara nasıl dönüştüğüdür. Son bölümde bu konu üzerinde durulacaktır. Fakat burada bir erken uyarıda bulunulması gerekebilir. Amaç, uzun zamandır iradeyle birlikte düşünülüyor. Bunun bir sonucu olarak da tayin edilen bir şey olarak anlaşılabilir. Fakat hukukun yahut anayasanın amacı derken ilk planda bu neviden bir kastım yok. Hukukun iradenin ürünü olduğu, bir toplumda hukukun mevcudiyetinin iradeye bağlı olduğu düşüncesinde değilim. Her toplumda hukuk vardır, her toplumun hukuku bir diğerinden mensuplarının farklılığı nispetinde farklılaşır, benzerliği oranında ise aynulaşır. İşte evrensel hukuk ihtiyacı ve hukukun toplumsal koşullara olan bağımlılığından sonra geriye kalan cüzi kısımda irade etkili olur. Bu durum kişinin kendisini tanımak isteyip istememesine benzer. Kolektif bilinçdışının tesirindedir toplumun hukuki kriteri. Benim iradeye biçtiğim pay buna yönelik bir farkındalıktan ibarettir. Dolayısıyla amacı tayin etmek değil onu tanımak ve gerçekleştirmekle ilgilidir irade. Burada da bağlam olan-olması gereken değil potansiyel-edimseldir. Toplu-

¹⁶⁶ Aristoteles, *Politika*, 1253a. Her ne kadar modern felsefedeki, epistemolojinin ontolojiye önce gelişinin sonuçlarını girişte tartışmış olsam da ve buna bağlı özne teşekkülü çağdaş felsefenin malum olsa da burada modern felsefenin tesiri altında düşünmeye alışmış akıllarımız için bir uyandı bulunmayı gerekli görüyorum. Burada ifade ettiğimiz iyi, otonom bireyin ahlakını ima etmez. Siyasi topluluğun bir amaç ve işlev ile meydana geldiğini, bunu gerçekleştirmenin onun için iyiyi erişmek olduğunu ifade eder.

luğun amacı kendinde potansiyel olarak bulunan formu edimselleştirmektir.

McIlwan, antik anayasacılığı işlerken Platon ve Aristoteles gibi rölativizmin amansız iki hasmının dahi evrensel doğal hukuku Cicero'nun yaptığı gibi pozitif hukukla ilişkilendirmediyi, modern bilimci için eşyanın doğası ne anlama geliyorsa onların nazarında doğal hukuktan anlaşılanın da o olduğunu ifade ederken bir anayasayı diğerinden üstün kılacak objektif bir kriterin, normun yahut değerinin olmadığını ima eder ¹⁶⁷. Sokratik okul, gerçekten de hukukun doğasından bir doğa yasası gibi bahseder. Ne var ki bu, onların felsefesini be-timleyici bir anlatı, modern bir bilim olarak görme imkânı vermez. Tıpkı eserlerindeki adalet ve ölçülülük erdemlerine yönelik vurgunun felsefeyi etiğe indirgemek için bir gerekçe veremeyeceği gibi. Zira teleolojik bakış açısında bir şeyin ne olduğunu onun yetkin haline bakarak çıkarabiliriz. Bir şeyin doğasından ve amacından bahsetmek bu anlamda aynı şeyi ifade etmektir zira bu görüşe göre her şey doğasını açığa çıkarmayı amaçlar, bu yüzden de onun ne olduğu en iyi, en yetkin halinde görülür, o şeyin yetkinlikten uzak görünümüleri için de aynı sözcüğü kullanılsa da aslında aynı nesneden bahsedilmiyordur¹⁶⁸. Dolayısıyla formun ne olduğu yetkin halinde görüldüğü gibi, şeyin bir amaca sahip olduğu ve bunun te-

¹⁶⁷ McIlwain, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, s. 28.

¹⁶⁸ Aristoteles, *Politika*, 1252b, 1253a. Aristoteles bu bakış açısını inceleme konusu yaptığı her nesnede sürdürür. O kadar ki tıpkı polis gibi yurttaşı da (*polites*) incelerken ticari dava açma imkanı bulunan fakat yabancı olanları yahut yönetimde yaşı gereği görev alması mümkün olmayan çocuk ve yaşlıları ifade ederken onların eksik, erginleşmemiş yahut kocamış yurttaş olarak anılmasının uygun olacağını fakat yurttaşın kendisinin başında bir sıfat taşımayan mutlak yurttaş olduğunu ifade eder. Yani onun aradığı aktüel olarak yurttaşlık potansiyelini gerçekleştirebilir olan örnek yurttaş, yurttaşlığın kamıl görünümüdür. (*Politika*, 1275a) Yine üçüncü kitabın devamında sürdürdüğü tartışma da yetkilerin haklı kullanımı yahut haksız bir şekilde elde edilmesini tartışmanın dışında tutar. Anlaşılabileceği üzere potansiyel-aktüel ayrımı bir etkinlik sorunudur. Yurttaş örneğinde bu yurttaşlık yetkilerinin kullanımına denk düşer. Bu yetkilere haklı olarak sahip olunmaması veya kullanılmaması, yetkiye dayanılarak yapılan edimlerin dirençle karşılaşması yani yurttaşlığın aktüelleşmemesi bağlamında tartışmaya aktarılabılır. Zira teorik olan gibi pratik olan da yani aksiyoloji de (bu durumda politika ve etik) bu görüşte ontolojiye tabidir.

leolojik neden olarak adlandırıldığı ifade edilir. Bir şeyin formu onun gerçekleştirmeye yöneldiği telosudur.

Nitekim burada anayasaya kendi varlığını gerçekleştirmek, toplumun potansiyelini edimselleştirmek dışında bir erek yüklenmesi söz konusu değildir. Yani harici bir amaç karşısında araçsallaştırılması söz konusu değildir. Anayasa son tahlilde teşkilatlanmış halkın kendini gerçekleştirmesidir, iktidarını örgütlemesidir, form kazanmasıdır ve anayasanın kendinde amacı bu formun edimselleşmesi, anayasanın etkinleşmesidir. Her halk kendisine anayasasında ilan ettiği uzun-kısa hedefler tayin edebilir ve eder de ama anayasanın ontolojik amacı bu değildir. Bu amaçlara anayasal nitelik atfedilebilir lakin bu amaçlar, anayasanın kendisi değildir yani felsefi bilginin konusu olamazlar.

Burada dikkat etmek gereken husus, anayasanın topluluğun potansiyelini açığa çıkarmak amacının, anayasacılığın anayasaya attığı siyasi iktidarı sınırlandırma amacıyla çalışmadığıdır. Siyasi iktidarı sınırlandırmak negatif bir amaçtır, bir şeyin kendinde yönelimi negatif değildir; anayasa yurttaşların bir arada yaşamalarını temin ederken bu konuda yetkinleştikçe zaten siyasi iktidarı sınırlandırır; siyasi iktidar hukukun emrinde sıradan bir araç konumuna düşer. Yukarıda *politeiadan* anayasanın anlaşılması gerektiğini ifade ederken sınır fikrine dikkat edilmesinin doğru olacağına işaret edilmişti. Kubalı'nın satırlarında anayasa düşüncesinin aslında doğası gereği sınırlı iktidarı barındırdığı diğer bir ifadeyle anayasanın enikonu anayasallık ile anlaşılabilir olduğu yalın bir biçimde ifade edilir:

"Tarihi ve sosyal şartların meydana getirdiği milli bir topluluğun, muayyen bir ülke üzerinde siyasi olarak teşkilatlanmasını ifade eden ve diğer bütün toplulukları içine alan Devlet de, küçüklü büyüklü bütün sosyal gruplar ve kuruluşlar gibi kuruluşu ve işleyişi ile ilgili prensiplerin ve kaidelerin bütünü demek olan bir statüye sahiptir. Siyasi iktidar işte böyle bir statü içinde Devletin gayesini ve iradesini gerçekleştirir. Binaenaleyh, Devletin varlığı, siyasi iktidarın bir statüye bağlanması gerçeğinden ayrı değildir. Siyasi iktidarın müesseseseleşmesi derken de bundan kastedilen, iktidarın, ferdileşmiş siyasi iktidardan farklı olarak şahsa

bağlı ve şahıs ihtisarında olmaktan çıkıp bir statüye bağlanması, yani daima bir hukuki iktidar olarak kalmasını sağlamaktır.

Siyasi iktidarın bir statüye tabi olması aynı zamanda onun sınırlı bir iktidar olmasını ifade eder. Bizzat statüde bir sınırlama fikri ve gayesi vardır. Tek bir cümleyle ifade etmek istersek diyeceğiz ki, siyasi iktidar "statülü" ve binaenaleyh "sınırlı" bir iktidardır.¹⁶⁹

Esasen bir düzenden, yapıdan hatta bir şeyin varlığından bahsedebilmek, sınır fikriyle alakalıdır. Tekrar eden, ayırt edici bir özellik sergilemeyen, karakter ortaya koymayan şeyin varlığından da bahsedemeyiz. Aristoteles bu nedenle tiranlığın anayasa olmadığını söyler¹⁷⁰. Yasalı yönetimin iyi yönetim, keyfiyetin yani tiranlığın anayasasızlık yani aslında yönetimin yokluğu olarak işaret edilmesine şaşmamak gerekir. Bir şeyi bilmek, ona hakim olan yasaları tespit etmek gibi bir amaca da sahip olan felsefenin, kendi kendini doğrulamasıdır bu. Filozof ile hukukçu bu bağlamda akrabadır. *Constitution* kelimesinin de gündelik kullanımında bir şeyin doğasını, karakterini anlatmasını doğal karşılamak gerekir. Bir yapıyı, örgütlenme formunu ifade ettiği için BM örgütlerinin (FAO, UNESCO) yahut Islahat Fermanı kapsamında, cemaatlerin kendi iç örgütlenmelerini düzenleyen kurucu belgeleri de *constitution* olarak isimlendirilir, bu adlandırma da son derece doğaldır¹⁷¹.

Can da, Alman toplumlarında anayasanın erken kullanımının diğer hukuki metinlerin üstünde yer alan ayrıcalıklı bir hukuk metninden ziyade monarkın dahi tasarrufta bulunamayacağı temel yasalar anlamına geldiğini belirtirken anayasanın üstünlük iddiasının yasalara değil yasa koyucu konumundaki iktidara yönelik olduğunu işaret eder¹⁷². Nitekim bu yanıyla anayasa siyasi iktidarı sınırlamak münasebetiyle onu düzenleyen bir işlevi işaret ederken yukarıda andığımız temel norm ile birlikte okunur. Siey s aşağıdaki paragrafında form olarak anayasa ve telos ilişkisini özetler:

¹⁶⁹ Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 75.

¹⁷⁰ Bkz. Aristoteles, *Politika*, 4. Kitap, 7. ve 8. bölümlerin tamamı.

¹⁷¹ Oder, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, s. 32 vd.

¹⁷² Can, *Kurucu İktidar*, s. 26, 27.

“Belli bir amaca yönelik dayanışık bir insan grubu oluşturmak, ona başlangıçta belirlenen amacın gerektirdiği işlevleri yerine getirmesini sağlamaya elverişli bir örgütlenme, yapılar ve yasalar vermeden mümkün değildir. O topluluğun anayapısı denen şey işte budur¹⁷³.”

Farklı eserlerde aynı durumu aktaran ifadelere yer vermek mümkündür. Loewenstein’a göre, herhangi bir anayasanın telosu, güç sahiplerini kesin prosedürlere ve kurallara tabi kılarak siyasi iktidarın kontrol edilmesidir; bunun bir yanını muhataplarını iktidardan korumak diğer yanını ise yine muhataplarının katılımını sağlamak oluşturur¹⁷⁴. Kubalı da, anayasanın siyasi topluluğun form ve telosuna ilişkin olduğunu açıkça ifade eder:

“En küçüğünden en büyüğüne kadar devamlı her insan topluluğunun bir “Statü”ye, yani bir kuruluş ve işleyiş düzenine ihtiyacı vardır. O topluluğun gayesi ve iradesi böyle bir statü ile şekillenir ve gerçekleşir. Bu statüye “Constitution” yani ana kuruluş düzeni denir.¹⁷⁵”

Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law and Human Law* başlıklı ders kitabı mahiyetindeki eserine Amerika’nın kurucu babalarından Thomas Jefferson’dan yaptığı insanların eşitliği, yaşam, özgürlük ve mutluluğu arama haklarının mutlaklığı hakkında bir alıntıyla başladıktan sonra kimi başka ders kitaplarının, anayasayı devlet örgütlenmesine dair kurallar olarak tanımlamasından bahseder. Bu kasıtlı oluşturulmuş bir kontrasttır: anayasayı eşas teşkilat hukuku olarak tanımlayan yazarlar anayasanın ne olduğunu söylerken Jefferson alıntısı neden sorusunu gündeme almaktadır çünkü toplumun temel değerlerini ilan ve muhafaza işlevine sahip olan anayasa “neden, ne için?” sorusu dikkate alınmadan anlaşılamaz¹⁷⁶.

¹⁷³ Emmanuel-Joseph Sieyès, *Üçüncü Sınıf Nedir?*, çev. İsmet Birkan, Ankara, İmge Kitabevi, 2005, s. 70.

¹⁷⁴ Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, s. 125.

¹⁷⁵ Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 1.

¹⁷⁶ Ian Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights*, 5. Baskı, Oxford University Press, 2009, s. 4.

Formun ele alınışının manası, insan unsurunun millet olarak ifade edilmesinde de görünür. Devletin unsuru olarak sayılan insan topluluğu alelade bir nüfusa, kalabalığa değil onları siyasi bir birliğe dönüştüren özel bir bağa işaret eder. Renan, ünlü *Ulus Nedir?* eserinde bu baği şöyle tarif eder:

“Ulus bir hissiyat, ruhani bir ilkedir. Bu hissiyatı, bu ruhani ilkeyi aslında bir olan iki şey oluşturur. Biri geçmişte, diğeri şimdidedir. Biri ortak zengin bir hatıralar mirasına sahip olmaktır; diğeri şimdiki zamanda ortak karar varma, birlikte yaşam arzusu, bölünmemiş halde aldıkları mirası geliştirmeye devam etme iradesidir.¹⁷⁷”

Ortak amaçlara sahip olmak, aynı siyasi ülküyü gerçekleştirmeyi gaye edinmek anlamına gelen bu siyasi bağ da tıpkı esas teşkilat gibi *politeia*da görünür; siyasi hukuk olan anayasada kurulur. Bu suretle insanların her birinden vatandaş olarak bahsedilir. Elbette söz konusu bağ tek başına bir anayasanın ilanı ile kurulmaz fakat anayasaya da aynı dinamikler kaynak teşkil ettiğii gibi onun işlettiğii pratikler de insanları uluslaştırır. Bu bağlamda bir insan grubunun ne kadar millet olabildiğini anlamak için anayasaya karşı suçların, bu konudaki suçlamaların sayısına bakabilirsiniz.

Sartori de telos fikri üzerinde durmuştur. Onun için anayasa *garantisme* terimi ile ifade etmeyi seçtiğii, siyasi iktidarı sınırlandırma ve hakları garantiye alma işlevinin yerine getirilmesi amacına/telosuna sahiptir ve esas mesele de budur: her devletin anayasası vardır lakin bu amacı gerçekleştirmeyen devlet anayasal değildir¹⁷⁸.

Her anayasa siyasi örgütlenmeyi kurmak, egemenliğin formunu oluşturmak asgari hedefinden, iktidarı, maddi nedenin potansiyelini azami ölçüde ortaya koyacak şekilde sınırlandırmaya varan telosunun/gayesinin yanında bir de kendine özgü gayeyi barındırır. Diğeri bir ifadeyle anayasanın kendisi egemenliğin sınırlandırılması gayesine sahipken daha

¹⁷⁷ Ernest Renan, *Ulus Nedir?*, çev. Gökçe Yavaş, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2016, s. 50.

¹⁷⁸ Sartori, “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, s. 855, 856.

doğrusu iktidarı belirli bir amaçla oluştururken her bir anayasa da anayasa olmak bakımından bu gayeyi paylaştığı gibi kendi bireysel gayesine de sahiptir. Breslin, eserinin *constitutional aspiration* (anayasal gaye¹⁷⁹) başlıklı bölümünde muhtelif yazarlara referanslarla bu durumu şu şekilde özetler: Anayasa sadece siyasi iktidarın yapısını kurma ve onu sınırlama işlevine sahip değildir, aynı zamanda anayasanın ruhu denilebilecek belirli idealleri yansıtan kutsal bir metindir de¹⁸⁰. Şu hâlde anayasalar, hiç değilse kurucularının nezdinde, belirli bir siyasi topluluğu kurmanın, birlikte yaşamının imkanını oluşturmanın ötesinde kurduğu kurumlar aracılığıyla o topluluğa münhasır değerleri gerçekleştirmenin de imkanını oluştururlar¹⁸¹. Anayasaların toplum sözleşmesi olarak anılması alışlageldik bir tutumdur. Gai yönünü hesaba kattığımızda bu kez gelecek nesillere verilmiş, emre yazılı senet metaforunu kullanabiliriz¹⁸².

Tunaya da siyasetin topluma bir amaç doğrultusunda düzen vermek ile alakalı olduğunu ifade eder: Hali hazırda toplumu oluşturanların birleşmesi, yeni katılanların dahil olması, bu birliktelikteki çatışmanın uyumlaştırılması...özetle türdeşliğin ve tümleşmenin aracı olarak siyaset ve onun hukuki çerçevesi olarak anayasa¹⁸³.

Oder, değerler ve anayasa adlandırması altında Alman Federal Anayasa Mahkemesinin anayasayı değerlere bağlı, siyasi iktidarı sınırlandıran bir düzen olarak gördüğünü ve başta insan onuru olmak üzere, yaşam hakkı, hukuk devleti, sosyal devlet vb. anayasal değerleri devletin tüm işlem ve eylemlerinde dikkate almak durumunda olduğu amaçlar olarak

¹⁷⁹ *Aspiration* kelimesinin gaye ile karşılanması kimileri için ilk bakışta rahatsız edici olabilir. Birebir karşılık olarak arzu, amaç, soluk önerilebilir lakin Fuller'ın *morality of aspiration* kavramsallaştırmasını gaye ahlakı ile karşılar-ken ki aynı gerekçelerle ve bir birlik sağlamak maksadıyla burada da gayeyi kullanmayı yeğliyorum. Kısaca hatırlatmak gerekirse gaye hem hukuk literatürünün tanıdık olduğu bir ifadedir hem de Sokratik okulun dördüncü nede-nini karşılamaktadır.

¹⁸⁰ Breslin, *From Words to Worlds: Exploring Constitutional Functionality*, s. 46.

¹⁸¹ Breslin, *From Words to Worlds: Exploring Constitutional Functionality*, s. 47.

¹⁸² Breslin, *From Words to Worlds: Exploring Constitutional Functionality*, s. 48.

¹⁸³ Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa*, s. 36, 54.

gördüğünü belirtir¹⁸⁴. Yine eserinin anayasanın işlevleri başlığı altında anayasalara yüklenen tarihsel-coğrafi anlamlara ve genel olarak bir anayasadan beklenebilecek amaçlara paralel olarak yedi işlevden bahseder¹⁸⁵. Her anayasanın bu işlevlerin tamamını eksiksiz olarak yerine getirdiğini söylemek gibi gerçekçi olmayacak bir tavırdan ziyade bu işlevleri yerine getirme derecesine göre etkin yani daha az ya da çok anayasal olma durumundan bahsetmek makuldür.

Nihayet Gözler, anayasacılığın özünün iktidarı sınırlandırma amacı olduğunu ve kendisinin hakiki bir anayasa olarak kabul ettiği yazılı, katı ve üstün bir anayasanın bu amacı gerçekleştirmek için gerekli olan bir araç olduğunu ifade etmiştir¹⁸⁶.

Tüm bu açıklamalar, bizi belirli bir topluluğun potansiyelini gerçekleştirmek/ edimselleştirmek amacını taşıyan bir form olarak anayasa fikrine götürür. Dolayısıyla *politeia*nın kuruluşunu idrak için maddi olanı dikkate almak zorunludur. İlgili potansiyelin adresi de kurucu iktidardır. Kurucu iktidar ve maddi anayasa eşleşmesini sistemli bir tahlilin konusu yapan ise Carl Schmitt'tir.

¹⁸⁴ Oder, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, s. 79.

¹⁸⁵ Oder, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, s. 117-124. Oder önce hukuki ve siyasi olarak iki ayırır. Hukuki işlev siyasal iktidarın örgütlenmesidir. Siyasi işlevler ise kuruculuk, siyasal birliğin bütünleşmesi, siyasal iktidarın sınırlandırılması, siyasalar bakımından yönlendirici olması, istikrarı sağlama ve meşruluğu temin etmesidir.

¹⁸⁶ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 133.

2. Bölüm

Carl Schmitt'te

Kararcılık ve Kurucu İktidar

Carl Schmitt'i tüm cazibesine rağmen olduğu gibi kabul edip benimseyebilen birine rastlamak güçtür. Schmitt farklı kesimler için son derece cazip bir kişiliktir zira parlamentarizmden, liberalizme dönemin baskın siyasi düşünce ve pratiklerinin tamamını paylamıştır, dolayısıyla her muhalif işine yarayacak bir argümanı onun düşüncelerinde bulabilmektedir. Yine de kimse onu olduğu gibi kabul edemez çünkü o Nazi Almanyası'nın baş hukukçusu olarak nam yapmıştır. Kaldı ki Nazi deneyiminin onun ilk ve esaslı mağlubiyeti olduğunu söylemek de doğru olmaz. Schmitt'in konumunu en iyi anlatan cümlelerden biri şu olsa gerek: "...Carl Schmit, yirminci yüzyılın eşiğinden geçmiş zamana baktığında, orada Tanrı'nın ve Leviathan'ın birbirine bağlı ölümünü görür."¹ Nitekim "muhafazakâr olmanın isyan etmek anlamına da geldiği bir tarihi vaziyet içinde"² yer almaktadır. Üstüne üstlük Schmitt, Protestan çoğunluğun arasında Katolik bir ailede dünyaya gelmişti. Dolayısıyla öncelikle mağluptur zira onun güzelledikleri yitirilmiştir, galiplere isyan etmiştir ve diğer mağlupların alakasını çekmiştir lakin çaresizliğinde ölü bir çocuğu vaftize kalkmış ve gözündeki perde ona ölümü kutlatmış, adı ölümle birlikte anılagelmiştir. Nitekim Chantal Mouffe'un sözlerini yeniden söyleyecek olursak: Schmitt ile birlikte (ölüme karşı), Schmitt'e karşı (yaşamla birlikte) ol-

¹ Toros Güneş Esgün, "Carl Schmitt", *Siyaset Felsefesi Tarihi: Platon'dan Zizek'e*, Ed. Ahu Tunçel, Kurtul Gülenç, 2. Baskı, Ankara, Doğu Batı Yayınları, 2014, s. 495.

² Gültekin Yıldız, Çevirenin Önsözü, *Carl Schmitt Tarih ve Siyaset Üzerine İki Deneme: Roma Katolikliği ve Politik Form & Kara ve Deniz*, çev. Gültekin Yıldız, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2009, s. xii.

mak, eserine ilgisiz kalamayan literatürün gittikçe yaygınlaşan tavrı olmuştur³.

Schmitt'in Katolik ülkeleri bir yana, onu kıymetli kılan, anayasanın siyasi varoluşsal kavranışı hakkındaki çalışmalarıdır. Bu yanıyla kantarın topuzunu kaçırıp hukuksuz hukukçu ithamına muhatap olsa da normativizmin röntgenini onun kadar iyi çeken de yoktur. Bu bağlamda Kelsen ile girdiği polemğin hukuk felsefesi için önemi küçümsenemez: Kantçılık zaten siyasi olanı, Schmitt'in realizminin tersine, idealizm çerçevesinde düşündüğü için mahkumdur, üstelik Kelsen, Kantçı mirasına ilaveten biçimcidir de. Dolayısıyla saf hukuk teorisi, Schmitt'in realist kavrayışının karşısında konumlanır⁴. Schmitt bir anayasa hukukçusu olarak anayasa ve hukuki kavrayışı belki olması gerektiği kadar değil ama yine de ek- sen konumda tutmuştur.

Hukuk felsefesi kendisini ayrı bir uzmanlık alanı olarak oluşturmaya çalıştıkça meşruiyet, adalet, temsil vb. siyaset ve ahlak felsefesi gibi diğer alanlarla bağlantılı konularda yazılan eserlerde, otonom bir alan olarak hukuku görmek giderek güçleşmiştir. Hukuk felsefesinin bağımsızlığını dileyen yazarlar için ise bağlantılı alanlarda zaten hukuk biter. Özetle, Schmitt, hukuksuz hukukçu olmasına rağmen yine de bu sınırlarda dolaşması sayesinde eşsiz bir pozisyonda konumlanır.

2.1. Karar Olarak Hukuk

Carl Schmitt anayasal düzenin gerisinde kurucu iktidarın kararı olduğu kanaatindedir. Ona göre her hukukçu farkında olsun olmasın belirli bir hukuk (*Recht*) anlayışına dayanır: Her hukukçu, hukuku ya karar olarak ya kural olarak ya da somut bir düzen ve form olarak ele alır⁵. Bu düşüncülerin

³ Mouffe'un slogan ifadesine parantez içinde yaptığım eklerle ne kastettiğim, Schmitt düşüncesinin vazgeçilmez kavramlarından olan dost-düşman ayrımıyla daha iyi anlaşılacaktır.

⁴ Ertan Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi*, İstanbul, İletişim Yayınları, 2015, s. 210.

⁵ Carl Schmitt, *On The Three Types of Juristic Thought*, çev. Joseph W. Bendersky, Praeger Publishers, 2004, s. 43.

hangi devirde, kimler tarafından işletildiği de önemlidir: örneğin ülkesiz, devletsiz, dinsiz⁶ sadece hukukla var olan kimseler için makul olan tek düşünce normativizmdir, onlara göre normativizm dışındakiler anlaşılmaz, mistik, fantastik yahut saçmadır⁷. Her düşüncesinin belirli bir normal hal, normal insan kabulünü içerdiğini düşünen Schmitt'in normativizm adını koyacak olursak Kelsen, hakkındaki bu dikkat çekici iddiasında Kantçı özne tasavvuruna yönelik Hegelci eleştirinin yinelenildiği görülebilir. Normativizme yönelik eleştirileri biçimciliğin defolarına odaklanır.

Normativist metoda göre büyük önerme konumundaki kural, kendisini düzenlediği sayısız somut durumdan önce hazır bulunan olarak yukarıda görür ve değişen durumlarla, iradeler karşısında bir üstünlük sergiler, bu sayede normativist düşünce, kararcılığın (*decisionism*) şahsi, somut düzenin şahsiyet üstü olduğu yerde kendisini gayrişahsi ve objektif olarak sunar fakat Schmitt'e göre kural yahut norm düzeni yaratmaz, bilakis verili düzene dayanılarak, onun yapısı içinde düzenleme yapılır; normativizmin, kralın (*Rex*) hukukundan değil hukukun (*Lex*) krallığından (*Nomos basileus*) bahsederken es geçtiği nokta *nomosun* statüsü, kural yahut norm anlamından ziyade norm olduğu kadar karar ve onların da üzerinde düzen anlamına geldiğidir, *Recht*'in yönetimi yahut *Nomos basileus* yalnızca keyfi bir pozitif norm, kural veya hukuki bir kayıt değildir, dahası normativist saf kalmak istiyorsa normların normuna kadar gitmeli, düşüncesini hep normla temellendirmelidir; yine birisi hakimi, normu saf bir şekilde aksettiren, normun hizmetindeki saf bir organ olarak görmeye kalktığında dahi hiyerarşiye dayalı bir düzen ortaya koymak durumunda kalır, fakat normlar kendi kendisini yürütemez (*enforce*); uygulanması, yorumlanması, tanımlanması hep insanı gerektirir⁸.

Yasalar, yargıca belirli bir durumla karşılaşması durumunda ne yapması gerektiğini söyleyen ifadelerdir. Cinayet

⁶ Schmitt metinde mezhep farklarını gözeterek Kilisesiz diyor.

⁷ Schmitt, *On The Three Types of Juristic Thought*, s. 45.

⁸ Schmitt, *On The Three Types of Juristic Thought*, s. 49 vd.

vakasıyla karşılaştığında hapis cezası vermesi gerektiği gibi. Şu hâlde gerek vakarın değerlendirilmesinde yani bunun bir cinayet olup olmadığının tespitinde gerekse vakaya uygulanacak kuralın seçilip, o kuralın ne anlama geldiğinin belirlenmesi aşamasında yargıcın değerlendirmesi bulunur. Bu değerlendirme ediminin belirli ölçüde de olsa, sınanabilir yöntemler ve gerekçe sunulması vesilesiyle nesnel olabileceği düşüncesi ileri sürülebilir. Schmitt olgunun ve kuralın belirlenmesi sürecinde, yargıcın her hâlükârda normatif olmayan bir işlem yaptığı, karar verdiği kanısındadır; ancak yargıcın bu edimi sayesinde kuvve halindeki kural fiile aktarılır⁹, etkinleşir. Daha doğru bir ifadeyle normu destekleyen iktidar, normun formunda açığa çıkar.

Uyuşmazlık istisnasından değil de kuraldan hareketle konuyu anlamaya çalışacaksak, olgu-norm diyalektiğinin tecesüm ettiği mucize mekanlar evrak kayıt odalarıdır. Bu müstesna kurum tüm bir devlet aygıtının, yetki dizgesinin can kapısıdır; müzik kutularına atılan para gibi “evrak kayıta” dilekçe verme anı öyle bir büyüdür ki basbayağı bir olgu olan bu edim, ilgili evrakın deftere işlenmesiyle birlikte norm dünyasını harekete geçirir. Bundan sonra idarenin yapacağı tüm işlemlerin hareket ettirici nedeni bu olgudur. Nitekim alelade bir hukuki işlemin başlangıcında, yargı kararının oluşumunda, hukuk kuralının meydana gelişinde hep öznenin hareket ettirici, fail pozisyonuna ihtiyaç vardır. Ne var ki normativist düşüncede hukuk bir otomasyon sistemi gibi telakki edilirken, olan (olgu) ile olması gereken (norm) hep ayrı zeminlerde kalır. Halbuki Schmitt’e göre:

“Hukuk fikri kendi kendini gerçekleştiremeyeceği için gerçeğe uyarlanırken her seferinde özel bir teşekküle ve şekillendirmeye ihtiyaç duyar. Bu, hem genel bir hukuk düşüncesinin pozitif bir yasada şekillendirilmesi, hem de pozitif bir genel hukuk

⁹ Zeybekoğlu, “Carl Schmitt’in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı”, s. 8. Bununla beraber, en azından genç Schmitt, hukuk ile gücün dolayısıyla kararın farklı zeminlerde olduğunu dolayısıyla hukukun iradeciliğe indirgenemeyeceğini de ifade eder. (Zeybekoğlu, “Carl Schmitt’in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı”, s. 18.)

normunun yargı organı veya idare tarafından uygulanması bakımından geçerlidir. Hukuki şeklin özgünlüğü üzerine yapılan bir tartışmada buradan yola çıkılmalıdır.¹⁰

Schmitt, hukukun hermenötik karakterine¹¹ yaslanarak bir yandan normativizmi eleştirir diğer yandan kararcılığın isabetini vurgular. Normativist düşüncede, hukukun toplumsal olgu boyutunun dikkate değer ölçüde eksik olduğu iddiasını hafife almak mümkün değildir. Yine normativizmin ortaya koyduğu biçimci anlayışın hukuktaki ideolojiyi ve hukukun kendisinin ideolojik yanlarını sakladığı yönünde değerlendirme de bugün geline nokta da artık farklı kesimlerce de dile getirilen bir tespittir. Fakat eleştirel olan bu savlardaki yerindeliğin hukuku betimlerken de kesintisiz sürüp sürmediği şüpheyi açıktır. Yukarıdaki anlatıyı sürdürecektir olursak, norma potansiyel varlığını kazandıranın yargıcın kararı olmadığı aşikardır; yargıç seçimine sunulmuş kurallardan bir tanesini etkinleştirir sadece. Bu durumda ya kuralın yargıcın seçim yapacağı havuza dahil olmasını sağlayan başka bir karardan bahsetmek gerekir ya da kuralın kaynağı olarak başka bir alanı işaret etmek gerekir. Her hâlükârda konu hukuk kuralının türetilmesi meselesi ile ilişkili olması münasebetiyle kurucu iktidar ile ilişkilidir.

Pozitif hukukun yargı kararıyla etkinleşmesi diğer bir ifadeyle hukuk haline gelmesi konunun sadece bir yüzüdür. Kuramcıların pek de üstünde durmadığı bir diğer yön, uyumsuzlukların ortaya çıkmadan bertaraf edildiği, yasanın öngördüğü düzende ilerleyen gündelik hayattır. İşin aslı uyumsuzluklar hukuk düzeninin istisnasıdır. Birçok hukuki işlem uyumsuzluk konusu olmadan neticelenir. Sağduyunun rahatlıkla fark edeceği üzere insanlar edimlerini çoğunlukla hukuk düzeninin sınırları çerçevesinde işletirler. Bir ticari işletme zaten hukukun öngördüğü şekilde kurulur; bir öğrenci,

¹⁰ Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, çev. A. Emre Zeybekoğlu, 5. Baskı, Dost Yayınevi, 2016, s. 36.

¹¹ Yargıcın yerine getirdiği norm somutlaştırması faaliyetinin hermenötik niteliği, hiçbir yerde olmadığı kadar Almanya'da güçlü bir şekilde dillendirilmiş olmasına karşın Schmitt'in bunun üzerinde durmamasını bir tercih olarak yorumlamak gerekir.

öğrencilik haklarını ilgili düzenlemelerin gereğini yerine getirerek kazanır vb. Nitekim, alışkanlık sonucu oluşan davranış kalıplarına paralel olsun, veya makul yahut ahlaka uygun bularak olsun bireyler hukuka uyma eğilimi sergiler¹², yargıcın potansiyel haldeki kuralı etkinleştirme işlevi ise sadece uyusmazlık durumunda söz konusudur. Fakat hukukun biçimsel kaynağı sadece yargı kararları olmadığı gibi hukuk biçimsel kaynaklarından da büyüktür¹³. Bununla beraber uyusmazlık konusu olmayan milyonlarca edimde hukuk kuralını etkinleştiren doğal olarak yine öznelardır fakat yargıçlar değil hukukla bağı olan yurttaşlardır. Bu ise o veya bu sebepten eğer etkin bir hukuk sisteminden bahsediyorsak, yurttaşların hukuk kurallarının değerdendirilmesinde istifade ettikleri ortak bir anlam dünyasına sahip olduğı anlamına gelir. Hukuku kuran ve hukukun koruduğunu iddia ettiğı değeri tartışırken bu alan görmezden gelinemez. Schmitt özelinde siyasal birlik, somut düzen kavramları konunun bu yanını aydınlatır. Fakat Schmitt, bunlarla hukuk arasında doğrudan bir ilişkiyi ima etmek yerine kararı vurgular zira onun öncelikli kaygısı hukuki düşüncede kararın en az norm kadar hat-ta sınır pozisyonu münasebetiyle daha fazla yer kapladığını ortaya koyabilmektir. Fail nedenin basit bir açıklayıcı olmadığını, hukuku pozitifleştirmekle yetinen bir devlet anlayışından uzak durmak gerektiğini, egemenin yaratıcı failliğini fark etme icabını ileri sürer. Normativizimin kendi kendini geçerli kılan bir atıf sistemi olarak hukuk telakkisinin “peki tüm normların nihai dayanağı bir emir değilse nedir?” itirazına karşı sessiz kalışının, egemenliğin inkâr olduğunu düşünür¹⁴. Nitekim peşinen diyebiliriz ki kurucu iktidarın kararına dayalı anayasa teorisi Kelsen’in pozitivizmine ve grund-norm’una bir cevap niteliğindedir¹⁵, her ne kadar egemenden

¹² Bkz. M. Tevfik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 88-106.

¹³ Jean Carbonnier, “Kuramsal Hukuk Sosyolojisinin Temel Varsayımları”, *HfSA Kitap 1*, çev. Ahmet Haluk Atalay, İstanbul, Nüans Basın Yayın, 1993, s. 116 vd.

¹⁴ Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 28-30.

¹⁵ Stacey, “Constituent Power And Carl Schmitt’s Theory Of Constitution In Kenya’s Constitution-Making Process”, s. 589.

maksadın bir ide olarak ulus mu yoksa temsilcileri mi olduğu sorusuna şaibeli cevaplar verse de.

Schmitt'e göre saf bir normativist, üstün bir normdan; somut düzen taraftarı yine üstün bir düzenden pozitif olanı türetmek zorundayken bir kararcı pozitivizme aradığı kuruluşu verebilir: Tarihin belirli bir noktasında etkinleşen egemenin iradesi herhangi bir kuruma yahut düzene dayanmadan norma kaynaklık eder¹⁶. Hukuka etkinleşmek için ihtiyaç duyduğu, normal, stabil durumu hazırlayan egemendir. Hukuk güvenliği, kesinlik, istikrar, öngörülebilirlik gibi "pozitif" özellikler normun değil normal, stabil siyasi bir sistemin nitelikleridir¹⁷; normal/olağan durum hukuka yahut özelde anayasaya değil düzen kurma potansiyelini haiz siyasi iktidara dayanır, dolayısıyla hukuk da kendiliğinden işleyen rasyonel bir teçhizat değildir¹⁸.

Ona göre hukukun kuruluşunu iradi bir eylemde, bir kararda bulmak mümkündür ve kararcılığın klasik görünümü "yasayı hakikat değil otorite yapar" (*Auctoritas non veritas facit legem*) diyen Hobbes'ta bulunur; buradaki otorite önceden kurulmuş bir düzene referans vermemektedir: her kim barışı getirir, güvenliği ve düzeni temin eder, egemen odur ve otoritenin tüm sahibidir¹⁹. Egemenin kararı, normatif dayanağın ve dahi somut düzenin olmadığı bir ortamda çıkar²⁰. Hobbes'un egemeni Schmitt için çekicidir zira normatif hiçlikten çıkan karar bundan böyle neye iyi, kötü neye adil, adaletsiz denileceğini belirlerken dayandığı tek yer de halkın iradesi-

¹⁶ Schmitt, *On The Three Types of Juristic Thought*, s. 69 vd. Norm ve düzen arasındaki geçiş problemi, Schmitt'e bir yandan sivil toplum-devlet diyalektiğine dayalı liberal anlayışı eleştirme imkânı verirken bir yandan da kararın, fail nedenin açıklamaya dahil edilmesiyle halk, hareket, devlet üçlemesine dayanan yeni Alman düzenini temellendirme imkânı verir (Schmitt, *On The Three Types of Juristic Thought*, s. 98.). Nitekim, Schmitt, tek başlarına yetersiz olan üç tür hukuki düşüncenin aslında, siyasi birliğin bu üç alanına bağlı olduğunu *Siyasi İlahiyat*'ın ikinci baskısına yazdığı önsözde açıkça söyler (Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 11).

¹⁷ Schmitt, *On The Three Types of Juristic Thought*, s. 65, 66.

¹⁸ Paul Hirst, "Carl Schmitt's Decisionism", *Telos*, Sayı: 72, 1987, s. 21.

¹⁹ Schmitt, *On The Three Types of Juristic Thought*, s. 59, 61.

²⁰ Schmitt, *On The Three Types of Juristic Thought*, s. 62.

dir²¹. Yani bir yandan Leviathan'ın sahneye çıkışıyla iynin modern öncesi ilahî tanımları siyaseten anlamsız olur, ege- men neye iyi diyorsa tüm ülke için nesnel olan iyi odur ve fa- kat kendisi bu düzenlemenin sınırındadır. Diğer yandan da egemenin bunu yapabilmesini sağlayan halkın rızasıdır yani adlandırma edimi ilahî takdirle değil yönetilenlere atıfla ge- rekçelenir. Dolayısıyla Hobbes'ta, hukukun arkasındaki kara- rı da, bu karara içeriğini veren meşruluk kaynağının modern dönemde siyaset alanının dışından içerisine, halka kayışını da görürüz. Yeni Tanrı devlet, otorite figürünün olması gerektiği gibi, her ne kadar halka referansla oluşturulmuş olsa da hu- kuken aşkındır zira kendisi sözleşme ile bağlı değildir²².

Nitekim karar olarak hukuk telakkisinin idraki egemenlik bahsinin gündeme alınmasını gerektirir.

2.2. Kararın Öznesi: Egemen

Kimi okuyuculara göre Schmitt'in, aforizmaya yaklaşan cümleler kurması, geniş ilgi alanının sonucu olan farklı konu- lara yayılmış eserler yazması vb. sebepler nedeniyle külliya- tından sistematik bir içerik devşirmek güçtür. Buna karşılık iddiasını özetleyen, vurucu cümlelerle kitaplarına başlar. Bunlardan bir tanesi *Siyasi İlahiyat* kitabının giriş cümlesi olan egemene ilişkin o meşhur sözdür: "Egemen, olağanüstü hale karar verendir."²³

Bu epik cümle, egemenliğin kaynağını, egemen olmanın gereklerini ortaya koymaz fakat egemenin kim ve ne olduğuna ilişkin bir ölçüt verir: olağanüstü hâl ve eserin hemen başında okuyucuyu uyarır: Burada kastedilen hukuki bir kurum değil devlet kuramına ilişkin sınır kavramdır: Yani burada karamamelerden yahut sıkıyönetim örneklerinden değil tü-

²¹ Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı*, s. 70 vd.

²² Otorite figürü her daim aşkındır. Modernlik koşullarında meşruluğun hal- ka referansla temin edilmesi bunun önünde sorun teşkil eder. Hobbes'ta söz-leşme ile bağlı olmayan devlet bu yüzden bir çözümdür yoksa otoritenin aş- kınılığının tek formülünün bu olmasından değil. Schmitt, bu yeni egemenin durumunu bu bağlamda, "yaratılmaktan ziyade davet edilmiştir" şeklinde ifade eder. Carl Schmitt, "Hobbes ve Descartes'ta Bir Mekanizma Olarak Devlet" *İÜHFM*, çev. Emre Zeybekoğlu, cilt: 23, sayı: 1-2, 2003, s. 977.

²³ Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 13.

mel, devletin kuramsal kavrayışına ilişkin; temel fakat belirsiz, muğlak değil kavramayı, ele geçirmeyi hedeflediği nesnenin sınırını işaret eden bir kavramdır. Egemen,

“... hem son derece acil bir durumun söz konusu olup olmadığına, hem de bertaraf etmek için ne yapılması gerektiğine karar verir. O, normal durumda geçerli olan hukuk düzeninin dışında olmakla birlikte yine de bu düzene aittir çünkü anayasanın tümüyle askıya alınmasına karar vermeye yetkilidir. Modern anayasal gelişim, egemeni bu anlamda bertaraf etme eğilimindedir...Ancak ekstrem olağanüstü halin ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı hukuki bir sorun değildir. Bunun gerçekten bertaraf edilebileceğine güvenmek ve bunu ümit etmek, metafizik veya felsefi –özellikle tarih felsefesiyle ilgili- inançlara bağlıdır.”²⁴

Şu hâlde, ilk elden Schmitt’in olağanüstü hâl derken mak-sadı, hukuken tanımlanması pek mümkün olmayan, ortaya çıktığı halde nelerin yapılabileceğinin tahdidi olarak belirlenmesi mümkün olmayan, ivedilikle mücadele edilmesi gereken, normal hukukun kifayetsiz kaldığı son tahlilde adının konması ve gereklerinin yapılması baştan aşağı kararı gerektiren bir vaziyettir. Yine de bir düzenin olması nedeniyle kaos ve anarşiden farklı olarak olağanüstü hal zamanında, hukukun geriye çekilişi, devletin norma üstünlüğünü açığa çıkarır ve karar, normatif tahditten sıyrılarak mutlak hale gelir²⁵. Olağanüstü halin hukuk tarafından kavranamayan doğası, buna karşın egemenin iradesine olan bağımlılığı kararın normatif bir dayanağının olmadığı sonucunu ima eder²⁶. Schmitt’e göre olağanüstü hal durumunda düzenin tekrar tesisi adına, egemen hukuk dairesini terk eder:

“Olağanüstü hal devlet otoritesinin özünü en net şekliyle ortaya koyar. Burada karar hukuki normdan ayrılır ve (paradoksal olarak formüle etmek gerekirse) otorite, hukuk üretmek için haklı olmak gerekmediğini kanıtlar.”²⁷

²⁴ Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 15.

²⁵ Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 19.

²⁶ Zeybekoğlu, “Carl Schmitt’in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı”, s. 27.

²⁷ Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 21.

Nitekim Schmitt, mevzu bahis egemenlik olunca zikredilmeden geçilemeyen Bodin'in başarısının da burada, karar kavramında, yattığını düşünür: Bodin, egemenliği, mutlak ve sürekli iktidar olarak tanımlarken bunun ne demeye geldiğini egemenin verdiği sözlerle bağlı olup olmadığı sorusuyla tartışır; egemenin verdiği sözlerin sorumluluk yüklemesinin doğal hukuka dayanması gibi, acil bir durumun ortaya çıkması durumunda da bu bağ doğal prensipler uyarınca kesilir yani mutlak ve sürekli iktidarın alameti, gerektiğinde pozitif hukuku ilga etme kararını haiz oluşudur²⁸. Egemen tam da bu nedenle, Schmitt'e göre, "hukuk nasıl türetilir, hukuku kuran nedir?" sorusunu cevaplarken müracaat edilecek olandır:

"Herkes, bir devlet içinde çatışmalar ortaya çıktığında, tarafların tabii ki yalnızca "herkes için iyi olanı" istediği konusunda hemfikirdir –zaten bellum omnium contra omnes [herkesin herkese karşı savaşı] da buradan kaynaklanmaktadır...egemenliğin ve böylelikle devletin kendisinin de bu tartışmayı karara bağlamakta, yani kamu düzeni ve güvenliğinin ne olduğunu, ne zaman bozulduğunu vb. kesin olarak belirlemekte içkin olduğu konusunda herkes hem fikirdir...her düzen, bir karara dayanır...diğer tüm düzenler gibi hukuki düzen de bir norma değil bir karara dayanır."²⁹

Burada dikkat çeken dört unsur mevcuttur: Birincisi yahut ilk göze çarpanı egemenin hukuk düzeni ile olan özgül ilişkisidir: egemen hukuk düzeninin bozulduğuna karar verendir ve hukuk düzenini kurarken kendisi bu düzenin yani sınırın, sınırında durur. Egemenlik liberalizmin hukuk içinde eritmeyi umduğu gibi anayasa doktrinine ait biçimsel yahut halka referans veren varsayım meselesi değil düzen kurma potansiyeline dair hukukun dışında, siyasi olduğu için hukuki olabilen bir konudur³⁰. Hukukun egemence askıya alınabilir oluşunun meşruluğunu ve egemenin hukuku ilk başta kurarkenki pozisyonunu aşağıda ayrıca ele alacağız. Şimdilik hu-

²⁸ Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 16 vd.

²⁹ Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 17.

³⁰ Hirst, "Carl Schmitt's Decisionism", s. 19, 20.

kukun egemene bağımlı ve egemenin hukukun hem içinde hem dışında oluşunun altını çizmekle yetinelim.

İkincisi bu normatif düzenin bir karara dayanıyor oluşudur. Kararcılığı tartışmaya açacak üçüncüsü ise egemenin nasıl olup da bu kudreti haiz olduğunun açıklamada yer alması yani egemenliğin kaynağının dışarıda bırakılışıdır ki buradan dördüncü unsura geçiş yapılır. Burada söz konusu olan halkın, Papa'nın, kralın yahut bir başka kimsenin bu yetkiye sahip olup olmadığı değil formel olarak yetkinin zikredilmiş olmasıdır.

Üçüncü unsur bakımından "egemen kim olmalıdır, egemen olarak anılma hakkına kim sahiptir sorusu" gündem dışıyken dördüncü unsur bakımından "somut bir durumda kim bu yetkiyi kullanıyorsa o egemendir" denmektedir. *Siyasi İlahiyat*'ın diliyle ifade edecek olursak "mucizeler yaratan Tanrı'dır" denmektedir³¹. Hukukun kuruluşu olağanüstü bir durumda gerçekleşir, olağanlaştırma işi bir kararla yerine getirilebilir, bu kararı veren de egemendir.

Modernlik koşullarında hukuk kendine verdiği referansla meşruiyeti temin etmiştir. İlahi menşei sistem dışı meşruluğa, tabiri caizse hukukun Kilise'nin vaftizine ihtiyaç duyması noktasında Schmitt de pozitivizmle aynı yerde durur. Geleneksel, aşkın meşruluk terk edilmiştir³². Ayrıldığı nokta hukukun egemenliğinin aslında egemenin hukukunu ima ettiği: Hukukun sadece hukuk olmadığını, hukukun kendisini yoktan var eden karara dolayısıyla egemene göbekten bağlı olduğunu söyler³³. Ona göre, hukukun üstünlüğü iddiası pozitif hukuku ima ederek kullanılıyorsa bu zaten statükonun meşrulaştırılmasıdır öyle değil de doğal hukukun pozitif ola-

³¹ Eser egemenliği konu edindiği kadar modern devlet kuramının önemli kavramlarının dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramları olduğu iddiasını da işler. Schmitt'e göre deizimi ve mucizeyi dışlayan metafiziğin doğrudan desteği altında modern devlet düşüncesi gelişmiştir. Kadir-i mutlak Tanrı, kadir-i mutlak kanun koyucuya dönüşürken, doğa kanunlarına karşımayan mucizesiz (istisnasız) Tanrı'nın paraleli pozitif hukuka doğrudan müdahale edecek egemenin reddi ile karşılanmıştır. (Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 43 vd.)

³² Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 56.

³³ Bünyamin Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası*, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2006, s. 93.

na üstünlüğü kastediliyorsa bu durumda da daha üstün bir düzene yönelik siyasal bir talep vardır³⁴.

Hukukun egemenliğinin, egemenin hukukunu ifade ettiğine yönelik bu iddia belki somut düzen referansı olarak okunmalı ve yok sayılan ahlakın/ideolojinin/değer sisteminin en başından beri orada olduğu, egemenin hukuk yaratmadaki pozisyonu fark edildiğinde hukukun iddia edilen saflığa hiçbir zaman sahip olmadığı yönünde değerlendirilmelidir. Nitekim Schmitt, *liberalizmin siyaseti kısmen bireyselci, yani özel hukuka ilişkin bir ahlaka, kısmen de ekonomik kategorilere tabi kılmak; siyasal kavramların özgül anlamlarını yok etmek*³⁵ yönünde bir tavrı olduğunu da ifade etmiştir. Ama liberalizm eleştirisinden hareketle hukuk-egemen ilişkisine dair genel sonuçlar çıkarmak için henüz erken, kesin olan Schmitt'in kendi kendine işleyen tarafsız, *deus ex machina* bir hukuku kabul etmediği, iradeci bir pozisyonda konumlandığıdır. Bu iradeciliğin ne demeye geldiği ise kurucu iktidar meselesiyle doğrudan ilişkilidir zira aşkın egemenliğin ve meşruiyetin yani tanrı-kralın yerine içkin egemenlik ve meşruiyet yani kurucu iktidarda kristalleşen demokratik meşruiyet ve halk egemenliği geçmiştir. Tam da bu nedenle kurucu iktidardan ne anlaşılabileceği önemlidir: Karar veren egemen, halkın rızasını mı, toplumsal yapının gereklerini mi yoksa bilfiil kararı veren siyasi elitleri mi ifade etmektedir?

Ne var ki *Siyasi İlahiyat*'ta egemeni tahlil eden Schmitt için bu şimdilik önemli değildir. "Ne zaman ki kurulmuştur, her hükümet iyidir", "Mesele, bir sorunun şu veya bu çözüme kavuşturulması değil, gecikmesiz ve temyizsiz çözüme kavuşturulmasıdır" cümlelerini alıntılarında bir beis görmez bu nedenle. Egemenliğin alametini tespitle yetinir: kararı verebilen. Schmitt'in şemasına bağlı kaldığımızda egemenliğin alametini yeni bir soru takip eder: Egemenin kararı ne hakkındadır?

³⁴ Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı*, çev. Ece Göztepe, 3. Basım, İstanbul, Metis Yayınları, 2014, s. 97.

³⁵ Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 103.

2.3. Kararın Siyasi Konusu: Dost-Düşman Ayrımı

2.3.1. Siyasal Olan

Schmitt'e göre Avrupa³⁶ 16. yüzyıldan beri bir tarafsız alan arayışındadır: 16. yüzyılda teoloji, 17. yüzyılda metafizik, 18. yüzyılda ahlak, 19. yüzyılda ekonomi, 20. yüzyılda ise teknoloji tarafsız alan olarak işlenmiştir lakin her biri siyasallaşarak bu tarafsızlığını yitirmiştir çünkü her bir alan siyasal olma potansiyelini içinde barındırır diğer bir ifadeyle siyasal olan karşısında hepsi ikincil konumdadır ve ahlakın iyi-kötü, estetiğin güzel-çirkin, ekonominin yararlı-zararlı denkleminde işlemesi gibi siyasal alan da dost-düşman ayrımında kurgulanır, her bir diğer alan bu bağlamda ya dostun ya düşmanın çıkarına işler, tarafsız kalmaz³⁷. Nitekim o, bu nedenle siyasetten değil siyasal olandan bahsetmiştir, bir alan olarak siyaset değil tarafsız kalması ümidiyle kurgulanan her alanda potansiyel olarak bulunan, dost düşman ayrımını ortaya çıkarmakta yeterli yoğunluğun mevcudiyeti halinde her alanı işaretleleyen bir ölçüt olarak siyasal olandan bahseder³⁸. Devletin tarafsız olması beklenen eğitim, ekonomi, kültür vb. alanlara el attığı durumlarda her alan siyasal olma potansiyelini haizdir, devlete ilişkin olan eşittir siyasal olan formülü pratikte böylesi durumlarda iş görse de siyasal olanın özgüllüğünü ortaya koymaz³⁹. Dahası çağa bağlı bir kavram olan devlet dışında, başkaca siyasi formların görüldüğü tarihsel kesitler olduğu gibi, devlet çağında da toplumun siyasal olan konu-

³⁶ Schmitt, burada betimlediği depolitizasyon teşebbüsünün üç hal yasası benzeri bir kurgu olmadığını vurgular. Birincisi burada kastettiği Avrupaya özgüdür, insalık kültürüne dair bir genelleme yapmaz. İkincisi genelleme yapmayı sadece coğrafi bakımdan da değildir. Herhangi bir tarih yasasına varma yahut bu neviden bir kurgu için delil üretme teşebbüsünde olmadığı gibi bu izlekten hareketle "ileriye" gidildiği gibi bir değerlendirmede de bulunmaz. Carl Schmitt, "Tarafsızlaşma ve Depolitizasyon Çağı", *İÜHFM*, çev. Emre Zeybekoğlu, Cilt: 63, Sayı: 1-2, s. 361.

³⁷ Zeybekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", s. 43-45.

³⁸ Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası*, s. 34.

³⁹ Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 53.

sunda devletle karşı karşıya gelebilmesi yani devletin gücünü yitirebilmesi de mümkündür⁴⁰. Nitekim siyasal kavramı, devlet kavramına önce gelir⁴¹. Devlet dahi gücünü ve gerçekliğini dost-düşman gruplaşmaları arasındaki gerilimden alır⁴².

Schmitt, bu bağlamda, dost-düşman ayrımının neyin siyasal olduğuna dair kullanılabilecek bir ölçüt olduğunu söyler; siyasalın tanımı yahut içeriği değil siyasal eylem ve saikleri açıklamakta kullanılabilecek kavramsal bir ölçüt⁴³. Dost-düşman ayrımı siyasi olanı din, ekonomi gibi diğer alanlardan ayırt eden özelliktir; gruplar birbirleriyle hasımlık ilişkisi kurduğunda siyasal olan meydana gelir⁴⁴.

Düşmandan kasıt ekonomi alanındaki rakip yahut duygu planındaki nefret edilen hasım değildir; düşman evvela kamusal bir nitelik arz eder, bizim varlığımız için gerekirse defedene kadar mücadele etmemiz gereken yabancı, ötekidir⁴⁵. Dini, ahlaki, ekonomik, etnik vb. herhangi bir karşıtlık bir düşman telakkisine verecek denli tesirli ise artık siyasi bir nitelik kazanmıştır dolayısıyla siyasi olan kendisi münhasır bir alan değil yoğunluk derecesidir, herhangi bir karşıtlık vakti geldiğinde düşmana karar verebilecek bir noktadaysa siyasi birliğin tözünü de o karşıtlık oluşturmaktadır⁴⁶.

“Siyasal olan, her hâlükârda daima *kriz anına* odaklanmış gruplaşmadır. Dolayısıyla *kriz anına* odaklanmış bir gruplaşma daima tayin edici insanı bir gruplaşma yani *siyasal birliktir*. Gerçekten mevcudiyeti halinde, tayin edici ve *egemen* olan da bu siyasal birliktir. Egemenlikle kastedilen ise, istisnai duruma karşılık gelse de, tayin edici duruma daim *karar alma yetkisinin*, kavramın gereği olarak daima bu gruplaşmada olmasıdır.”⁴⁷

⁴⁰ Funda Günsoy Kaya, *Felsefe ve Teolojinin Kavşağında Carl Schmitt ve Leo Strauss'ta Politik Olan*, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2010, s. 58, 60.

⁴¹ Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 49.

⁴² Schmitt, “Tarafsızlaşma ve Depolitizasyon Çağı”, s. 365.

⁴³ Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 57.

⁴⁴ Hirst, “Carl Schmitt's Decisionism”, s. 17.

⁴⁵ Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 58 vd.

⁴⁶ Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 67-69.

⁴⁷ Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 68. Vurgular bana aittir.

Bu sıradan görünen paragraf Schmitt'in buraya kadar incelediğim düşüncesinin özeti niteliğindedir ve devamı için de bir yol haritası çıkarır. Evvela anılan kriz anının, *Siyasi İlahiyat*'ın olağanüstü halini ima ettiği aşıkardır ve yine *Siyasi İlahiyat*'la uyumlu olarak böyle bir durumda verilecek bir karardan ve bu kararı verenin egemen oluşundan bahsedilmektedir. Yeni olan, bu kararın dost-düşman ayrımına varacak denli yoğunluk arz eden bir gruplaşma ile ilgili oluşudur. Yani olağanüstü halde, egemen, dostun düşmanının kim olduğuna karar verendir. Yine bu paragraftan yeni bir şey daha öğreniriz: Kararın konusuyla birlikte egemenin sadece formel adresi değil aynı zamanda kimin bu karar hakkına sahip olduğu da söylenir; egemen konumundaki gruplaşma yani siyasal birlik karar alma yetkisine sahiptir.

Schmitt'te düşman ve savaş kavramları⁴⁸ siyasal kavramının ön koşulu olarak görünür⁴⁹. Diğer bir ifadeyle siyasetin varoluş nedeni dost-düşman ayrımıdır demekle siyasal olanı savaşla varoluşsal bir ilişki içerisinde düşünmüş olduğunu ortaya koyar⁵⁰. Toplumun tözel birliği doğalken onun siyasal birlik formuna geçmesi içeriği dışarıdan ayırt eden bir düşmanla mümkün olur⁵¹. Her ne kadar dostluk, tözel birliğin işareti olduğu için öncelikli bir kavram gibi dursa da siyasal olan her daim düşman dolayımından değerlendirilmek zorunda kalınır. Nitekim siyasal birliğin, tözel birlik gibi doğal olmayışı onun ortaya çıkması için dışlamaya yönelik bir karara ihtiyaç duyması anlamına gelir, bir memleket sadece belirli değer ve ilkelerin bir araya getirdiği kimselerden oluşmaz ne zaman ki düşmanın farkına varılır o vakit birliktelik, siyasal bir bilince erişir, denmektedir⁵².

⁴⁸ Schmitt, savaşı normatif bir kategori olarak değil varoluşsal bir zorunluluk olarak değerlendirir. (Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 79) Bkz. Kaya, *Felsefe ve Teolojinin Karışığında Carl Schmitt ve Leo Strauss'ta Politik Olan*, s. 70-83.

⁴⁹ Esgün, "Carl Schmitt", s. 506.

⁵⁰ Carl Schmitt, *Partizan Teorisi*, çev. Sibel Bekiroğlu, Ankara, Nika Yayınevi, 2017. İçinde Hüseyin Etil, "Carl Schmitt'in Partizan Teorisi", s. 13.

⁵¹ Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası*, s. 45.

⁵² Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası*, s. 51, 54. Gerçekten de Schmitt, *Siyasal Kavramı*'nın, Savaş ve Düşman Hakkında Karar Verme başlıklı beşinci bölümünde *jus belli*'den hareketle siyasal birlik olmanın

Bu aşamada Schmitt düşüncesinde fail nedenin önemi ortaya çıkar zira siyasi birliğe erişim ancak bir kararla mümkündür ve siyasi birliğin özdeş birimlerden oluşan bir küleden farklı olması, kendisini açığa çıkaran karar gibi mevcudiyetini devam ettirmesi aşamasında da karar kabiliyeti göstermesini gerektirir bu ise ancak temsille mümkündür zira siyasi birliği ihtiva eden halk, ona göre Tanrı gibi bir ideyi ima eder yani temsile konu olur ve temsilci, devlet başkanı örneğin, halkın yerine geçmez, vekalet etmez; ideyi pratiğe aktarır⁵³. Bu şemanın devlet başkanı ile halkın özdeş algılanmasına yol açacağı kaygısı yersiz değildir. Bu özdeşliğin sorunlu olduğu da ayandır zira *persona* konumundaki devlet başkanlığı adı üzerinde bir rolden ibarettir. *Author*, rolün yazarı yani *auctoritas*ın sahibi ise halktır. Halkla özdeş devlet başkanı düşüncesi *potestas* ile *auctoritas* eşitleme rizikosunu barındırır. Halbuki ilke ile bu ilkenin kullanımı bir değildir. Schmitt'in şemasında bu mesafe bir temsil sorununa indirgenir⁵⁴. Kurucu iktidarın kendini gerçekleştirme potansiyeli siyasal sistemin temsil kabiliyetine indirgenir⁵⁵.

2.3.2. Kararcılığın Eleştirisi 1: Dostluğun İkincilliği yahut Polemiksel *versus* Apofantik

Aslında kararcılığın iki büyük handikabını şimdiden görürüz. Egemenliğin ilkesi ve kullanımı ile karar ve norm arasındaki fark belirgin değildir. Aşağıda diktatörlük kavramı-

anlamının düşmanı belirleyerek, hukuk normlarının geçerliliği için önkoşul durumundaki normal durumun yaratılmasında olduğunu ifade eder. Burada verdiği, Yunan ve Roma deneyimleri gibi modern öncesi pratiklere de uzanan örnekler anayasal düzenin tehdidine ilişkindir.

⁵³ Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası*, s. 54, 67.

⁵⁴ Yine de Schmitt'i eleştirirken onun muhayyilesindeki devlet başkanının parti uzantısı bir başkan olmadığını, normatif iddialarını anlamlandırırken parlamentarizm eleştirisini de akılda tutmak gerektiğini belirtelim. Nitekim Weimar Cumhuriyetinin son yıllarında devlet başkanının yetkilerinin artırılmasına yönelik anayasal değişikliklere de karşı çıkmıştır. Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası*, s. 76-78.

⁵⁵ Dinçer Demirkent, "Anayasal Kuruluş Konusunda Kapanmayacak Tartışma: Hannah Arendt ve Carl Schmitt'te Kurucu İktidar Sorunu", *Mülkiye Dergisi*, 39(3), s. 104 vd.

nun incelenmesinin akabinde fail nedenin ön plana çıkışını ve egemenliğin ilkesiyle kullanımının birbirine karışması daha net görülecektir. Bu nedenle bu bölümde kararın normatiflik potansiyelini etkileyen dost-düşman şeması üzerinde durmakla yetinilecektir.

Dostluğun siyaset felsefesinde konu edinilmesi ilk değildir. Homerik metinlerden Aristoteles'e kadar klasik Yunan metinlerinde ve onların uzantısı olarak görülebilecek Cicero'da dostluk ile siyasi birlik arasında bir ilişki görülmüştür. Schmitt'in farkı, açıklamasının merkezinde dostluğun değil düşmanlığın yer alması ve bunun kamusal bir nitelik arz etmesidir⁵⁶. Bu düşünce şeması içeriği dıştaki düşmana karşı birleyip içerde barışı, dışarda savaşı daimî kılma çizgisinde olsa da aslında önce içeride düşman üreteceğini görmemiz gerektiği kanaatindeyim. Siyasal birliğin kuruluşundaki karar ülkeyi dost ve düşman arasında böler. Zira birliği kurmaya yönelik her eylemi dışlayıcı bir payandaya oturtur⁵⁷. Aslında karar ile norm arasındaki fark da buradadır: Her norm bir gerekliliği ifade etmesi diğer bir ifadeyle bir tercihe izin vermesi münasebetiyle diğerlerini dışarıda bırakır ve bu anlamda kardan bir farkı yoktur. Buna karşılık karara dayalı, benim görünüşte birlik dediğim siyasi birlikler ile normatif düzeni etkinleştirebilmiş olanlar arasında yani hakiki birlikler ara-

⁵⁶ Frank Vander Valk, "Decisions, Decisions: Carl Schmitt on Friends and Political Will", *Rockefeller College Review*, Cilt: 1, Sayı: 2, s. 43. Vander Valk, Schmitt'in dost-düşman ayrımının etik bir imayı içermeyişi ile de Antik Yunan'dan ayrıldığını belirtirken haklıdır. Ne var ki dostların "evrensel bir iyi ideali yahut adalet idesi altında bir araya gelenler" olarak tarifi zorunlu değildir. Pekâlâ yine biçimsel bir referansla iyi buldukları her ne ise onun paydasında da toplanabilirler. Diğer bir deyişle kötü yahut düşman nasıl bir kategoriden ibaretse aynı durum iyi yahut dost için de pekâlâ geçerlidir. Bu durumda iyi yine sadece siyasi bir referans olacak herhangi etik bir buyruğu ima etmeyecektir. Kaldı ki etikten modernin anladığı ile klasiklerin anladığı arasındaki esaslı fark bu tartışmayı devre dışı bırakacak kapsamdadır. Biz burada şu kadarını ifade etmekle yetinelim: Platon, her *polis*in uyması gereken iyyinin kendisinden bahsederken Aristoteles, bunun yanında her *polis*in bir iyisi olduğunu ifade eder.

⁵⁷ Zeybekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", s. 48. Türkiye ile Yunanistan arasındaki mübadele, Türkçe literatürün pek ilgisini çeken, örneğidir bu durumun.

sında kaplam açısından esaslı bir fark bulunur. Norm, taraflardan birinin diğerine galip gelmesi, kararını kabul ettirmesiyle değil tarafların, çatışmanın en azından sürdürülebilir düzeyde kalması adına bir tarafın daha lehine de olsa orta noktada buluşmasıyla ortaya çıktıysa etkinleşme potansiyeli yüksektir ve esas siyaset/politika bundan sonra yani *polis*in kurulumundan sonra mümkün olur zira normatif çerçevenin inşası öncesinde kuralsız bir çatışma yani savaş durumu söz konusudur. Anayasal düzlemde, şayet (a) grubu (b) ve (c) gruplarını gözetmeksizin aldığı kararlar hukuk kurarsa, dışlanan (b) ve (c) gruplarının daimî muhalefeti söz konusu olacaktır diğer bir ifadeyle bu görünüşte birliğin içinde hep düşmanlar olacaktır. Hukuk etkinleşmek için ihtiyaç duyduğu öznelerden mahrum kalacaktır. Norm dışlayıcıdır. Norma hayat veren taraflar, normun uygulanacağı özneleri aşağı yukarı kapsamazsa norm etkinleşme sorunu yaşar. Temel normun dışında kalanlar kurulmuş iktidara yani kuruma ontik muhalefet sergiler. Bu durumun tarihteki adı *imperium in imperio*'dur.

Aslında Schmitt ikincil güç odaklarını (*potestas indirecta*) değerlendirirken bu hususa yaklaşmıştır. Schmitt'e göre tarihsel olarak evvela Kilise bu konumdaydı, akabinde liberalizm sivil toplumu bir ikincil güç odağı tarlası olarak görmüştür ve çıkar odaklarını devleti yöneten birer *potestas indirecta* olarak kurgulamıştır, aynı tavrı anarko-sendikalistler ve sosyalistler de paylaşmış ve devletin depolitizasyonuna ortak olmuştur⁵⁸. Schmitt, devleti faal güçlerden biri, çıkarlara erişmek için kullanılan bir araç değil siyasal olanı belirleyen bir tekel olarak görmek istiyordu. Böyle bir konum alış dahi-
linde tarafsız, üstün bir üçüncü olarak hukuk, yalnızca pozitivizm eleştirisi söz konusu olduğunda onun gündemine girdi. En hafif ifadeyle siyasalın baskın belirleyiciliği karşısında norm ontolojisi üzerinde durmak gereksiz göründü, belki de daha doğrusu onun için otonom bir hukuk gerçek dışıydı. Her hâlükârda bir niyet olarak değil faal bir temel normdan

⁵⁸ Aykut Çelebi, *Devlet, Toprak, Egemenlik: Carl Schmitt'in Düşüncesinde Siyasal Kavramı ve Kurucu İktidar Sorunu*, Ankara, İmaj Yayınevi, 2008, s. 151.

yahut şiddet tekeline haiz, araçsallaşmamış bir devletten bahsedebilmek Schmitt'in terminolojisiyle konuşacak olursak, ikincil güç odaklarını birleyen bir yapıyı gerektirir.

Hobbes'un doğal hal kurgusuyla düşünüldüğünde, Schmitt öncelikle çatışmanın bireyler arası değil gruplar arası olduğunu düşünür öte yandan ona göre çatışma bir yoğunluk meselesi olduğu için *polis*in kurulması sonrasında da her daim gündemdedir⁵⁹. Yani Hobbes'tan farklı olarak hem bireysel değildir hem de doğal durumla sınırlı değildir⁶⁰. Fakat bize göre, siyasal olanın sadece bir yoğunluk meselesi haline gelmesi *polis*in kuruluşunu bu bağlamda anlamsız kılmaktadır zira grupları dost ve düşman olarak ayrılacak denli farklılaştıran bir yoğunluğun mevcudiyeti siyasal sıfatı için kâfi görülmekte ve aşağıda üzerinde duracağımız üzere kuruluş siyasi bir karara dayanmaktadır. Bu durumda kurulmuş iktidarların mevcudiyetinin ne anlama geldiği, siyasetin savaştan ne farkı olduğu sorulabilir⁶¹. Schmitt, savaşın siyasetin bir aracı olabileceğini fakat her durumda siyasetin kurallarının savaşa hâkim olduğu cevabını verirken aslında savaşı teknikleştirmek suretiyle bir fark görmediğini de ifade etmiş olacaktır. Enikonu onun için siyaset bir yerde düşmana karşı yapılan mücadeledir. O sanki insan varoluşunu hayatta kalmaktan ibaret görür⁶² dolayısıyla onun devleti sürekli bir hayatta kalma mücadelesinin sürdüğü, insan yaşamının hayatta kal-

⁵⁹ Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası*, s. 36.

⁶⁰ Kaya, *Felsefe ve Teolojinin Kavgasında Carl Schmitt ve Leo Strauss'ta Politik Olan*, s. 64.

⁶¹ Çalışma boyunca siyasal kavramının daha doğrudan bir ifadeyle Schmitt'in siyasal olana mündemiç gördüğü dost-düşman ayrımının hukuk düzeninin kuruluşuna yerleştirilmesinin uygunsuzluğunu işlememe rağmen, siyasal kavramı üzerine bir ara söz olan *Partizan Teorisi*'nin ayrımlarına hassaten değinmiyorum. Mutlak-gerçek düşman ve partizan-profesyonel devrimci kavramları Schmitt'in teorisini inceltse de hukuki kuruluş hususunda bir değişiklik getirmemektedir. İlgili kavramların dolayımıyla değinilen *nomos* hakkında da bu nedenle birinci bölümde ifade ettiklerimin ötesinde bir açıklamaya gerek görmüyorum. *Partizan Teorisi*'ndeki incelikler, kuruluşun dostun kim olmadığını ortaya koyan siyasi bir kararla açıklanıyor oluşunu değiştirmez.

⁶² Esgün, "Carl Schmitt", s. 506; Kaya, *Felsefe ve Teolojinin Kavgasında Carl Schmitt ve Leo Strauss'ta Politik Olan*, s. 69 vd.

maya indirgendığı, yaratının ve anlamın dışlandığı bir cehennemdir; öteki, bu cehennemde varoluşu sürekli olarak tehdit eden düşmandır. Schmitt, böylelikle varoluşun ötekiye muhtaç oluşu hakikatinden zayıflara özgü bir yorumla kendisini ancak düşmanı aracılığıyla var edebilecek insan tahayyülüne ulaşmıştır. Halbuki dostları bir araya getiren, ortak düşman değildir sadece. Kendilik, ötekisiz var olamasa da ötekinin ötekisi olmaktan başka bir değeri elbette haizdir. Schmitt sadece bunun üstünü örtmekle kalmaz aynı zamanda Kendi'yi ötekini düşmanlaştırmaya mahkûm ettiği için bir düşmanın bertaraf edilmesi durumunda yerisini üretmek çıkmazına, sonsuz cehennem döngüsüne hapseder⁶³. O her ne kadar iktidar fenomeninin kendi başına kötü olduğu kanaatinde olmasa da⁶⁴ siyasi düşüncenin insanın kötü olduğu varsayımına dayanmak zorunda olduğuna inanır.

Buradaki gündemim klişelere dayanarak, indirgemeci bir yorumla Schmitt'i itibarsızlaştırmak değildir. Zaten böyle bir teşebbüs eseri değil yorumcuyu vurur öncelikle. Düşmana karar vermenin, kuruluşun tüm zeminini kaplamayabileceğine, *Siyasal Kavramı*'nda işletilen mantığın kuruluşla örtüşmeyen bir düşünüşe sahip olduğunu ifade etmek istiyorum. Schmitt, *Siyasal Kavramı*'nın önsözünde yazdığı *Bir Yanıt Denemesi*'nde, "*Düşman kavramının sözde birinciliğine ilişkin ithamın yaygın ve basmakalıp*" buluşunu hukuk kavramlarının doğasından hareketle cevaplar⁶⁵: Ona göre hukuk kavramları zorunluluk gereği olumsuzlamayı bünyesinde taşır ve bu du-

⁶³ Bezci'nin siyasi kavramı hakkındaki konuşmasında sarf ettiği şu cümleler Schmitt okuyucusunun kendini bulduğu cehennemi betimler niteliktedir. "Bir adamı öldürebiliyorsan o zaman devletsin. Schmittyen açıdan baktığımızda İsviçre devlet değildir çünkü adam öldüremez. İsviçre hayatında hiç savaşmamış. Savaşarak kurulmuş bir devlet değildir, anlaşma üzerine kurulmuş bir devlettir... Belçika'dan devlet çıkıyor mu? Çıkıyor. Hepsi birbirini kesip biçerken burası böyle kalsın diye 1830'larda anlaşılmış bir devlettir Belçika. Buradan devlet çıkıyor. Öldüremeyen adamdan ve ölmeyen adamdan devlet olmuyor." Bünyamin Bezci, "Schmitt ve Siyasal Kavramı", *Siyasal Üzerine Konuşmalar*, ed. Ahmet Okumuş, Metin Demir, İstanbul, Küre Yayınları, s. 142.

⁶⁴ Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı*, s. 39-42.

⁶⁵ Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 44 vd.

rum olumsuzlananın birincilleştirilmesi anlamına gelmez. Lakin bunu açıklarken başvurduğu iki örnek maksadını anlamamızı güçleştirir. İlk olarak söylediği tipik bir hukuki eylem olarak davanın ancak hak olumsuzlandığı vakit söz konusu olduğudur. Buna ilişkin itirazımı yukarıda zaten zikretmiştim. Hukuk düzeni uyuşmazlıklardan ibaret değildir. Bilakis hukuki işlem ve eylemler çoğunlukla uyuşmazlığa konu olmadıkları gibi bir uyuşmazlık sonucu da gerçekleşmezler. Yasama ediminden en basit üniversite yönetiminin öğrencileri, numaralarının tek yahut çift olmasına göre sınıflara ayırmasına kadar yürütmenin ve onun uzantısı diyebileceğimiz idarenin işlem ve eylemleri hukukiliklerini hukuk düzeninin tanıdığı yetkiyle kazanırlar ve uyuşmazlık mevhumu istisna olarak kalır. Fakat yine de bu örnek, normun dışlayıcı doğasına dair bir izahsa ikinci örnekten ayrıca ele alınıp kabul edilebilir. Ne var ki burada da hukukun çatışmayı düzenlediği varsayımına yaslanma hatasına düşmemek gerekir zira biz düzeni var eden yani “öyle değil de böyle olsun” diyen kararın/normun dayanağını arıyoruz. İkinci örnek ceza hukukunun cürümle başlamasıdır; “ceza hukuku suçun tanımını üzerinden kurulurken suç birincilleştirdiği mi iddia edilecektir”, diyor Schmitt. Ceza hukukunun daha isabetli bir ifadeyle ceza özel hukukunun yasağa dayalı bir mantığı olduğu vakiadır hatta bu alandan ceza değil suç hukuku olarak bahsetmenin doğru olacağını da söyleyebiliriz. Lakin hukukun *ultima ratiosu* konumundaki ceza hukukunu, hukuk kavramlarının doğasını örneklendirmek için seçmek isabetsiz bir teşebbüstür. Diğer hukuk dalları, ceza özelin aksine olumsuzladığı ile değil hukuk dairesine girenlerle ilgilenir. Çok bilindik örnek, idarenin sadece tanınan konularda yetkili oluşudur. Hukuk tanır, suç hukuku söz konusu olduğunda suçlu-yu tanır ama her hâlükârda tanır. Hukukun tanınmasının, birinci örnekte açık bıraktığım kapıdaki gibi kimi olguları hukuk dairesinin içerisine almak diğerlerini ise dışarda bırakmak anlamına geldiği doğrudur lakin Schmitt’in *Siyasal Kavramı*’ndaki akıl yürütmesinin bu olduğunu söylemek mümkün görünmüyor. Düşmanın birincilleştirildiği yönündeki itirazı basmakalıp bulduğunu ifade ederken hukuk kavramları-

nun sözde doğasına atıf yapmasına karşılık siyasal kavramının kendisini açıkladığı ilgili bölümde siyaset kavramların doğasına başvurmuştur.⁶⁶ Buna göre siyasal kavramların polemik bir karakteri vardır yani hep bir çatışmayı, çekişmeyi barındırırlar. Schmitt'in bir hukuki bir siyasi kavramların doğasına başvurma ihtiyacını sorgulamayı okuyucuya bırakarak, burada, siyasal kavramların doğasına dair bir tartışmaya girmeksizin bir kavramın hukukun meta diline, hukuk kümesine dahil olduğu noktada artık herhangi bir çekişmede sadece bir tarafı kastetmesinin mümkün olmadığını belirtmekle yetineceğim⁶⁷. Vergi mükellefi olma durumunda ne cumhuriyetçi sermaye gruplarıyla muhafazakâr olanlar arasında ne de tüzel kişilerle gerçek kişiler arasında bir ayrım hukukça tanınır. Hukuktan beklenebilecek nesnellik bu neviden bir türdeşliktir. Gerçek kişilerin vergi yükünün ticari işletmelere nispetle adil olmadığını iddia edebiliriz lakin kurulu hukuk açısından hükümeti desteklemesine karşılık olarak vergi borcunun görmezden gelinmesiyle sermaye gruplarından birinin ödüllendirilmesi durumunda yahut kanuni gerekleri nedeniyle değil de şüphelinin siyaseten yıpratılması maksadıyla tutukluluk kurumunun işletilmesi durumunda yapılanın hukuki değil siyasi olduğunu söyleriz. Adil olmayan yargılamayla siyasi yargılama diğer bir ifadeyle adil olmayan hukukla araçsallaşmış hukuk arasındaki farkı bu örneğin yeterince açıkladığı kanaatindeyim.

Hukukla siyaset arasındaki ilişki mahkeme salonundaki taraflar ve yargıç arasındakine benzer: Mahkemede taraflar

⁶⁶ Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 61.

⁶⁷ Başka bir yerde (Schmitt, *Kanunilik ve Meşruiyet*, s. 8) Schmitt, hukuki anlayışın durağanlaştığı bir toplumsallıkta yargının nihai sözü söyleyebileceğini fakat bu durumda siyasal bir birlikten değil apolitik bir hukuk cemaatinden bahsedebileceğini ve yargı devletin *status quo*'nun muhafazası için en uygun araç olduğunu ifade eder. Şu hâlde hukukun başladığı yerde siyasetin bittiği yönündeki görüşü Schmitt'in de paylaştığını düşünebiliriz. Schmitt için bir yerde egemenin dost düşman ayrımında son sözü söylemesi siyaseti bitirmesidir (Bezci, "Schmitt ve Siyasal Kavramı", s. 109.). Öte yandan iyi yahut kötü bir kuruluşu değil kuruluşu araştırdığımız için *state* ile *status* arasındaki bilindik ilişkiyi hatırladığımızda yargının statükocu oluşu olumlu bir alamet haline gelir.

neyse siyasi bir çekişmede de sınıflar yahut çatışan vb. gruplar odur, hukuk da bu çatışan gruplar karşısında mahkeme-deki yargıcın pozisyonundadır. Siyasi bir talepte bulunan ile hukuken kuran arasındaki ontolojik farkı görmek zorundayız. Meşhur cümlenin doğrusu Schmitt'in alıntılarmaktan memnuniyet duyduğu gibi "yasayı hakikat değil otorite yapar" değil "hakikat otoritenin hukukudur" olmalıdır. Zira egemenin hukuku, o hukukla bağlı olan çıkar gruplarının talepleriyle aynı ontolojiyi paylaşmaz, hakikatin kanaate üstün oluşu gibi üzerlerinde yükselir; nesneldir, çıkar gruplarının iyisinin ve kötüsünün ötesindedir. Badiou'nun, felsefe ile siyaset arasındaki ilişkiyi tartışırken açıklıkla söylediklerini tekrar etmede bir beis görmüyorum bu noktada:

"Evet, yasa izin verileni ve yasaklanarı belirler, normal olanı adlandırır ve yasa meselesi hukuki olduğu kadar kelimelerle şeyler arasındaki ilişkiden hareket eden ontolojik bir meseledir⁶⁸."

Hukuki söz ile siyasi olan arasındaki esaslı fark şudur: siyasi olan *pathosa* yönelir, etkileme, tesir altına alma peşindedir, düelloda karşı tarafı alt etmek de insana özgü bir silahtır; hukuki olan ise ekişmeci değil kurucudur: doğru yanlış pusulası olan bir hakikat rejimidir, polemiksel olan siyasi söz sofistiktir, kurucu olan hukuki söz felsefidir; polemiksel olan ile apofantik olan (doğru-yanlış denklemi kuran) daima farklı düzlemlerde kalır⁶⁹. Dolayısıyla polemik doğasını kabul dahi etsek, siyasal kavramının mantığı bu haliyle hukukla kan uyuşmazlığı yaşar. Hukuki söz için dışlamak, reddetmek ikinci planda gelir; adlandırma faaliyetinin doğal sonucudur. Hukuk, çatışan kesimlerin, tanınmak suretiyle kendilerini gerçekleştirmeye çalıştıkları bir alan olarak şeylere adlar verir, toplumsal kategoriler inşa eder diğer bir ifadeyle adlandırma faaliyetini tekelinde tutarken toplumsal olgu malzeme-

⁶⁸ Alain Badiou, *Felsefe ile Politika Arasındaki Gizemli İlişki*, ev. Murat Erşen, İstanbul, MonoKL Yayınları, 2011, s. 85.

⁶⁹ Bkz. İşsevenler, *Platon'da Varlık ve Yasa*, s. 103-129.; Michel Foucault, *Bilme İstenci zerine Dersler*, ev. Kerem Eksen, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 51 vd.

sini normatif olana dönüştürür⁷⁰. Suçlu hukuk düzenince tanınan birisidir, adı konmuştur. Hukuk alanında olumsuz da olsa bir ifadesi vardır. Bundan evvel zaten bir suç düzenlendiğinde gerisinde korunan hukuki bir değer vardır. Sözelimi cinayet suçu yaşam hakkını korur; her insanın yaşam hakkı burada tanınır. Suçlu ise dolaylı yoldan, norm alanın yaptırım öngördüğü birisi olarak ama her hâlükârda tanınır. Kuruluşun dehşetengiz gücü kınamasında değil tanımamasında kavranır. Mucize odamıza geri dönelim: Evrak kayıttaki memurun dilekçemizi almadığını düşünelim. Bu durum, yine olgu düzeyinde bir karşılık almış olmamız, elbette talebimizin reddedilmesinden baştan aşağı farklıdır. Reddedilen dışlanmış olmasına karşın hukukten vardır. Ret kararına karşı çıkabileceği hukuki yollar mevcuttur. Lakin tanınmayan hukuk alanında yoktur, yapabileceği bir şey de... Bu son derece önemli ayrım dikkatten kaçtığı durumda adalet talebi ile hukuk talebi birbirine karışır. Hukuk adaletle yönelir, yani adil olma potansiyeli taşır⁷¹. Her açığa çıkışında farklı düzeylerde adaletle yaklaşır. Buna karşılık hukuktan mutlak adaleti beklemek de gerçekçi değildir: Mutlak adaletin ne demek olduğunu bilen var mıdır? Yahut biliniyor diyelim bir cinayet davasında verilebilecek hangi hüküm maktulü geri getirebilir? Eğer mutlak adalet denkleştirmekse... Fakat hukukta adaletle yönelme potansiyelinin görülmemesi de, hukuksuzluğu adalet namına talep etmek de aynı derecede hatalıdır. Adaleti nasıl anlamlandırdığınız önemli değildir bu noktada. Hangi içerikte olursa olsun etkinleşebilecek kadar güç biriktirmiş bir adalet fikri nesnelleşebilmek adına hukuka ihtiyaç duyacaktır, dilerseniz bu işlevi başka bir toplumsal sistemin yerine getirebileceğine, hukukun günün birinde sönümleneceğine inanıyor olun, bu inanç buradaki maksadım bakımından fark yaratmaz. Adil olduğuna inanıldığı için hukukileşmesi istenen siyasi talepler ile hukukun adlandırması arasındaki ontolojik farkı anlayabilmek için, son kez, mahkeme salonuna geri dö-

⁷⁰ Sercan Gürler, *Hukukun Gücü: Bourdieu Sosyolojisinde Hukuk Alanının Oluşumu ve İşleyişi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 116-131.

⁷¹ Bkz. Yasemin Işıktaç, "Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları", *Özer Seçili'ye Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2006, ss. 789-810.

nelim. Bir adalet talebi olarak eşitlik ile bu talebi farklı derecelerde yerine getiren lakin herhangi talebi yerine getirmeye temin ettiği türdeşlik sayesinde muktedir olan hukuku tartışmak için elverişli konumdaki bu misali Schmitt de aslında *Parlamentar Demokrasinin Krizi*'ne yazdığı İkinci Baskıya Ön-söz'de Rousseau'dan çekip çıkarır.

Schmitt'e göre sadece insan olmak bakımından eşitlik, liberalizmin bireyci etiğinin iddiasıdır ve bir yönetim biçimi olan demokrasinin varsayımı değildir. Buna karşılık modern demokraside ikisi birbirine karışmış vaziyette bulunur ve Schmitt, modern demokrasiyi anlamak adına genel iradeyle, toplum sözleşmesini karşı karşıya getirir. Toplum sözleşmesi devletin meşruluğunu tarafların özgür tercihleriyle dahil oldukları bir sözleşmeyle açıkladığı için liberal görünür fakat genel iradenin oy birliğine dayalı oluşması ancak türdeşlikle mümkündür yani eşit olmayan, halktan olmayan, yabancı, heterojen unsur dışlanınca tamamlanır: genel irade yasaları tartışmaksızın yapar, bu davada "yargıçlar ve taraflar" aynı şeyi ister⁷². Dolayısıyla tamamen türdeş olanlardan oluşan bir toplumda yöneten yönetilen özdeşliği vardır ve böyle bir toplumda yasama dilediğince anayasayı değiştirir; kimisinin emir verdiği diğerinin ise uyduğu aristokrasi, monarşi gibi yönetim biçimlerinde görülen iki taraflı bir sözleşme ve devlet iktidarının sınırlandırılması durumu görülmez⁷³. Bu yorumla Schmitt tek seferde hem nüfusun homojenliğini hem de yöneten-yönetilen özdeşliğini formüle etmiş olur.

Eğer durum Schmitt'in yorumladığı gibiyse parlamento-nun her şeyden üstün olduğunun herkesçe kabul edildiği İngiltere'de nasıl olup da anayasal, yani devlet iktidarının sınırlandırıldığı bir yönetimin kurulduğu anlaşılamaz. Konumuz bakımından da iktidarın ilkesiyle (kurucu iktidar) iktidarın kullanımı (yasama, yürütme) arasındaki farkın da bir anlamı yoktur. Zira bu fark nasıl yönetilmek istediğine dair yönetilenlerin yönetime getirdiği bir sınırı ifade eder.

⁷² Carl Schmitt, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, çev. Emre Zeybekoğlu, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2014, s. 31.

⁷³ Schmitt, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, s. 32, 33.

Toplum Sözleşmesi'nin ikinci kitabının dördüncü bölümünün adı 'Egemen Gücün Sınırları'dır. Bu bölümde Rousseau açıkça egemenin genel olanla bağlı olduğunu ve yurttaşlar arasında ayrıma gidemeyeceğini zira böyle bir durumda özel olanla ilgili bir işin yani egemenin yetki alanının dışındaki bir işin söz konusu olacağını, özel işlerde "yargıcın ve tarafların" kuralını birleştiren bir çıkar olmadığı söyler ⁷⁴. Burada özel olan, polemiksel karakteri haiz siyasal talepler, genel olan ise hukuk normu olarak görülebilir zira Rousseau'nun genel irade için çizdiği tabloda ne yargıçla taraflar arasında ne de tarafların kendi arasında bir çatışma vardır. Sıradan bir davada farklı pozisyon alanlar hem taraflar hem de taraflara nispetle yargıçtır lakin kuruluş özü itibarıyla görecelik barındıran özel olandan değil herkesi birleyen genel alandan çıkar. Genellik yani nesnelleşme olmadığı müddetçe kurumdan, kuruluştan bahsedilemez. Kurum, çatışmaların paydasıdır.

"...buna göre genel istem (irade) gerçekten genel istem olabilmek için özünde olduğu kadar konusunda da genel olmalı, herkese uygulanmak üzere herkesten çıkmalıdır, genel istem bireysel ve belirli bir konuya yönelirse doğal doğruluğunu yitirir..."⁷⁵

Rousseau bu davada taraflar aynı şeyi istemeli derken ancak bu yolla etik ve hukuki olanın çakışabileceğini kasteder. Schmitt bundan hızlıca başka türlü isteyenleri kategorik olarak düşman addetme gereğine varmaktadır. Halbuki ancak herkesi kapsadığı takdirde bir yasanın genel iradenin isteğini yansıttığını iddia edebiliriz. Rousseau, bundan kastırın oy sayısı değil ortak yarar olduğunu da açıklıkla belirtmiştir⁷⁶. Kaldı ki, diğer yandan, siyasi bir istek yasa olduktan sonra sanki genel irade gerçekten herkesi kapsayacak surette olmuş gibi tüm taraflar için aynı anlama gelir. İki yanı tek bir cümlede ifade edecek olursak: Ancak genelleşebilen / nesnelleşebilen iradeler yasa olmalıdır ve her yasa geneldir / nes-

⁷⁴ Jean-Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, çev. Ali Timuçin, İstanbul, Bulut Yayınları, 2007, s. 90, 91.

⁷⁵ Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, s. 89. Parantez içindeki ifade bana ait.

⁷⁶ Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, s. 90.

neldir. Zaten yasa/hukuk doğası gereği genel olduğu için ancak genel iradeye dayanarak meşru olabilir. Diğer türlü yani sadece kişinin kendisini bağlayan bir kararın siyasi meşruluğunu tartışmak anlamsızdır; bu bireysel bir seçimdir. Fakat Rousseau'yu aksi yönde yorumlamakta Schmitt'in bir dayanağı daha vardır: Rousseau genel "iradeden" bahsetmektedir, her ne kadar genelliğin temini uzlaşmayı zorunlu kılrsa da irade, kararcılığın şemasına uygundur. Dolayısıyla irade adı verilen bu karar hem kamusal tartışmayı gölgede bırakır hem de Schmitt'in siyasal kavramında billurlaştırdığı üzere bu karar bir yandan ülkeyi içeride birleştirecek bir ilke işlevi görürken diğer yandan da içerideki her ferdi potansiyel düşmana dönüştürür⁷⁷.

Yasa siyasi isteklerin üzerinde konumlanır; yasadaki adalet sanki tüm yurttaşların ortak yönelimiymiş gibi yargıç tarafından uygulanır. Bu bağlamda nesnel olduğu için de, sadece herkesin isteğine uyduğunda adil olabilir ve bunu temin etmeyen yasa temin edemediği nispette kadük kalır. Maddi nedenin potansiyelini dikkate almayan yasa etkinleşemez. Diğer bir ifadeyle bu türden bir nesnellik doğasında olduğu için ancak herkesin isteğiyle paralel olduğu nispette etkinleşebilir. Hukukun meşruluk oranına göre etkinleşebilmesi onun varlığının bir yanını izah eder. Aslında her eşyanın etkinleşebilmek için güce ihtiyaç duyması gibi hukuk da toplumsal iktidarcı desteklenmediği sürece kadük kalır dediğimizde hukuka özgü bir durumdan bahsetmeyiz. Normatiflik bir yandan ayrı bir varlık sahasına işaret eder. Polisin dur işaretinin, milletvekillerinin el kaldırışlarının sıradan vatandaşla aynı fiziki özelliklere sahip olmasına rağmen farklı anlama gelmesi normatif düzenden aldığı paydan ileri gelir. Diğer bir ifadeyle hukukun adlandırma faaliyeti polisin dur işaretinin sembolik gücünü dönüştürür ve normatif olan ancak edimsel olanla, bu bağlamda toplumsal olanla etkinleşebilir, onun ne derece hukuk olarak tecelli ettiği ne derece etkin olduğuna bağlıdır. Formla madde arasındaki ilişki bakımından hukuka özgü bir durum yoktur: Hukuka özgü olan, bu normatif düzenin,

⁷⁷ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 98-100.

edimsel alanın hukuki bir tercümesi oluşudur. Nasıl ki bir ses, dile göre farklı anlamlara gelebiliyorsa insan eylemleri başta olmak üzere tüm göstergeler de hukukun dilinde yenisinden anlamlandırılır. Her ne kadar gündelik dilde de mevcut olan kelimeler kullanılıyor gözükse de bunların hukuk dilindeki anlamları farklıdır. Kaldı ki önem atfedilecek bir anlam farkı olmasa bile bir kavramın sırf hukukun meta diline dahil olması dahi, o kelimeye iktidar bahşeder. Hukukun ontolojisinin, polemiksel olan siyasi sözden farklı olduğuna dair yukarıda zikrettiğim savın önemi burada görülür. Schmitt, öngörülebilirlik gibi pozitif bir özelliğin pozitif hukukun değil, hukukun etkinleşebildiği maddi düzenin bir getirisi olduğunu ifade eder. Bourdieu da *Kaideleştirme* metninde pratiklerin öngörülebilir olmasının belirli habitusla donanmış faillerin davranışlarının tekrarlanma eğiliminden kaynaklandığını ifade ettiğinde ayrı konuya işaret etmiş olur, bununla beraber Bourdieu kaideleştirmenin biçim vermek olduğunu ve bunun nesnelleştirme etkisini haiz olduğunu da ifade eder; bu yüzden ontolojik bir statü değişimi tespit eder⁷⁸. Schmitt, biçimlendirme meselesine haklı olarak kurucu iktidar bağlamında değinir ki buna aşağıda döneceğiz. Şimdilik biçimlendirme hususunda da normun kaynağının toplum olduğu iddiasında da Bourdieu ile Schmitt'in farklı düşünmediğini kaydedelim. Fakat sosyolog nesnellik arz eden ontoloji farkını tespit edebilirken siyasetçi bunu ıskalamıştır.

Bu bağlamda Schmitt'in siyasi düşüncesinde dost olarak ifade edilen, yani insan hukuk nezdinde kişidir. Yerine göre suçlu, mükellef vb. farklı tanımlara konu olan temel birim, kişidir. Hukukun kişisi ile insan bir değildir. Kişi bir kurumdur, canlı değil. Birçok şey kişi kurgusuna dahil edilebilir, kişi olarak tanınabilir: şirketler, sendikalar, doğacak olan cenin, hayvanlar vs. gibi birbiriyle siyaseten çatışan, aralarındaki çatışma kimi zaman düşmanlık yoğunluğuna varan veya kategorik olarak aralarında düşmanlık nev'inden çatışma çıkması mümkün olmayan. Aynı şekilde birçok insan, kişi, yani bu-

⁷⁸ Pierre Bourdieu, *Seçilmiş Metinler*, çev. Levent Ünsaldı, 3. Baskı, Ankara, Heretik Yayınları, 2016 s. 127-130.

günün hukukuna göre hak sahibi hukuk öznesi olarak görülmeyebilir: hukuken kayıt altına alınmamış tutsaklar vb. Burada kişi hukuki kavrama bir örnektir sadece yoksa elbette hukukun ancak modern dönemdeki gibi özne temelli olması gerektiğini ima etmiyorum. Son tahlilde bu tartışmayı hukuk kavramlarının doğasına dair iddianın açtığını hatırlarsak ifade etmemiz gereken hukukun türdeşliği temin ettiği bunun içinse özdeşlik talep etmediğidir. Bilakis hukukla temin edilen türdeşlik peşinen özdeşliği getirmez. Dolayısıyla da formal olarak eşit olan iki kimse edimsel olarak eşit değildir; sözgeli zenginle fakir kanun önünde eşittir fakat zenginlikten eşit pay almazlar. Bu yönden de bir eşitlik talebi hukuki mükemmeliyete yönelik bir adım olarak da görülebilir lakin bu hukukun doğasını değiştirmez. Bilakis bu fikir hukukun kaynağında tanınmanın yer aldığı fikrini besler. Hukuki adlandırmanın isabetle yapılması toplumsal ve hukuki gerçeklik arasındaki mesafeyi kapatır ki bu etkin bir hukuk sistemini ortaya çıkarır, aynı istikamette insan potansiyelinin önündeki yoksulluk gibi toplumsal sorunları bertaraf etmek de toplumun ve dolayısıyla o toplumun hukukunun mükemmeliyetine katkı sunar⁷⁹. Tam tersi toplumda yer edinmiş sorunların tanınmaması da hukuki etkinliğin önünde engeldir. Fakat bu bir etkinlik/mükemmeliyet sorunudur, varlık yokluk değil. Tüm şirketlerden ilgili düzenlemeler gereğince vergi alan yani vergi denetimini kimi şirketleri siyasal olarak hizada tutmak için kullanmayan bir hukuk, hukuktur; araçsallaşmamıştır fakat bu o hukukun adil olduğu anlamına gelmez. Bir top-

⁷⁹ Eşitler arasında kendi potansiyelini gerçekleştirebilmek olarak siyasi özgürlüğü değerlendiren Arendt de tanınma meselesine John Adams'dan alıntıladığı şu sözlerle değinir: "Yoksul kişinin vicdanı temizdir, ama kendisi utanç içindedir...Kimse onu görmediğini düşünür...Kimse onu reddetmez, cezalandırmaz yahut ayıplamaz...Tamamıyla yok sayılmak ve bunu bilmek dayanılır şey değildir. Eğer Crusoe o adada, İskenderiye Kütüphanesine sahip olsaydı ve bir daha asla insan yüzünü görmeyeceğini kesinkes bilseydi, tek bir kitabı açıp okur muydu?" (Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 88) Sorunun hukuki değil adaletin tecellisiyle ilgili olduğunu fark eden Arendt, anayasa yapımının dertlerine deva olmayacağını anlayan yoksulların Saray'a duyduğu öfkeyi Kurucu Meclis'e de sürdürdüğünü haklı olarak belirtir. (Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 142.)

luluğun potansiyelini açığa çıkarma hususunda mahir olan hukuk mükemmeldir, bu mükemmeliyetini topluluğun fertlerinin tek tek kendilerini gerçekleştirirken topluluk olarak da kendilerini gerçekleştirebilmelerini temin etmekle yani her şeyin kendi yerinde olmasıyla yani adil olmasıyla yapar. Fakat az ya da çok adil olabilmesi için öncelikle hukuk hüviyetine sahip olması gerekir.

Siyasal olan kavramının hukukla kan uyuşmazlığı yaşadığına yönelik itirazımdan kuruluş için düşmana dair karardan başka bir fenomene, pozitif bir kuruluşa yönelme zorunluluğu da söz konusudur. Nitekim Schmitt, tözel birliğin düşman hakkında karar vererek siyasi bir birliğe dönüştüğünü; kamusal düşmana karşı gerektiğinde "Benim için öleceksin!" diyebilen bir egemen etrafındaki birliği işaret ederken Kilise'nin de üyelerinden ölmelerini istediğini ve Haçlı Seferleri'nin de düşmanın kim olduğuna ilişkin bir karara dayandığını buna karşılık bu istemin Kilise cemaatinin selameti adına değil cemaat üyelerinin kendi selameti adına olduğunu bundan dolayı Kilise'nin siyasi birlik olmadığını ifade etmiştir⁸⁰. Öyleyse ya kararın yeterli olmadığı ya da siyasi birliğin varlığında karar dışında ona karakterini veren formunun varsayıldığı kabul edilmek durumundadır. Çünkü Kilise siyasi birlik olmak için gerekli özellikleri haizdir: inananlardan oluşan homojen bir grup, düşmanı takdir eden bir kararla ortak istikamette hareket etmektedir lakin farkın cemaatin birlik olmasında yattığı söylendiğinde, onu Yunan polisinden ve Roma'dan ayıranın siyasi forma yani anayasaya sahip olmayışı olduğu da kabul edilmek zorundadır. Binaenaleyh kararcılıkta ısrar edilecekse bu, ya kararın dost-düşman ayrımından ötede formu da içerdiğini ya da formun varsayıldığını kabul ederek ancak mümkün olur. Diğer bir ifadeyle dostu dost yapan düşmandan başka bir unsurun hali hazırda olması gerekir. Nitekim mucize kabilinden olan anlık kararın somut düzen ve siyasi birlik kavramlarıyla desteklendiği ifade edilir⁸¹. Schmitt'e göre normatif düzenin yürürlüğe gireceği, yürütü-

⁸⁰ Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 78.

⁸¹ Bezci, "Schmitt ve Siyasal Kavramı", s. 116.

lebileceği bir zemine ihtiyacı vardır: normlar kaos ortamında değil, etkinleşmelerinin imkân dahilinde olduğu hayat şartları söz konusu olduğunda uygulanabilir, bu hukukçuların göz ardı edebileceği bir “varsayım” değil her hukuk düzeninin dayandığı fiili bir durumdur⁸².

Bu da bizi baştan beri gitmek istediğimiz yerin kıyısına bırakır: kurucu iktidar ve anayasa. Zira siyasi kararda eksiklik tam olarak kararın dayanağı olan kurucu iktidar ve kararın hukuki konusu olarak siyasi birliğin formu yani anayasadır.

2.4. Kararın Hukuki Konusu: Anayasa

Schmitt'e göre bir normatif sistem kurulurken ve yürütülürken karara ihtiyaç duyar. Kuruluş için kararın işaret ettiği de egemendir. Egemenin kararıyla hukuk kurulur. Bu ise meşruiyet meselesini ele almayı gerektirir zira hukukun yasayla eşitlendiği, ahlaki içerikten arındırılmaya çalışıldığı yasama devletinde dahi yasalar sadece biçim olarak ele alınırsa içleri boşalır: Yasalı yönetim doğası gereği keyfiyete karşı olmak anlamına gelir. Tarihsel olarak parlamento monarkın sınırlandırılması işlevini görür. Ne var ki monarkın tasfiye edildiği bir sistemde dahi çıkarılacak yasalarda belirli bir içeriği gözetmek icap eder. Aksi durumda ya sadece monarkın yerini daha kalabalık sayıda insan alır⁸³ ya da bir çoğunluğun dahi olmadığı bir durumda yasamanın halkı temsil ettiğini iddia etmek imkânsızlaşır ki yasama devletinin arkasında halk egemenliğine duyulan inanç vardır. Dolayısıyla meşruiyet tartışılmadan yasanın da idraki mümkün değildir. Kuruluş bakımından bunun anlamı ise kurucu iktidarın kararı olarak anayasadır. Zira Schmitt'e göre normatif hiçlikten çıkan ve bu yüzden öngörülemez ve hesaplanamaz olan, kendi kendini yetkilendiren ve yeni normatif düzenin dayanağı olan kararın adresi olarak o kurucu iktidarı işaret eder⁸⁴.

⁸² Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 20.

⁸³ Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in Anayasa Öğretisi”, s. 149.

⁸⁴ Andreas Kalyvas, “From Act to Decision: Hannah Arendt and the Question of Decisionism”, *Political Theory*, 2004, s. 323.

Schmitt, *Anayasa Öğretisi* isimli eserine anayasa kavramının kendisini irdeleyerek başlar ve belirli ayrımlara gider: mutlak anayasa, görelî anayasa, pozitif anayasa ve ideal anayasa.

Buna göre mutlak anayasa devletin siyasi birliğini ve toplumsal düzenini ifade eder⁸⁵. Her siyasi birliğin kendi varoluş tarzına denk gelen somut bir durumu ima eden mutlak anayasa, normatif sistemin nihai temeli olarak da anlaşılabilir⁸⁶, lakin mevzu/pozitif hukuktan ziyade ontolojik bir kategoriye referans verir⁸⁷.

Görelî anlamda anayasa ise anayasa hükümlerine odaklanan bir anlayışın ürünüdür; burada siyasi birliğin statüsünden ziyade pozitivizmin prosedürel uygunluğu kâfi görmesine paralel bir şekilde yalnızca çıkarılmasına dair biçimsel ölçütlerde ortak olan birtakım düzenlemelerin anayasa olarak dikkate alınması söz konusudur, diğeri bir ifadeyle anayasanın pozitivizmce ele alınışıdır⁸⁸. Gerçekten de bir memleketin idaresine dair temel ilkelerin, hükümet şeklinin, onu diğlerinden ayırt eden karakterine mündemiç özelliklerin, hukukuna temel ihtiva eden ilkelerin diğeri konulara dair düzenlemelerle aynı düzeyde olmadığı sağduyunun malumudur. Lakin anayasa bir pozitif düzenleme olarak ele alındığında bu konuların diğlerinden ayrılabilmesi mümkün değildir; ilgili prosedür takip edilerek hepsi anayasa maddesi kılınmıştır ve bu veçheden bakıldığında örneğin Türkiye'yi sosyal hukuk devleti olarak betimleyen ilgili anayasal düzenlemenin temel norm olarak diğlerinden ayrılabilmesi mümkün değildir. Bu da biçimsel anlayışın, maddi tercihlerin nesnel üstünlüğünü devre dışı bıraktığı, anayasa maddeleri arasındaki hiyerarşik ilişkinin yerini görelî bir denkleme terk ettiği anlamına gelir. Halbuki belirli bir prosedürle çıkarılan yasalara dayalı yö-

⁸⁵ Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 59 vd.

⁸⁶ Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 62 vd.; Göztepe, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in Anayasa Öğretisi", s. 139, 140; Esgün, "Carl Schmitt", s. 508.

⁸⁷ Zeybekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", s. 141.

⁸⁸ Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi*, s. 105; Zeybekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", s. 145.

netimin kriter olması zaten hukuk devletinin gereğidir binaenaleyh sadece ilgili prosedür takip edildiği için hukuk devleti ile çelişen kuralların anayasaya dahil olduğunu iddia etmek mantıksızdır. Fakat biçimci anlayışla bunu görmek mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle biçimci anlayış, kurucu iktidarın varoluşsal tercihlerini görelileştirir.

Schmitt'in diğer kavramlaştırması pozitif anayasa ise bu çalışma için daha önemlidir zira o, siyasi birliği kuran ve formuna karar veren kurucu edimi işaret eder⁸⁹. Buna göre anayasa hukukunun anayasayı varsayması gibi anayasa da siyasi birliği varsayar, siyasi birliğin dayanağı ise sadece kendi varoluşudur; siyasi birlik sadece var olması nedeniyle değerlidir ve normatif düzenin geçerliliği onun var oluşunun haklılığına dayanarak verdiği, formu hakkındaki kararına dayanır⁹⁰. Sözelimi demokratik bir devletin anayasasında "Bu devlet bir cumhuriyettir." ibaresine rastladığımızda bunun, o devletin siyasi birliğinin formu hakkında halkı tarafından verilmiş bir karar olduğunu ve anayasasının pozitif içeriğini ihtiva ettiğini düşünmek gerekir. Aşağıda kurucu iktidar bahsinde göreceğimiz üzere Schmitt bu içeriğe ehemmiyet atfeder. Zira bu içerik kurucu iktidarın siyasi kararını aksettirir. Buna göre siyasi birlik anayasadan önce gelir ve bir anayasa ortaya çıktığında da onu gelişi güzel bir araya toplanmış bir norm demeti olarak değil bu karar ekseninde değerlendirmek gerekir. Çünkü anayasanın özü, o devletin bir monarşi mi demokrasi mi olduğunu ortaya koyan bu karardadır. Dahası bu diğer düzenlemeler gibi normatif zeminde gerçekleşen alelade bir hukuk tartışması değildir. Kelimenin tam anlamıyla ilgili normatif düzenin ontolojik kaynağına ilişkindir.

Schmitt'in anayasa kavramı hakkındaki son tahlilini ideal anlamda anayasa oluşturur. Buradaki ideal, *eidostan* beklediği gibi bir formu, biçimlendirici doğayı (*constitutive nature*) yani nesnel bir gaye olarak anayasanın telosunu ima etmez. Bilakis her partinin, kendi taleplerini karşılayacak olan anayasayı idealleştirdiğini, ona ideal anayasa adını verdiğini ifa-

⁸⁹ Göztepe, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in Anayasa Öğretisi", s. 142.

⁹⁰ Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 75-78.

de eder; her partinin programında özgürlüğün yer alması la-kin özgürlüğün burjuva için özel mülkiyet, monarşi için ka-mu düzeni ekseninde anlaşılması gibi anayasanın da grupla-rın ideallerine bağlı olarak anlaşıldığını ifade eder⁹¹. Schmitt'e göre bugün, ideal anayasa denildiğinde akla gelen burjuva hukuk devletidir ve onun ideali, devlet gücünün özel mülki-yet ve burjuva özgürlükleri lehine sınırlandırılmasıdır⁹². Libe-ral doktrinin lügatine söyleyecek olursak, ancak temel hak ve özgürlüklerin korunduğu ve erkler ayrılığının yer aldığı yazılı metinler anayasadır. Schmitt içinse bu sadece liberalle-rin anayasa idealini ifade eder. Dahası ona göre devlet gücü-nün sınırlandırılmasına yapılan vurgu, burjuva hukuk devle-tinin anayasanın ancak bir kısmını kurabileceğinin kanıtıdır dolayısıyla diğer yanın pozitif bir kararla kurulması gerekir⁹³. Buradan anladığımız negatif-pozitif özgürlük kurgusuna benzer bir düşünüşle Schmitt'in devlet gücünün sınırlandı-rılmasını negatif, maddi içeriği ise pozitif kuruluş olarak isim-lendirdiğidir. Diğer bir ifadeyle anayasa burjuva özgürlükle-rini koruma maksadıyla tertip edilen negatif hukuk devleti aları ve siyasi karara bağlı olan monarşi, aristokrasi, karma anayasa gibi bir seçimin konu edildiği pozitif alandan oluşur.

Schmitt'in bu tasnifinde anayasa adını almaya layık olan-ların mutlak anlamda ve pozitif anayasa olduğu görelî anaya-sarın, anayasanın anlamını boşaltan bir pratiğe referans ver-diği imasını tespit etmek güç değildir. İdeal anayasa ise ne güncel anlamı bağlamında yani liberal idealler olarak ne de çıkar gruplarına bağlı yani göreci doğası itibarıyla Schmitt'in gündemindedir. Dolayısıyla biçimsel kriterlere değil karara referans veren Schmitt'in, pozitivizmin iradeciliğini birebir paylaşmadığı belirtilebilir. Onun bahsettiği kararın, siyasi ak-törlerin alelade kararlarından ziyade siyasi topluluğun eği-limlerini açığa çıkaran bir karar olması daha muhtemeldir. Dolayısıyla esaslı bir kaynak ve sınır farkı vardır. Bir şekilde yasa yapacak çoğunluğun temin edilmesiyle herhangi bir ta-

⁹¹ Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 89.

⁹² Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 90 vd.

⁹³ Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 93.

lep anayasa hükmü haline gelebilir lakin parlamentoda bir çoğunluğa sahip olmakla topluluğun siyasi karakterini yoktan kurgulayamazsınız. Bu yüzden anayasa karardır derken herhangi bir karar değil “siyasi varoluşun türü ve şekli hakkında verilmiş somut bir siyasi karardır” bir formdur, verili bir iktidara getirilen sınır değildir denilmektedir⁹⁴.

Burada üzerinde durulması gereken iki husus söz konusudur. Bunlardan birincisi anayasa tasniflerine bağlı olarak kurucu iktidarın (maddi neden) önemine dikkat çekmesi nedeniyle Schmitt’in sıradan bir iradeci olarak yorumlanamayacağı söyleyebilirsek bile aşağıda diktatörlük bahsini ele alırken ortaya konulacağı üzere fail nedenin pratikteki abartılı rolü bu yorumu da gölgeler. Diğer husus ise bu konudan tamamen bağımsız değildir. Schmitt’in anayasanın siyasi iktidarı sınırlandıran belge olarak algılanmasına yönelik tutumu esasen liberalizme yönelik bir eleştiridir. Liberal ülkelerin, Schmitt’in diliyle söyleyecek olursak liberal anlamda ideal anayasanın hakiki manada, evrensel bir ideal olmadığı iddiası yabana atılır türden değildir. Fakat bu durum sınır fikrinin de doğrudan anayasanın kendisinden/ideasından dışlanabileceği anlamına gelmez. Hele ki siyasi bir kararın anayasanın kaynağı olması fail nedenin sınırsız olduğu anlamına hiç gelmez. Birinci bölümde sınır fikri ve anayasa ilişkisi üzerinde durmuştuk. Anayasanın bir form olduğu, siyasi varoluşun türü ve şekli hakkında bir karara dayandığı ifade edilmektedir. Gelgelelim form zaten bir sınırın adıdır. Formun bir amacı vardır ve bu amaç dışındaki ya da onun aleyhine bir işlem onun sınırları dışındadır. Ezcümle topluluğun siyasi varlığını etkinleştirmek amacına sahip, kaynağını buradan alan kurulmuş iktidar, kendini inkâr etmeden topluluğun aleyhine işlemde bulunamaz. Toplumun siyasi varlığının ontolojik bir kategori olduğu ifade edildikten sonra ondaki nesnelliği inkar etmek mümkün değildir, dolayısıyla bu statünün etkinleşmek için karara ihtiyaç duyduğu kabul edilecek olsa da bu, özü gereği, görecelik barındıran siyaseti hukuka öncelemez bila-

⁹⁴ Zeybekoğlu, “Carl Schmitt’in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı”, s. 145, 146.

kis hukuk olmadan içerdeki oulluğu dışardaki sonsuz çeşitlilikten ayıran bir unsur kalmayacağı için içeridekilerin *polise* dair edimlerini *polise* kayıtsız kendi öznel hedeflerinin menzilineki yabancıların edimiyle karıştırmak işten değildir. Dolayısıyla Schmitt'e meşruluk unsurunun pozitif hukuk öncesi olduğu konusunda katılabilirsek de siyasi nitelendirmesinde oyumuzu geri çekmek durumunda kalırız.

Schmitt'in anayasanın hukuki boyutu içinde saydığı erkler ayrılığı hususuna gelecek olursak, ilk elde bu kurumun pozitif içerikten yoksun oluşu, kurumun formelliğini ifade etmelidir, her anayasada ortak olan unsur olması münasebetiyle de anayasanın esası olarak görülmelidir. Kaldı ki erkler ayrılığının tarihi, onun bu neviden bir biimselliktense karma anayasada grldğu üzere toplumsal dengenin uzantısı olduğunu ifade eder. Nitekim parlamentarizmin mutlakiyet karışıtlılığını eleştirirken monarşik (yürütmenin güçlendirilmesi), aristokratik (temsili kurumlar) ve demokratik (halk oylaması vb.) unsurları harmanlayan bir yapıya sahip olduğunu gsterir⁹⁵. Mutlakiyet karışıtlılığının biçimsel bir mesele olmadığı da aşıkardır. Aslında formun bir şeyin özü olduğu anlayışı terk edilmediğinde zaten böyle bir karışıtlık doğmaz.

Tekrar Schmitt'in şemasına dönecek olursak, kuruluş siyasi ve hukuki karara dayanır: Siyasal olan, tarafsız olması mit edilen her alana önce geldiği gibi siyasal birliğin tarihsel bir görünümü olan devletle de bir değildir; siyasal birliğin formu şehir-devleti, imparatorluk yahut ulus devlet olabilir lakin hepsinde ortak olan, birliği oluşturanların birliğin homojenliğini temin eden dışlayıcı karardır⁹⁶. "*Siyasal birlik ya dost düşman ayrımını belirleyen ve bu anlamda egemen olan birliktir... ya da siyasal birlik mevcut değildir.*"⁹⁷ Fakat yukarıda ifade edildiği gibi bu sadece kuruluşun bir yanını açıklar. Kimiz sorusunu. Neyiz sorusunun cevabı ise kurucu iktidarın form hakkındaki kararındadır yani neyiz sorusunu kararın hukuki ko-

⁹⁵ Göztepe, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in Anayasa ğretisi", s. 156.

⁹⁶ elebi, *Devlet, Toprak, Egemenlik: Carl Schmitt'in Düşüncesinde Siyasal Kavramı ve Kurucu İktidar Sorunu*, s. 131.

⁹⁷ Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 69.

nusu cevaplar. Anayasa hukuki veçhedir: Siyasi birliğin biçimi hakkında verilmiş bir karardır ve anayasa metni aslında var olan siyasi birliğin normatif ifadesinden ibarettir⁹⁸. Bu karar ise kurucu iktidara dayanır.

Kurucu iktidar, kuruluştan sonra da kamuoyu olarak yaşamaya devam eder kurulmuş iktidarlar içerisinde erimez, kurucu iktidar anayasayı yapan ve değiştirme hakkına sahip olan tek merciidir, bu nedenle Schmitt anayasa değişikliklerinin anayasanın tözel ilkelerini içermeyeceğini ve parlamentonun genel olarak anayasa değişikliği yapabilmesinin meşru yolunun da halk oyu olduğunu ifade eder⁹⁹. Fakat buradaki halk da kurulu iktidar çerçevesinde müracaat edilen bir makamdır. Bunun mantıki sonucu olarak halk oylaması dahil herhangi bir prosedür anayasayı baştan aşağı değiştirmeyi öngöremez zira yukarıda andığımız gibi anayasanın kendisi ile metni bir değildir. Ancak kurucu iktidar siyasi birliğin formundan vazgeçerse yani olağan durum terk edilirse aksi mümkün olur.

Schmitt, siyasi bilince ve hareket potansiyeline sahip kurucu iktidarı yasama, yürütme ve yargı ile işbirliği içinde olan ilave bir erk olarak değil tüm erklerin kapsayıcı temeli olarak görür; kurucu iktidar hukuki kurumlarla evcilleşmeyen mütemadiyen doğa durumunda kalandır¹⁰⁰. Kurucu iktidarın sadece hakkı vardır ve o doğa durumundadır buna karşılık kurulmuş iktidarın sadece yükümlülükleri vardır ve hukuk durumundadır¹⁰¹. Kurucu iktidar ortaya çıkışı itibarıyla herhangi bir prosedüre bağlanamadığı gibi resmi işleri bilfiil görebilecek organize bir organ da değildir dolayısıyla işlevi organizasyonun formuna karar vermekle ve akabinde de ilgili işlere rızasını yahut itirazını dile getirmekle sınırlı kalır¹⁰².

⁹⁸ Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi*, s. 55; Can, *Kurucu İktidar*, s. 68.; Oder, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, s. 66.

⁹⁹ Çelebi, *Devlet, Toprak, Egemenlik: Carl Schmitt'in Düşüncesinde Siyasal Kavramı ve Kurucu İktidar Sorunu*, s. 187.

¹⁰⁰ Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 126- 128.

¹⁰¹ Schmitt, *Dictatorship, From The Origin Of The Modern Concept Of Sovereignty To Proletarian Class Struggle*, çev. Michael Hoelzl and Graham Ward, Polity Press, 2014, s. 124.

¹⁰² Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 131 vd.

Kurucu iktidar bu bağlamda, olağan hallerde anayasanın değişmez özü olarak kendini değiştiremeyen yasalarda gösterir. Söz gelimi “Weimar Anayasası, demokratik cumhuriyettir; Alman devleti federal bir yapıya sahiptir; yasama ve yürütme organları, ilke olarak, temsili parlamenter bir sistemde görev yaparlar; hukuk devletinin temel unsurları, temel hak ve özgürlükler ile kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabul edilmesiyle güvence altına alınmıştır” maddelerini Alman halkının varoluşsal mutlak tercihi olarak işaret etmiş ve değiştirilemeyeceğini belirtmiştir¹⁰³. Schmitt’e göre yukarıda sayılanlar anayasa maddesi, temel prensipler, esas yapı vs. değil bütün normların bu bağlamda anayasanın da varsaydığı, Alman halkının siyasi varoluşuna dayanarak verdiği siyasi birliğin formu hakkındaki karardır ve tüm hukuk düzeni geçerliliğini bu karardan alır, bu kararın konusu olan içerik yani siyasi iktidarın formu, anayasanın kendisidir ve anayasa hukukundan ayrılır; birisi yapılır/kurulur diğeri ise değiştirilir¹⁰⁴. Nitekim, Weimar Anayasası hakkındaki yorumu hukukun egemenin kararına dayandığı yönündeki görüşünün örneğini oluşturur. Normativist algıda, egemeni hukukun içinde tespit etmek mümkün değildi. Schmitt, anayasanın kendisinin Alınan halkının kararına dayandığını işaret ederek bunu görünür kılma gayretinde bulunur, bu esnada kurucu iktidar monarşik egemenin yerini alır¹⁰⁵.

Kuramsal olarak kurucu iktidar, gücü/iktidarı yahut otoritesi¹⁰⁶ siyasi varlığının formu ve tipi bakımından karar vermeye yeten siyasi iradedir dolayısıyla anayasa hukuki bir norma değil siyasi bir karara ve siyasi karar da siyasi varoluşa dayanır ve tüm anayasal kurallar geçerliliğini bu karardan alır; anayasanın yazılması diğer bir ifadeyle kurucu iktidarın iradesinin yazılı hale getirilmesi sadece hukuk tekniği açısın-

¹⁰³ Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in Anayasa Öğretisi”, s. 143.

¹⁰⁴ Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 78-80.

¹⁰⁵ Renato Cristi, “Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt: 10, Sayı: 1, 1997, s. 193, 195.

¹⁰⁶ Schmitt, otorite ile iktidar arasındaki farkı anayasa teorisi açısından gerekli bir ayrım olarak görmez. Egemenliğin etkili bir iktidara otoritenin ise geleneğe referans veren devamlılık ile ilişkili olduğunu söylemekle yetinir. Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 458.

dan bir koruma anlamına gelir, kurucu iktidar bir sefer kullanılmakla tükenmez, bu konudaki siyasi irade baki olduğu müddetçe anayasanın üzerinde konumlanır ve bunun bir sonucu olarak anayasanın temellerine dair olanlar da dahil, tüm uyumsuzluklar ancak kurucu iktidarın iradesiyle çözülür¹⁰⁷. Anayasa değişiklikleri şayet yeni bir anayasal düzen temin etmeye yönelikse, isterse anayasada düzenlenen usule göre gerçekleştirilmiş olsun, anayasal değildir¹⁰⁸. Yeni anayasa, eski anayasanın kurulmuş iktidarlara tarafından değil kurucu iktidar tarafından hazırlanabilir.

Schmitt, kurulmuş ve kurucu iktidar arasındaki ayrımı vurgulayarak modernlik döneminde yitirilen harici meşruluk kaynağı sorununa esaslı bir çözüm olabileceğini hatırlatmıştır. Kurucu iktidarın anayasa hukukunda değiştirilemez maddeler olarak görünmesi ve bu maddelerin bir yerde tüm hukukun yorum kriteri olarak kullanılması, kurucu iktidar kavramını sadece meşruluk meselesini değil hukuk pratiğini de etkileyen bir konuma taşımıştır. Ne var ki kurucu iktidarın tözel birlikten farklı oluşu onun soyutlaşması nispetinde manipüle edilebilir bir kavram olmasını da beraberinde getirir. Dahası modernlik öncesi dışarıda konumlanan meşruluk kaynağı Schmitt'in şemasında ne içeride ne dışarıda durur, bunun sonucu olarak da manipüle edilebilir bir kavram olan kurucu iktidara dayanarak anayasanın askıya alınabilmesinin hukuki gerekçesi hazırlanmış olur. Bu durumun doyurucu bir izahı ve eleştirisi için kurucu iktidarın dayanak olarak ayrıca ele alınması ve Schmitt'in bu sefer *Diktatörlük* eserine başvurulması gerekir.

2.5. Kararın Dayanağı Olarak Kurucu İktidar

2.5.1. Diktatöryal Egemenlik

Schmitt, bugün son derece olumsuz bir çağrışımı olan diktatörlüğün aslen, Roma'nın hukuki bir kurumu olduğunu, bir

¹⁰⁷ Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 125.

¹⁰⁸ Colon-Rioss, "The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform", s. 221.

yönetim şekli olmadığını hatırlatır¹⁰⁹: savaş yahut isyan gibi tehlikeli durumlarda devreye sokulan sıra dışı bir *magistra* olarak diktatör, altı ay için göreve gelir, bu süre içerisinde *imperium* ile donatılır, hukukla bağlı değildir fakat yasa yapma yetkisi de yoktur, altı ay sonrasında ise eski pozisyonuna geri döner, dolayısıyla diktatörlük iktidarı, zorla yahut entrikalarla ele geçiren, yeminini bozan bir zorbarın iş başında olduğu yönetim biçimi değil cumhuriyet dönemi anayasasının, sözleşme veya anlaşma ile değil dikteyle çözülebilecek isyan ve savaş gibi durumlar karşısında özgürlüğü korumak için düzenlediği bir enstrümandır. Meşru olmayan ve bir yönetim biçimi olan tiranlıktır, diktatörlük değil¹¹⁰.

Schmitt, egemenlik anlayışının tarihi seyri izleğinde egemen ve komiseryal diktatörlük arasında ayrım gözeterek kurucu iktidara dayalı meşruluğu açıklar. Diktatör, görevini her nasıl olursa olsun, yani normativizmin/pozitivizmin arayacağı hiçbir prosedürel adalet usulüne tabi olmaksızın yerine getirmek durumundadır, buna karşılık kendi özgün yapısında hukukla kayıt altına alınmamış olsa da kendisinin hukuku değiştirmek yahut askıya almak bir yana dursun sorunu çözüp hukuk düzenini eski doğal işleyişine geri döndürmek gibi bir misyonu vardır, yargılanacağı tek doğru bu misyonu yerine getirmektir¹¹¹.

Sıradan bir memur hukukla yetkilendirilir, kalıcıdır, yetkisi keyfi olarak geri alınamaz, görev tanımı da hukukça belirlenmiştir; komiser ise emirle yetkilendirilir, kalıcı değildir, vekalet verenin iradesine bağlı olarak geri çağrılabilir; sıradan memur hukukla sınırlıyken komiser somut olay bazlıdır bunun sonucu olarak tek bir olay için ama daha özgürdür¹¹². Her diktatörlük bir komiserliktir, soru bu komiserliğin mevcut egemenlikle uyumudur; kurucu iktidarın özelliği buradadır:

¹⁰⁹ Carl Schmitt, *Dictatorship*, s. 2-15.

¹¹⁰ Bkz. Schmitt, *Kanunilik ve Meşruiyet*, s. 34 vd.; Schmitt, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, s. 49.

¹¹¹ John P. McCormick, "The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers", *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt: 10, Sayı: 1, 1997, s. 165.

¹¹² Schmitt, *Dictatorship*, s. 25.

kurucudur, kurulmuş olanlardan bağımsızdır, nasıl mucizeler doğa yasalarını askıya alırsa diktatörlük de hukuku askıya alır, hukukla anlaşılabilir¹¹³. Schmitt'e göre egemenlik de sınır durumlarda yani neyin istisna olduğunu söylediği anda kurucu iktidar olarak ortaya çıkar; anayasayı ilga eder, yenisini yapar vb. Dolayısıyla kurucu iktidar hukuk-dışı yahut hukuka öngelen bir kavramdır; onun edimi doğal halin varlığına delildir, yeni bir düzenin kurulacağı istisna durumu söz konusudur¹¹⁴.

Komiseryal diktatörlük kurulmuş iktidarın temsilcisi olarak reform yaparken, egemen diktatörlük halkı temsil ederek devrim yapar¹¹⁵. Pratikte komiseryal diktatörlük anayasayı korumak için, görevi kapsamında onu askıya alır, hukukun uygulanmak için ihtiyaç duyduğu normal şartları temin etme misyonunu yerine getirir¹¹⁶. Somut durumla mücadele, düşmanın yasa dışı saldırılarına karşılık verme diktatörlük kavramını belirler, diktatör etkin değil edilgendir ve egemen diktatörlük açısından var olan düzen diktatörün çözmesi gereken bir meseledir, dolayısıyla var olan anayasadan değil gelmekte olan anayasadan medet umar¹¹⁷. Basitçe örneklendirecek olursak diktatörlüğün klasik anlaşılması komiseryal diktatörlüğü, yeni bir düzen kurma amacındaki proletarya diktatörlüğü ise kurumun modern tecessüdünü işaret eder¹¹⁸. Egemen diktatörlük, her diktatör gibi hukuken kayıtsızdır, diğer bir deyişle o, sadece kurucu iktidara dayanır yani kurucu iktidarın (siyasi) iradesiyle geri çekilebilirken komiseryal olan gibi mevcut anayasanın meşruluğuna atıfla ayakta durmaz¹¹⁹. Komiseryal diktatörlük geçici bir süre için yasaları askıya alıp hukuku korurken, egemen diktatörlük yönetimi

¹¹³ Schmitt, *Dictatorship*, s. 119 vd.

¹¹⁴ Zeybekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", s. 78, 86.

¹¹⁵ Schmitt, *Dictatorship*, s. 96.

¹¹⁶ Schmitt, *Dictatorship*, s. 118.

¹¹⁷ Schmitt, *Dictatorship*, s. 118, 119.

¹¹⁸ McCormick, "The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers", s. 165 vd.

¹¹⁹ Cristi, "Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power", s. 197.

elinde bulunduran, anayasayı yapan egemendir ve halka dayandığı için meşrudur¹²⁰. Komiseryal diktatörlük koruyucu, egemen diktatörlüktür ise kurucu bir nitelik arz eder¹²¹. Mevcut anayasanın etkin olabileceği diğer bir ifadeyle düzeni temin edebileceği maddi koşulların ortadan kalkması egemen diktatörün ilgilenmesi gereken acil bir durumdur ve o, bu durumla hukukun etkin olabileceği yeni bir düzen kurarak başa çıkar.

Schmitt, münhasıran egemenlik yetkisini haiz, hukuki lakin hukukla bağlı olmayan bir kurum olan diktatörlüğün halk egemenliğine dayalı modern siyasi düşünceyi ve hukukun kararcı doğasını izah ettiği kanaatindedir. Eserin hemen başında Doğal Hukukun iki okulu arasında ayrırma gider ve Hobbesçu pozisyonunu hatırlatır:¹²² Grotius'un adalete dayalı doğal hukukuna göre hukuk, devlet öncesi dolayısıyla devleti bağlayan bir içerikteyken Hobbes'un kesin bilimin hukukuna göre hukuku zaten devlet var eder; yanılmaz olan egemen, neyin benim neyin senin olduğuna, iyinin ve kötünün ne olduğuna karar vererek herkesin herkesle savaşını sonlandırır ve bunu normatif hiçlikten doğurur yani kelimenin tam anlamıyla dikte eder, Hobbes'un satırlarında, örtülü de olsa, egemenin gücünün toplumsal rızadan geliyor oluşu egemen diktatörlük yorumuna hayat verir.

Schmitt, sadece Leviathan'ın değil, başka birçok durak yanında Rousseau'nun genel iradesinin de egemen diktatörlüğe giden yolda konumlandığını işaret ederken kurucu iktidara dayalı modern meşruiyet algısının genel karakterinin bu yönde olduğunu işaret eder. Rousseau'nun genel iradesi tekil bireylerin toplamı olmadığı gibi, bireyler üzerinde bir insanın organları üzerinde mutlak hakimiyete sahip olması gibi bir güce sahiptir, dahası bir yandan toplum sözleşmesinin kalkış noktası olan bireysel özgürlüğün herkesin ortak karara kendi rızasıyla katılmasına ve bu yolla başkasına değil kendisine

¹²⁰ Esgün, "Carl Schmitt", s. 502

¹²¹ Çelebi, *Devlet, Toprak, Egemenlik: Carl Schmitt'in Düşüncesinde Siyasal Kavramı ve Kurucu İktidar Sorunu*, s. 90.

¹²² Schmitt, *Dictatorship*, s. 16-18.

boyun eğmesine bağlı olduğu söylenirken diğer yandan tutkularına yenik düşmüş bireyin devlet eliyle ehlileştirilmesine cevaz verilir zira sadece ahlaken yetkin olan özgürdür, dolayısıyla özgür insanların kendilerini yönetme hakkına dayanan toplum sözleşmesi diktatörlüğün gerekçesini ve özgürlüğün despotluğunun formülünü sunar¹²³. Bireyin özgürlüğünü gerçekleştirmek, temsilin dışlandığı genel irade formülüyle mümkün görüldüğünde halk egemenliği, otoritenin yeni adresi olur¹²⁴. Rousseau'nun genel irade adını verdiği egemeni tıpkı Ortaçağ'ın Tanrı'sı, Hobbes'un Leviathan'ı gibi gücün ve haklılığın birleştiği adrestir: doğru olan onun yaptığı, onun yaptığı doğru olandır¹²⁵.

Genel irade, diktatör gibi sıra dışı bir başka kurum olan yasa koyucunun çizdiği taslağı tamamlar, Schmitt'e göre Rousseau 18. yüzyılın karakterine uygun olarak bilge bir yasa koyucu tasarlar: bu makam dönemin mekanik metafiziğine uygun olarak devlet makinesini kurar ve çalışmaya bırakır; o bir magistra yahut egemen değil devleti var eden kavramları ilk elden ortaya koyan güçsüz haktır, diktatör ise haksız güç: yasa koyucu devletin dışında fakat haklıyken, diktatör hakkın dışında fakat devletin içindedir, saf hak konumundaki yasa koyucu kurulmamış, diktatör ise kurulmuş iktidardır, yasa koyucu diktatörün gücünü elde ettiğinde komiseryal diktatörlük egemen diktatörlüğe dönüşür ki bu Rousseau'nun adını koymadığı yeni bir kavrama vücut verir: kurucu iktidar¹²⁶. Schmitt, diktatörlük sayesinde tabiri caizse Deus otiosus ile Deus ex machina'yı buluşturma imkanı görür.

Schmitt'in, Rousseau yorumunda egemenliğin ilkesi ile kullanımını analitik olarak ayırmak suretiyle modernliğin meşruluk algısına kuramsal bir açıklama getirdiğini görebiliriz. Buna göre kurucu iktidar tıpkı Ortaçağ'ın Tanrı'sı gibi yanılmaz bir meşruluk kaynağıdır. Bununla beraber kurucu iktidar bir çeşit idedir. Bunun sonucu kendisi dolaysız olarak

¹²³ Schmitt, *Dictatorship*, s. 97-104.

¹²⁴ Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı*, s. 123.

¹²⁵ Schmitt, *Dictatorship*, s. 100.

¹²⁶ Schmitt, *Dictatorship*, s. 109-111.

gücünü kullanmaz, temsile konu olur. Analitik izahın pratikte bulanıklaştığı yer burasıdır. Kurucu iktidarı temsil ettiğini iddia eden fail nedenin etkinliklerinde isabetli olup olmadığı-
nın tespitini yapabilmek neredeyse imkansızdır ve yanılmaz olduğu varsayılan kurucu iktidara dayandığı için keyfiyete varması işten değildir. Bu durum kurucu iktidarın kaynağı olduğu düzenin ne sadece içinde ne de sadece dışında olmasıyla daha da önemli hale gelir. Kurulmuş bir iktidar olmadığı için hiçbir kurumla bağlı değildir zira. Bu kavramlaştırmanın korkutucu gücünü egemen diktatörlük adlandırması yansıtır.

Schmitt'in egemen diktatörlüğü tartıştığı örnek Cromwell'dir, ona göre Long Parliament'in Cromwell'i başkomutan olarak ataması komiseryal diktatörlüğün kurulması anlamına geliyordu, parlamentonun zayıflamasıyla komiser-
yal diktatörlük egemen diktatörlüğe dönecekti, zaten Cromwell Leveller's hareketini bastırmak ve John Lilburne'ü tutuklatıp, İngiltere'nin dün Kral, Lordlar, ve the Commons bugün ise general, askeri mahkeme ve the Commons tarafından yönetildiğini anlatan kitapçıları dağıttırmak suretiyle egemen olduğunu ortaya koymuştu, nitekim ölümüne kadar da Koruyucu Lord unvanıyla İngiltere'yi yönetti ki bu sürede parlamento hep onun gölgesinde kaldı¹²⁷. Schmitt, bu tasvirde Cromwell'i anayasal monarşinin ilk örneği olarak görür. Tıpkı monarkın çıkar gruplarıyla anlaşmaya varmasının egemenlikten feragat anlamına gelmemesi gibi¹²⁸ Cromwell'in bir parlamento ve anayasa ile yönetmesi de siyasi basiretinin sonucudur, yoksa egemen hep kendisidir¹²⁹.

Schmitt'e göre liberal ve demokratik unsurların bir araya geldiği ve kuramsal olarak kurucu iktidar teorisine örnek oluşturan modern anayasacılık ise 1789 Fransız Devrimi'yle yükselişe geçmiştir¹³⁰. Kurucu iktidar siyasal bir varlık olarak

¹²⁷ Schmitt, *Dictatorship*, s. 114.

¹²⁸ Cristi, "Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power", s. 199.

¹²⁹ Schmitt, *Dictatorship*, s. 115.

¹³⁰ Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 101. Schmitt, Fransa'nın devlet ve egemenlik kavramlarının hukuki biçimlerine ilk kavuştuğu adresin de Fransa olduğunu belirtirken ilginçtir ki ihtilalin aynı zamanda kapalı devletin gelişiminin

halkı varsayar. Siyasi bilince sahip ve yine siyasi etkinlikte bulunabilen halkı, ulus kavramının işaret ettiğini ve bu bağlamda Fransız halkının kendisini kurucu iktidarın hamili olarak ortaya koyduğunu diğer bir ifadeyle siyasi bilince ve edim kapasitesine erişerek anayasayı kurduklarını ifade eder¹³¹. Bu anlamda Fransız ulusu kurucu iktidarın tarihi örneğini sunar.

Sieyes'in 1789 kurucu meclisini oluşmuş bir iradenin elçisi olarak değil onu biçimlendirecekler olarak gördüğünü hatırlatan Schmitt, henüz şekillenmemiş kurucu iktidarın temsilcilere muhtaç olduğunu ima eder¹³². Kurucu iktidar, *natura naturans* (doğuran doğa) olarak bütün formların vücut bulmuş kaynağıdır¹³³. Muğlak lakin daimî olarak yeni formlar üreten kurucu iktidar, temsile muhtaç ve fakat temsili nitelikte olanları kendisine göre her daim ikincil konumda tutandır¹³⁴.

Komiseryal diktatörlüğün, bir anayasa tarafından yetkilendirilmesi ve kurulmuş iktidarın kayıtsız temsilcisi konumunda oluşu gibi egemen diktatörlük de doğrudan kurucu iktidara dayanır ve onun kayıtsız temsilcidir diyen Schmitt, Ulusal Konvansiyon'u egemen diktatörlüğün örneği olarak görür¹³⁵: 1792'de anayasayı hazırlamak üzere yetkilendirilen konvansiyon 1793'te hazırlanan metnin kabulüne rağmen aynı yıl savaş ve karşı devrim anayasayı tehdit ettiği gerekçesiyle barış ortamı sağlanana kadar anayasayı askıya aldı ve geçici hükümetin devrim hükümeti olduğunu ilan etti. Schmitt'e göre bu kurucu iktidara yapılan dolaysız bir başvurudur, anayasanın askıya alınması kurucu iktidarın iradesidir.

sona erdiği tarih olduğunu söyler. Carl Schmitt, "Somut ve Çağa Bağlı Bir Kavram Olarak Devlet", *Devlet Kuramı*, der. Cemal Bali Akal, çev. Bertil Emrah Oder, 2. Baskı, Dost Yayınları, Ankara, 2005, s. 246, 249.

¹³¹ Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 102.

¹³² Schmitt, *Dictatorship*, s. 124.

¹³³ Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 126.

¹³⁴ Schmitt, *Dictatorship*, s. 125.

¹³⁵ Schmitt, *Dictatorship*, s. 127.

2.5.2. Kararcılığın Eleştirisi 2: İktidarın İlkesine Karşın Kullanımı

Kurucu iktidarın ilke yani *auctoritas* kurulmuş iktidarın ise *potestas* olarak formüle edilmesiyle kurucu iktidar teorisi, anayasacılığın paradoksunu çözüme kavuşturur. Maddi neden, kurulmuş iktidarlara varlıklarının dayanağını ve amacını hatırlatmak suretiyle onları sınırlandırır. Fakat modern dönemde kurucu iktidar aynı zamanda fail nedendir. Yani yasanın kaynağı ile uygulayıcısının çakışması rizikosuz söz konusudur, ki bu durumda yasanın uygulayıcıyı sınırlandırma diğer bir ifadeyle uygulayıcının keyfine göre davranmayıp yasanın eli ayağı olma ihtimali düşer. Maddi neden durumundaki nüfus doğrudan değil temsilcileri aracılığıyla diğer bir ifadeyle fail neden aracılığıyla kuruluşu gerçekleştirir. Bu durum tıpkı kurulmuş iktidar gibi maddi nedene göre ikincil konumdaki fail nedenin maddi nedenle uyumsuz ve maddi nedeni temsil etmekteki maksadını aşacak yani formel ve teleolojik nedeni gerçekleştiremeyecek işlemlerde bulunabilmesi rizikosunu ortaya çıkarır. Bu başlıkta özellikle tartışılacak olan da Schmitt'in bu durum karşısında aldığı tavrıdır.

Schmitt için meşruiyet yasallıktan önce gelir. Kurulu iktidarlar yasalara uygun faaliyette bulundukça meşru görülürler, bu yasallığın meşruiyet için kriter olması gerisinde ise yasanın kurucu iktidarın iradesini yansıttığına yönelik inanç bulunur dolayısıyla yasallık bu meşruiyete binaen ve ona dayalı düzenin temini adına askıya alınabilir¹³⁶. Yasallık ona göre meşruiyetin görünür hale gelmesinden ibarettir, meşruiyet esas itibarıyla yasa öncesidir, yasaya bağışiktır ve yasanın dayanağıdır bu nedenle yasayı askıya almak anayasayı korumak anlamına gelebilir¹³⁷. Öte yandan bu neviden krizler esnasında verdiği tepkiyle kurucu iktidar egemenliğin ilkesi olduğunu hatırlatır¹³⁸.

Schmitt, kurucu iktidar ile kurulmuş iktidar arasındaki

¹³⁶ Demirkent, "Anayasal Kuruluş Konusunda Kapanımayacak Tartışma: Hannah Arendt ve Carl Schmitt'te Kurucu İktidar Sorunu", s. 108.

¹³⁷ Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası*, s. 104.

¹³⁸ Cristi, "Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power", s. 200.

ilişkiyi *natura naturans* (doğuran doğa) ile *natura naturata* (doğurulmuş doğa) fikrinde takip eder:¹³⁹ halk, ulus devletin ab-ı hayat kaynağı olarak her daim yeni organlar kurar; kurucu iktidarın hayale sığmaz gücünden (*Macht*) daimî olarak yeni formlar ortaya çıkarken kendisi her zaman doğa durumunda kalır, hapsedilemez, kurulamaz, keyfidir.

Schmitt'in kurucu iktidar resmini izlerken arka planda Nietzsche'nin sözleri yankılanır:

"... -en eski "devlet" insan hammaddesi ve yarı hayvanların sonunda yalnızca tümüyle yoğrulup uysallaştırılmayıp ayrıca onların biçimlendirinceye dek işleyişini sürdürdüğü korku verici bir tiranlık, ezici, acımasız bir makine olarak ortaya çıktı. Evet, yeryüzünde "devlet" böyle başladı: Sarurım şu "sözleşme"nin başladığı eski hayalcilik ortadan kaldırılmış bulunuyor. Buyurabilenin doğuştan "efendi" olanın, davranışlarında ve işlerinde zorba olanın -sözleşmeyle ne ilgisi olabilir ki! Bu yaratıklarla hesaplaşılmaz: Bir yazgı gibi sebepsiz, hesapsız, bahanesiz gelirler; bir şimşeğin oluşumu gibi oluşurlar, nefret edilemeyecek denli çok korkunç, çok ani, çok ikna edici, çok "farklı"dırlar. Yapıtları, içgüdüsel bir yaratma, bir biçim verme çabasıdır; var olan en gönülsüz, en bilinçsiz sanatçılardır...Suçun, sorumluluğun, hesaplı davranışın ne olduğunu bilmez bu doğuştan örgütleyiciler... şu korkunç sanatçı bencilliğinin örneğini oluştururlar."¹⁴⁰

Elbette her iki düşünürün kuruluş hususunda hem fikir olduğunu düşünmek aldatıcı bir aşırı yorum olur. Lakin ikisinin de yaratanın/kuranın hesap vermediği (keyfilik) ve uzlaşıya gelmediği (dikte ediş) hususunda görüş birliği içinde olduğunu söyleyebiliriz. Schmitt, egemenin, olağanüstü bir durumda neyin kural neyin istisna olduğuna karar verme kudretinden, böyle bir durumla baş etmenin ve bu durumdan çıkan düzenin askeri tertibi andıran doğasından, aciliyet karşısında hızlı ve kesin davranma ihtiyacından ve kararıyla form verici oluşundan bahsederken, Nietzsche'nin sanatçı bencilliği adını koyduğu duruma yaklaşır. "Normların, nor-

¹³⁹ Schmitt, *Dictatorship*, s. 123

¹⁴⁰ Nietzsche, *Ahlâkın Soykütüğü*, çev. Ahmet İnam, 4. Baskı, İstanbul, Say Yayınları, 2010, s. 102.

mu nedir?, varsayımsal grundnorm'u varlığıyla alaşağı eden normatif dizgenin temellendiği somut kaynak neresidir?" sorusu böylece cevaplanmış olurken biz bir kez daha Platon'un sanatçıları neden devletinden kovduğunu, siyaset kılıfındaki başıboşluğu adalet adına hukukla bağlama gayretini, filozofun Siraküza'dan yola çıkan gemideki tutsaklığa mahkûm yolcuğunu ve "belki bir dostla karşılaşırım" ümidini anlarız.

Bir tiranın yasal zulmüne karşı meşruiyetin yasallığa önce geldiği iddiasını hepimiz dillendirebiliriz lakin yasanın lüzumsuzluğu ilan edildikten sonra tiranla baş başa kalmayı da hiçbirimiz istemeyiz. Bunu söylememize sebep olan Schmitt'in hukuku kuran kararın normatif hiçlikten çıktığına ve bu kararın kurucu iktidara ait olması münasebetiyle meşru olduğuna yönelik açıklamasıdır. İddia tek başına hem makul hem de meşru durmaktadır. Lakin kurucu iktidarın temsil edilmeye muhtaç oluşu, fail nedenin temsil sırasında, kurucu iktidarın da iradesini oluştururken bir sınırının olmayışı durumunda saf hakkın yerine saf şiddetin geçebileceğinden endişe ederiz. Bu durumda kuramdan iki sorunun cevabını vermesini bekleriz: Kurucu iktidarın doğal bir sınırı var mıdır? Kurucu iktidarı temsil eden kurucu meclisin, fail nedenin bir sınırı var mıdır?

Öncelikle Schmitt'in maddi ve fail neden ayrımına yabancı olmadığını biliyoruz: Ona göre kurum, bireyler tarafından değil bireylerden inşa edilir yani kişiler fail konumunda değil madde konumundadır¹⁴¹. Yine bir diğer perspektiften de normatif dayanağın yokluğunun sadece pozitif hukuk dışı bir kaynağı işaret ettiği düşünülebilir zira ona göre normatif hukuk düzeni, kaynağını düzen adını verdiği bir yerde bulur ki o düzen de topluluğun siyasi birlik olma bilincidir; bu bilinç siyasal birliğin temel ilkelerini anayasada somutlaştıracak karar üzerinde bir uzlaşmayı içerir¹⁴². Buradaki uzlaş, sözleşmeden ziyade birleşmeyi imler, zira bir sözleşmedeki gibi tarafların bireyselliklerini korumaya devam ettiği bir durumdan ziyade bireylerin meydana çıkan birliğin homojenliği içeri-

¹⁴¹ Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası*, s. 84.

¹⁴² Zeybekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", s. 33, 34.

sinde eriyiştir kastedilen¹⁴³. Nitekim yukarıda da andığımız üzere Hobbes ve Rousseau yorumları da bu durumu destekler niteliktedir. Zira Hobbes'un, örtülü de olsa, egemenliğin toplumun rızasına dayandığına yönelik bir kabulünün olduğunu belirtme ihtiyacı duymuştur. Bu bağlamda kararın normatif olarak hiçlikten sadır olması tam bir başıboşluk ortamını değil az ya da çok, örtülü de olsa toplumsal uzlaşının mevcudiyetine atıfta bulunduğunu söylemeyi gerektirir¹⁴⁴. Bunun gibi Rousseau için de oy birliğinin gerek şart oluşunu hatırlatır. Sorunu şemayı kullanarak ifade edecek olursak, fail neden enikonu maddi nedenin potansiyelini etkinleştirir dolayısıyla maddi nedene kayıtsız kalamaz. Bu sınırın, kurucu iktidarın toplumsal sınırı olarak tespit edilmesi yahut nüfusun doğal hakları adına gerekçelendirilmesi ayrı bir konudur. Nitekim bu durum karşısında Schmitt'e göre hukukun kaynağının bilfiil egemen olan fail neden olmadığı, egemenin kararıyla hukuku geçerli kıldığı ve gerek olduğu vakit ihlal edebilme bağımsızlığını haiz olduğu lakin hukukun asıl kaynağının yaşam hakkı olduğu belirtilir¹⁴⁵. Dolayısıyla fail nedenin, maddi nedence sınırlandırıldığına dair ipuçları bulmak mümkündür. Fakat fail nedenin maddi nedeni temsil kabiliyeti ve maddi nedenin bir sınırı olup olmadığı sorularına doyurucu cevaplar almadan kurucu iktidara dayalı anayasa yapımından keyfiyet sonucunun çıkmayacağına emin olamayız.

Yukarıda Fransız devrimini yorumlarken Schmitt'in, Sieyès'e atıfla *natura naturans* konumundaki kurucu iktidarın şekillendirilmeye muhtaç olduğunu düşündüğünü belirtmiştik. Maddi nedenin yani kurucu iktidarın, doğa durumunda kaldığı için fail nedene ihtiyaç duyması kurulmuş iktidarın, kurucu iktidarı yansıtır yansıtmadığı hususundaki şüphelerimizin kuvvetlendiği bir noktadır. Zira temsil aynı zamanda bir mesafenin adıdır ve bu yolun meşru şekilde katedildiğine yönelik herhangi bir denetim imkânı yoktur. Dahası fail ne-

¹⁴³ Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası*, s. 82.

¹⁴⁴ Cristi, "Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power", s. 192.

¹⁴⁵ Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası*, s. 107; Zeybekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", s. 150.

den kriz anına odaklanarak, olağanüstü durum geliştirilerek hep ön plana çıkarılır. Dolayısıyla bundan sonra odağımızda fail neden olmalıdır. Bunun için de kriz anlarına odaklanmamız gerekir. Zira egemenlik ve onun adresi olarak kurucu iktidar meselesinin önemi, anayasal kriz anlarında görülür çünkü bu sorunu egemen kimse o çözecektir¹⁴⁶. Peki, egemen diktatörlük kavramı bize bu konuda ne söylüyor? Egemenliğin, doğrunun ve yanlışın ne olduğuna karar vermek anlamına geldiğini yani kendisinin meşruluk gerekçesi olduğunu, başka bir gerekçe bulmasına lüzum olmadığını ifade ettiğini biliyoruz. Buna karşılık egemen diktatör, egemen değildir. Halk adına hareket eder. Birinci mesele kendi kendini yetkilendirmedir. Diğer bir ifadeyle "kim egemenlik yetkilerini kullanma hakkına sahiptir?" sorusunun sorulamayışıdır zira zaten şu an kuruluş arındayız yani haklılığı gerekçelendirecek bir kurum henüz mevcut değil. Dolayısıyla halkın rızasını alan, almış görünen egemendir yahut egemen olduğuna göre halkın rızasını almıştır denilecektir. Diktatörlüğün klasik formunda ise diktatörlüğe gerek duyulduğuna "karar" veren makamla diktatörlük yetkilerini kullanan kişinin farklı olması, kararı veren makamın diktatörlük kurumunu kendi lehine kullanmasını engelleyen bir prosedürdür¹⁴⁷. Dolayısıyla egemen diktatörlükteki gibi kendi kendini yetkilendirme riski de görece asgaridir. Fail nedenin alanının sınırsızca genişlediğini resmeden bu tablonun nedeni aslında otoritenin ilkesiyle kullanımı arasındaki sınırın belirsizleşmesidir. Kurucu iktidar, kurulmuş iktidar ayrımı her ne kadar bu farkı ortaya koyma işlevi görebilse de kurucu iktidarın temsile muhtaç oluşu gerekçesiyle sahneye giren diktatör hızla onun yerini alır. Diktatörün Roma'daki klasik görünümünde, (1) diktatöre ihtiyaç duyulduğuna yönelik Senato tarafından alınan, (2) diktatörün somut durumla başa çıkmak adına verdiği olmak üzere iki farklı konuda iki farklı makamca alınan karar söz konusuysa egemen diktatörlükte bu iki karar bir yerde

¹⁴⁶ Cristi, "Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power", s. 197.

¹⁴⁷ McCormick, "The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers", s. 185.

birleşir¹⁴⁸. Dolayısıyla kurucu iktidar da tüm işlevleriyle birlikte görünmez olur, kurucu iktidar teorisinin anayasacılığın paradoksuna çözüm olma iddiası da boşa çıkar.

İkinci mesele kurucu iktidarı temsil eden, egemenlik yetkilerini kullanan kurumun yetkilerinin sınırı ve denetimine daırdır. Diktatör, somut bir durumu çözmek üzere sınırsız yetkilidir. Yetkisinin tek sınırı somut durumu çözmek, ki bu egemen diktatörlük söz konusu olduğunda sınırsız yetki demekle aynı şeydir, zira buradaki somut sorun kuruluşu gerçekleştirmektir. Bu nedenle somut durumla sınırlı olma koşulu egemen diktatörlük için bir anlam ifade etmez.

Egemen diktatörlük örneğinde diktatörlüğün yetkisinin somut durumla sınırlı olmasının bir anlam ifade etmemesine ve olağanüstü hale karar verenle bu halin gereklerini yerine getirenin pratikte aynı adres olması sorununa ilaveten, yetkisini kullanışı da yani dikte edici oluşu da bir başka sorundur. Yani hem esas hem de usul bakımından meşruluk denetiminin icrası mümkün değildir.

Egemen diktatörlükte Senato'nun yerini egemen olduğu kabul edilen halk almıştır. Kurucu iktidar olan halk, anayasanın tarif ettiği halk değildir; tarif edilen halk anayasal usullerle değişiklik talebinde bulunan kurulmuş bir iktidardır, kurucu iktidar ise anayasanın kaynağıdır ve süreklilik arz eder fakat kurucu iktidar egemen diktatörlük vekaletiyle iş görür, dolayısıyla somut durumda kurucu iktidar işlevlerini üstlenen egemen diktatörün tek kaydı halktır. Fakat bu halkın tam olarak kim olduğu ve kurucu iktidar işlevini nasıl yerine getireceği her tarihi olayın kendi koşullarında gözlemlenebilecek bir vakadır.

Yine egemen diktatöre süre bakımından bir kısıt konulmaması ve onun düşmanlarla savaşmak gibi bir yükümlülüğü olması, düşmanın Schmitt'in şemasında süreklilik arz etmesi nedeniyle egemen diktatör kolayca kurucu iktidarın yerini alır¹⁴⁹.

¹⁴⁸ McCormick, "The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers", s. 169.

¹⁴⁹ Zeybekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", s. 87, 88.

Schmitt'in egemen diktatörlüğü tali bir mesele olarak değerlendirildiğini düşünmek naiflik olur. Siyasi düşünce tarihini egemenlik ekseninde yorumlarken uğradığı duraklardan birinin Makyavel olması sebepsiz değildir. Her iki düşünürün de paylaştığı realist pozisyon¹⁵⁰, durumun gereklerini yapan modern siyaseti açıklar. Nitekim, Schmitt, Makyavel'i modern siyasi düşünceye diktatörlük karakterini kazandıran virajlardan biri olarak görür: Makyavelist araççılık, ona göre diktatörlüğün araçlarını gündelik siyasetin kullanımına sunar¹⁵¹. Diktatörlük, aristokrasinin olağanüstü hale karşı geliştirdiği kurumdur. Schmitt, kuruluş anının olağanüstü oluşuna dikkat çekerek bir genelleştirmeye gider, elbette tam tersi tüm anayasal düzeni olağanüstü döneme özgü bir yoruma indirgediği de ifade edilebilir¹⁵². Her hâlükârda olağanüstü zamanda alınan kararın gündelik rutinde tekrardan yaratılmak suretiyle varlığını hissettirdiği dolayısıyla bir sefere özgü değerlendirilmediğini söylemek durumundayız¹⁵³. Fransız deneyiminde hangi aşamada, ne olduktan sonra olağan döneme geçildiğini belirtmeyen Schmitt, Ulusal Muhafızların, sözde *commissio* yetkilerini icra ederken her birinin birer küçük Leviathan'a döndüğünün de farkındadır¹⁵⁴.

Kaldı ki kuruluş tamamlandıktan sonra yani olağan dönemde Schmitt'in, egemenliği kurulmuş/hukuki iktidarlara tevdi ettiği kanısına kolayca varmak mümkün değildir. Kelsen'le girdiği polemiğin billurlaştığı konu olan anayasanın korunması meselesi Schmitt'in düşüncesini anlamak için dik-

¹⁵⁰ Bkz. Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı*, s. 62-67.

¹⁵¹ McCormick, "The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers", s. 168.

¹⁵² Elbette bunda Weimar Cumhuriyeti'nin kendi koşullarının istisnayı normalleştirme eğiliminde olmasının da etkisi vardır lakin Schmitt yine de egemenliğin ve hukukun doğasına dair çıkarımlarda bulunur. (Hirst, "Carl Schmitt's Decisionism", s. 24) Schmitt'in külliyatının Almanya'ya özgü yorumlar ürettiğini iddia etmek kestirme ve hatalı bir değerlendirme olacağı gibi Almanya'nın durumunun etkisi altında teorisinin marjinalleştiğini söylemek de başarısız bir makyaj teşebbüsü olur.

¹⁵³ Vander Valk, "Decisions, Decisions: Carl Schmitt on Friends and Political Will", s. 48.

¹⁵⁴ Schmitt, *Dictatorship*, s. 139.

kate değer bir yerde konumlanır: Kelsen, bir siyasi partinin anayasal tehdit halini alması halinde bu durumla başa çıkması gereken merciinin anayasa mahkemesi olduğunu ifade ederken, Schmitt bu işin üstesinden ancak devlet başkanının gelebileceğini düşünür zira tehdit ihtiva eden parti bir sefer kapatılsa da isim değiştirerek vs. bir şekilde siyasi varoluşunu sürdürebilir ve anayasa kurallarının suiistimali yoluyla anayasayı var eden meşruluğun yani anayasanın kendisinin aleyhine işler icra edebilir¹⁵⁵. Bu tavrından da anlayabileceğimiz üzere Schmitt, devlet başkanını aynı egemen gibi hukuk düzeninin sınırında konumlandırarak, siyasi manevra alanı yaratmaktadır. Dolayısıyla anayasanın korunmasının normun ötesinde edimler gerektirmesi gerekçesiyle mahkemenin yerine getirebileceği bir iş olmadığını söylediğinde¹⁵⁶ bizi norm ve yargı yerine siyasi edim ve aktörlerle baş başa bırakmış olur. Pratikte kurucu iktidarın kararını kurulmuş iktidarlardan birinin siyasi kararıyla öğreniriz, normdan yahut hukuki karardan değil. Diğer bir deyişle nihai merci hukuki değil siyasidir. Bu durumda bir kez daha kurulmuş olmanın ne anlama geldiğini sormak durumunda kalırız.

Schmitt, Kelsen'e normların kendi kendilerini gerçekleştiremeyeceği ve biçimin her daim bir esasla var olduğu itirazında bulunurken şüpheşiz haklıdır. Fakat bu itirazlar önemli karanlık noktaları aydınlatsa da esas soruyu cevaplamadan bırakır. Karar ne zaman norma dönecektir? Schmitt, pozitivizmin liberal ülkülere bağlı kalarak biçimsel algıladığı ve sunduğu hukukun, olağanüstü dönemlerde alınan içeriğe dair bir karara dayandığını, diğer bir ifadeyle hukuktaki egemenliği ifşa etmede belki başarılıdır lakin ne zaman ve ne olduktan sonra bu kararın hukukileştiği belirli değildir. Kaba güçle egemenlik arasındaki farkı meşruiyette bulmak¹⁵⁷ ilk akla gelendir. Makul olan herkes gibi Schmitt de hukukun olgudan türetilmeyeceğini, hukukun kaynağı olarak olgunun

¹⁵⁵ Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı*, s. 242 vd.

¹⁵⁶ McCormick, "The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers", s. 178.

¹⁵⁷ Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 27; Zeybekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", s. 156 vd.

görülmesi durumunda hukukun normatif karakterinin ve meşruluğunun izah edilemeyeceğini, “Eğer hukuk olgudan türeyebiliyorsa, o zaman hukuk yoktur” demek gerektiğini kabul eder¹⁵⁸. Fakat Schmitt’in şemasında kurucu iktidar, kararın meşruiyet dayanağını oluştururken normal düzen kurulduktan sonra da doğa durumunda kalmaya devam eder ve başta devlet başkanı olmak üzere kurucu iktidarın kararına göre iş gördüğünü iddia eden kurulmuş iktidarın nasıl bu sınırlar içinde tutulacağı diğer bir ifadeyle kurucu iktidarın iradesiyle karşı karşıya geldiğinin nasıl anlaşılacağı ve böyle bir durumda ne yapılacağı belirsizdir. Siyasi iktidarın hukuki kaydı, iktidarın ilkesiyle kullanımının nasıl ayrıldığı belirsizdir. Dolayısıyla nihayetle kararı norma dönüştürenin ne olduğu belirsizdir. *Siyasi İlahiyat*’ın lügatince konuşacak olursak hangi aşamada, ne olur da mucize, yeni doğanın yani doğrulmuş doğanın yasası halini alır?

Fail nedenin, maddi nedenle olan ilişkisinin zayıflığı teleolojik neden açısından da sıkıntılıdır. Anayasaların formel nedenden kaynaklanan evrensel amaçları olduğu iddiası tarihsel kategorileri ve/veya liberal ülkeleri evrenselleştirme iddiasıyla yok sayılacak olsa dahi Schmitt, her halkın siyasi bilince erişme aşamasında kendisine dair verdiği kararın yine kendisine özgü bazı ülkeleri barındırdığını kabul eder. Peki, “Leviathan bu ülkeleri gerçekleştiriyor mu?” diye soracak olduğumuzda Schmitt bize “egemen olabildiğine göre halkın desteğini aldığını varsaymamız gerekir”, cevabından fazlasını sunamamaktadır.

Schmitt’in şemasında, pozitivizmin olağan zamanlar için öngördüğü içeriğe kayıtsız bir normatif dizge olarak hukuk algısının yerine olağanüstü bir zamana odaklanarak hukukun norma değil karara ve biçimsel değil maddi olarak denetlenebilecek bir karara dayandığını gösterir. İhtiyaç duyulan form diktatör kavramından, içerik ise egemenlikten temin edilir. Buna bağlı olarak sorunu bilfiil çözecek olana ve onun çözü-

¹⁵⁸ Carl Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Duncker & Humboldt, 2004’ ten aktaran: Kardeş, *Schmitt’le Birlikte Schmitt’e Karşı*, s. 211, 212.

şüne odaklandığımızda kurucu iktidar atıflarının *ex post* meşrulaştırma konumunda kaldığını kabul etmek durumunda kalırız.

Belki satır arasında anılan yaşam hakkı, sorunları çözebilecek bir adres olarak görülebilir. Zira bu ifade ilk bakışta Sieyes'te olduğu gibi doğal hukuka referans verir görünmektedir. İnsanlar neyin uğruna yaşayacaklarına karar verir ve bunun önündeki engeli düşman olarak nitelerler lakin Schmitt yaşam hakkının bir düzene kaynaklık edebilmesini siyasi bir manevraya bağlamaktadır; fail neden konumundaki, yaşam adına, dostlarıyla düşmanları arasına bir sınır çekecektir. Bu sınırın yeri meşruiyet algısına bağlıdır. Bu da elbette fail nedenin keyfiyetinin ötesindedir¹⁵⁹. Schmitt'e göre haklar, devlet sayesinde vardır dolayısıyla devletin öncelikli amacı da hakları değil kendisini korumaktır¹⁶⁰. Hakların hukukiliği için siyasi birliğin form kazanması gereği ortadadır. Kolaya kaçarak ifade edecek olursak, devlet olmadan hak da yoktur lakin bu doğrudan Schmitt'in çıkarımına bizi ulaştırmaz zira devletin varlığı kendi başına değil hakları mümkün kıldığı için bir değerdir. Kaldı ki devletin bekasını korumaya yönelik önerilen manevranın yetersiz olduğu söylenmelidir çünkü öngörülebilir ve biçimsel kriterlerle oluşturulan hukuk özel çıkar sahiplerince dolanılabilir ve dolanılmaktadır fakat devlet benim

¹⁵⁹ Bu durum devletin şiddet tekeli elinde bulundurduğu içerisi ile paralellik gösterir. Uluslararası planda insanlığın bekasına saklanan kudret sahibi içeride de devletin bekasını aynı biçimde kullanır. Mantık aynıdır: Türdeşliği sağlamaya yönelik, çoğulluğu yok sayan her manevra hem ölümcül bir dışlama pratiği ortaya koyar hem de çoğulluğun sonsuz yapısı gereği bitmeyecek, kendini yeniden yeniden üretecek bir düzeni doğurur. Bu nedenle çatışma ancak tarafsız bir hakemce düzenlenebilir. Devlet bir hukuk tüzel kişisi değil de devlet benim diyenlerin iradesiyse nasıl ki uluslararası zeminde bütün mesele güç yetirebilmeye indirgenir aynı durum ulusal planda da geçerlidir. Bu yüzden hukuku kurabilecek karar alelade bir faillik değil çatışan tarafların uyum potansiyelini açığa çıkarabilen bir failliktir. Bu sadece fail nedenin sözde hiçlikten ortaya çıktığı tarih kesiti için de geçerli değildir. Yukarıda Roma ve İngiliz hukuk düzenlerindeki süreklilik yönündeki paralellige işaret edilmişti. Bu hukuk sistemlerindeki faillik hiçbir zaman tarihsel dayanakların küllen reddi noktasına varmamıştır; getirilen yenilikler evvelki hukuk ile uyum içerisinde ele alınmıştır. Başarılı bir failliğin mevcut toplumsal şartları ve tarihi sermayeyi gözetmesi gereğini kabul etmek durumundayız.

¹⁶⁰ Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası*, s. 82.

diyenlerin elinde dolanılacak bir hukukun varlığı daha baştan tartışmalıdır. Bu yüzden devletin bekası için yahut hukukun tarafsızlığı perdesi arkasına saklanarak özel çıkarlar adına kurulmak istenen hukuk kadük kalmak zorundadır; devlet bekasından bahsedenlerin de pekala devlet aygıtına hükmedebilen bir çıkar grubu olduğunu hayal etmek güç değildir. Binaenaleyh ancak oynayanların tamamının saygı duyduğu bir kural etkinleşebilir ve zaten o kurallar, oyuna karakterini verir. Nitekim Schmitt, ilerleyen dönemde *Yeryüzünün Nomosu*'nu kaleme alırken bu durumu fark edecektir; ortaklığın taraflarının yaşamlarını koruduğu için ortak alana, kamuya, ortakların tamamı tarafından sahip çıkılacağını düşünecektir¹⁶¹ fakat henüz ilgisini ulus devlete yönelttiği ve sistem içerisinde kendi devletinin bekasının peşinde olduğu esnada bunu açıkça görebilmiş değildir. Ya da Leviathan'ın temsil kabiliyetine olan naif inancını sürdürmektedir.

Schmitt belki pozitivizmin açıklamasını özel çıkarları örtülü olarak korumak dolayısıyla hukuku siyasete indirgemekle eleştirir ve hukukun asla tam olarak saf olamayacağını söyler lakin onun önerisinde bu sefer açıktan, hukuk Führer'in iradesine bağlanır¹⁶². Anayasanın koruyucusunun devlet başkanı olduğunu söylerken de anayasanın nihai olarak siyasal bir nitelik arz ettiği yönündeki kanaatini açıkça söylemiş olur. Ona göre devlet başkanı doğrudan halk tarafından seçilmesinin de işaret ettiği üzere demokratik meşruiyeti haizdir ve kurucu iktidarı temsil eder¹⁶³. Bu tabloda, Schmitt için, fail nedenin formel nedenle yer değiştirdiği, anayasanın hukuki niteliğinin neredeyse yok sayıldığı açıkça görülür.

Maddi ve fail neden ayırımından haberdar olan Schmitt'in maddi nedenin temsili hususunda fail nedeni keyfiyete varacak denli serbest bıraktığını düşünmek için elimizde aksi yöndeki fail nedenin maddi nedenle sınırlı olduğunu ima eden ipuçlarından daha fazlası bulunur. Daha basit söyleye-

¹⁶¹ Zeybekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", s. 178.

¹⁶² Zeybekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", s. 150-154.

¹⁶³ Çelebi, *Devlet, Toprak, Egemenlik: Carl Schmitt'in Düşüncesinde Siyasal Kavramı ve Kurucu İktidar Sorunu*, s. 98.

cek olursak kurucu iktidarı temsil edenlerin kurucu iktidarla sınırlı olduğunu Schmitt de ima etmekte fakat bu sınır temsili-
lin büyüğü doğasında silikleşmektedir. Yönetimi yasayla bağ-
lamak üzere meydana getirilen meşruiyet halatını birbirine
sarılarak oluşturan iki ipten birisi, kurucu iktidarın temsilcile-
ri/fail neden çürüktür. Diğer ip ise, kurucu iktidarın/maddi
nedenin sınırındır.

Schmitt'i Almanya'nın tüm zamanlar için olağanüstü şart-
larından kurtarıp, Kenya'nın anayasal reform deneyimiyle
okuyan Richard Stacey bu konuda ilginç iddialarda bulunur.
Stacey'e göre Schmitt, Fuller'ın hukukun iç ahlakı olarak işa-
ret ettiği ilkeleri adaletin yahut doğal hukukun sonucu olarak
değil hukuk devletinin işleyebilmesi için gerekli olan hukuka
mündemiç birtakım kısıtlar olarak görmüştür¹⁶⁴. Şayet bütün
mesele bu ilkelerin, ahlaki yahut metafizik gerekçelere değil
de hukukun doğasına dayandırılması ise, Fuller'ın neden
farklı bir şey söylemiş sayıldığını anlamak mümkün değildir.
Bu durumu bir yana bırakacak olursak Fuller ile Schmitt ara-
sındaki esaslı fark herhalde Fuller'ın liberalizmin ülkeleriyle
hatta kapitalizmle alıp veremediğinin olmaması buna karşılık
Schmitt'in hukuk devletini çoğunlukla burjuva sıfatıyla birlik-
te kullanması ve bu fikrin arkasında devlet iktidarının burju-
va özgürlüklerinin lehine olmak üzere sınırlandırılması ama-
cının olduğunu belirtmesidir. Schmitt burjuva hukuk devleti-
nin temelinde hukukun üstünlüğünün yer aldığını bunun da
bir anlam ifade edebilmesinin düzenlemelerin emir değil
norm niteliği taşımasına bağlı olduğunu söyler; hukukun üs-
tünlüğü, bireylerin değil yasaların yönetimini, en başta yasa-
ları koyanların da yasalarla bağlı olduğunu ima eder bu da
ancak düzenlemelerin makuliyet, doğruluk vb. emire değil de
genel norma ait birtakım özelliklere sahip olmasıyla müm-
kündür¹⁶⁵. Diğer bir deyişle hukukun üstünlüğü meselesi *vo-*
luntasa karşılık *ratio* (irade vs. akıl) demektir ki bu enikonu
normatifliğin temin edilmesini vaaz eder, formalizm olarak
normatifliğin de tek başına Schmitt için bir anlam ifade etme-

¹⁶⁴ Stacey, "Constituent Power And Carl Schmitt's Theory Of Constitution In
Kenya's Constitution-Making Process", s. 590.

¹⁶⁵ Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 181.

diğini biliyoruz. Fakat hukuk devletin temel ilkesi olan hukukun üstünlüğünün işleyebilmesi için hukukun emir değil norm formunda olmasının icap ettiği, aynı şekilde yargı bağımsızlığının ve geriye etkili ceza yasağının hukukla yönetim için vazgeçilmez olduğu görüşleri Schmitt'te bulunur¹⁶⁶. Tüm bunları formel nedenin, maddi ve fail neden üzerindeki sınırı olarak görmemizin önünde bir engel yoktur. Diğer bir ifadeyle hukukun genellik ve rasyonellik nitelikleri kurucu iktidara sınır teşkil eder¹⁶⁷.

Stacey'nin esas iddiası ise kurucu iktidarın sınırı konusundadır. Schmitt, kurucu iktidarın herhangi bir sınırı olmadığını ifade eder. Peki kurucu iktidar hukuken mi kayıtsızdır yoksa ne hukuki ne tabii herhangi bir sınırı mı yoktur? Buradaki hukuki ve tabii sıfatları kafa karıştırıcı olabilir. Hukuki sınır, pozitif hukuk kadar pozitif hukuk öncesi yaşam hakkı, insan onuru gibi normatif kabulleri de ifade edebilir. Tabii sınırlar ise hem toplum doğasına hem de hukukun doğasına referans verebilir. Örneğin Schmitt, anayasanın kendisinin anayasanın metninden önce hazır olduğunu ifade ederken anayasanın aslında siyasi bilince sahip halka mündemiç olduğunu ifade eder. Bu bağlamda halkın siyasi bir bilince erişmesi insan toplumunun doğasından ileri gelen bir sınır olarak değerlendirilebilir. Aynı şekilde hukukun normatif karakteri ve onun otonomisini temin edecek sair nitelikler de hukukun doğasından gelen tabii sınırlar olarak düşünülebilir ki buna yukarıda değinmiştik.

İmdi, yeni bir anayasa yapmak hususunda meclisin yetkili olmadığını biliyoruz zira meclis kurulmuş bir iktidardır. Kurulmuş bir iktidar olarak da ancak anayasa değişikliği yapabilir ki bu değişiklikler tek bir madde hakkında bile olsa şayet

¹⁶⁶ Stacey, "Constituent Power And Carl Schmitt's Theory Of Constitution In Kenya's Constitution-Making Process", s. 608-610. Temel hakların durumunda aynı netlikten çekincesiz olarak bahsetmek pek mümkün görünmüyor. Temel haklar hükümetin yasallığını temin etmesi münasebetiyle burjuva hukuk devletin esasına dairdir bu bağlamda sıradan anayasa değişiklikleriyle kaldırılamazlar lakin kurucu iktidarı da sınırladığını söylemek ancak yorum yoluyla mümkün olmaktadır.

¹⁶⁷ Stacey, "Constituent Power And Carl Schmitt's Theory Of Constitution In Kenya's Constitution-Making Process", s. 612.

anayasanın karakterini değiştirecek esasta ise anayasal değildir; meclis yetkisini aşmıştır. Bu durum kurulmuş iktidarın sınırını ifade eder. Kenya deneyiminden edinmek istediğimiz ise kurucu iktidarın sınırına ilişkindir. Stacey, kurucu iktidar olarak Kenya halkına başvuru sũrecini tasvir ederken bu konuda açıklamalarda bulunur¹⁶⁸: Anayasal reform sũrecinde kurucu iktidarın gũrũnũr olduğu aşama referandumdur. Fakat halk referandumda sadece evet ya da hayır der. Bunun ȳncesinde anayasa taslağının hazırlanması gerekir. Taslağın hazırlanması sũreci kurucu iktidarın iradesini açığa çıkartabilme konusunda son derece ȳnem arz eder. Kurucu iktidarın temsili, işe karşanların ȳzel çıkarlarını askıya aldığını varsay-sak bile, bu prosedũrũn doğru hazırlanması ve icra edilmesi-ne sıkı sıkıya bağlıdır. Kenya deneyiminde ilgili komite 2008 anlaşmasını takip etmek ve bu doğrultuda hazırlanacak tas-lakta ȳzerinde uzlaşının sağlandığı ve sağlanmadığı konuları tespit etmek durumundadır. Bu konuların nasıl tespit edile-ceği ve bu tespitin yerindeliği bir meseledir. İkinci mesele bu prosedũrũn kurulmuş iktidarlar eliyle hazırlanmasıdır. ȳũncũ mesele çekişmeli konular, değiştirilmek istenen ana-yasal dũzenin sorunlarıdır ve o dũzende birer mevki tutan kurulmuş iktidarların belirlenimindedir.

Stacey, Kenya deneyimine ideal bir kurucu iktidar uygu-laması olduğundan değil kurucu iktidarın ister istemez doğal sınırları olduğunun ifade edilebildiği bir ȳrnek olarak başvu-rur. Kenya'da ne hukuk devletinin gereği olarak sayılan ilke-ler yani negatif kuruluş ne de Schmitt'in yȳnetenler ve yȳneti-lenler arasında olması gerektiğini sȳyledięi temsil ve ȳzdeřlik prensibi sayesinde temin edilecek siyasi karar yani pozitif ku-ruluş "yanılmaz ve sınırlandırılmaz kurucu iktidar" mitine dayanılarak gerçekleşebilmiştir.

2.5.3. Kararcılığın Eleştirisi 3: İrade Yahut Akıl

Normativizm *versus* kararcılık geriliminin *ratio* ve *voluntas*, nesnellik ve ȳznellik, gayrişahsi norm ve irade arasında oldu-

¹⁶⁸ Stacey, "Constituent Power And Carl Schmitt's Theory Of Constitution In Kenya's Constitution-Making Process", s. 607 vd.

ğunu ifade eden Schmitt, konunun billurlaştığı adres olarak *Euthpro* dilemmasını işaret eder: İyi şeyler Tanrı emrettiği için mi öyledir yoksa zaten iyi olduklarından ötürü mü Tanrı emreder¹⁶⁹? Eğer tek bir soru-cevaba indirgeyeceksek son tahlilde kendisi bir iradecidir; Sieyes'in kurucu iktidarı *ratio*'ya atf yaparken Schmitt'de *voluntas* ile açıklanır¹⁷⁰. Bu ise fail nedeni maddi nedenin üstüne çıkarır: Diktatöryal egemenliğin sürekliliği yahut devlet başkanının anayasal düzeni koruma adına sınırsız manevra kabiliyetine erişmesi bunun görünümlerinden ibarettir. Schmitt'in şemasında fail neden, maddi neden kaldırıcıyla formel neden yerinden oynatır. Kurulmuş iktidarları sınırlandırması gereken kurucu iktidar, akli değil iradi görülüp, siyaset (yürütme) ile eşleşince tam tersi sınır tayin eden fakat kendisi sınır kabul etmeyen bir karakter arz eder. Komiseryal diktatörlükte hukukun askıya alındığına belki ikna olabiliriz lakin modern devlet Schmitt'in aksettirdiği gibi egemen diktatörlük formundaysa, ki bunun anayasallığı açıklayamadığı konusunda ısrarcıyım, hukukun askıya alındığından değil araçsallaştığından bahsetmek gerekir.

Roma Katolikliği hakkında bir son değerlendirme bu durumu izah eder nitelikte olacaktır. Schmitt Roma Katolikliği'nde/Kilise'de hukuki ve siyasi olanın münasip birliğini görür. Ona göre Amerikalı sermayedarlar ve Rus Bolşevikler her ne kadar görünüşte rakip olsalar da aslında beraberce iktisadi zihniyeti siyaset ve hukuk karşısında savunurlar¹⁷¹. Buna karşılık Katolik tefekkür, hukuk gibi insan eylemini yönlendirmeye yöneliktir, esasen hukuki olan bu rasyonellikle Kilise, Roma hukukunun doğru varisi konumundadır, dahası papalık makamının Hz. İsa'nın şahsi vekaletiyle iş görmesi sayesinde bu biçim, özel bir içerikle doldurulmuş olur¹⁷². Özetle *ratio* ile *voluntas*, hukuk ile siyaset hususi bir usulle bir araya

¹⁶⁹ Schmitt, *On The Three Types of Juristic Thought*, s. 59.

¹⁷⁰ Zeyekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", s. 89.

¹⁷¹ Carl Schmitt, "Roma Katolikliği ve Politik Form", *Tarih ve Siyaset Üzerine İki Deneme: Roma Katolikliği ve Politik Form & Kara ve Deniz*, çev. Gültekin Yıldız, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2009, s. 15

¹⁷² Schmitt, "Roma Katolikliği ve Politik Form", s. 14, 16, 21.

getirilmiş olur. Şu hâlde fail nedenin, maddi neden kaldıracıyla formel nedeni yerinden oynattığı iddiası bu tabloya uyarlanarak ifade edilecek olursa denmelidir ki: Nasıl ki Papa, Tanrı idesini temsil adına kullandığı *commissio* yetkisiyle oğlunu dahi aşar, devlet başkanı da kurucu iktidarı temsil ederken onun yerine geçer. Herkesin herkesle savaşından yılarak fanilerde tanrılık arayan Schmitt'in devlet başkanı, Dostoyevski'nin büyük engizisyoncusunu¹⁷³ çağrıştırır:

İlgili bölüm, Hz. İsa'nın "Yeniden hükümdarlığı ele almak için verdiği sözün üzerinden on beş yüzyıl" geçtiği zaman diliminde, yüze yakın heretiğin engizisyoncular tarafından yakılıyor olduğu bir sahne ile başlamaktadır. Diğer bir ifadeyle Hz. İsa'nın yokluğunda geçen on beş yüzyılda komisyonerler yeryüzü krallığının işlerini görmektedir. Derken, büyük engizisyon alevi yanadursun, Hz. İsa, tıpkı on beş yüzyıl önceki gibi inananlara şifa dağıtarak, ölüleri dirilterek geceyi nurlandırır. Her ne kadar komisyonerlerin aksine inananların umduğu adalet daha ziyade böyle bir şey olsa da itaati karıksamış kalabalık büyük engizisyoncunun sahneye girmesiyle geri çekilir. Muhafızlar Hz. İsa'yı tutuklar. Engizisyoncu öfkeli. O'na, "*neden bize engel olmak istiyorsun?*" diye çıkarır ve "...*hemen yarın hüküm giydirip en azılı zındık olmak suçuyla yakacağım seni. Bugün ayaklarını öpen halk, yarın bir göz işaretimle atılacağın ateşe odun taşımaya koşacak...*" der.

Engizisyoncunun öfkesi nedendir? Hz. İsa insanların özgür olmasını istemiştir fakat engizisyoncuya sorarsak Kilisenin, sözde özgür kalan insanları doğru yola sokmak, bu başboşluk sorununu halletmek için, Hz. İsa'nın adını da kullanarak, büyük bedeller ödemesi gerekmiştir.

Dostoyevski, Kilise ve Hz. İsa arasındaki yol ayrımını Engizisyoncuya Luka 4. Bölümü yorumlatarak anlattırır. Luka'da anlatıldığına göre: Hz. İsa, çöldeki kırk günlük çilesinde Şeytan tarafından sınanır. Şeytan, Hz. İsa acıktığında O'na "Tanrı'nın Oğlu'ysan, şu taşa söyle ekmek olsun" dediğinde 'İnsan yalnız ekmekle yaşamaz' diye yazılmıştır" cevabını alır. "Tanrı'nın Oğlu'ysan, kendini buradan aşağı at", "Çünkü

¹⁷³ Fyodor Mihayloviç Dostoyevski, *Karamazov Kardeşler*, 16. baskı, çev. Nihal Yalaza Taluy, İstanbul, Türkiye İşbankası Kültür Yayınları, 2017, s. 328 vd.

şöyle yazılmıştır: ‘Tanrı, seni korumaları için Meleklerine buyruk verecek.’ ‘Ayağın bir taşla çarpmasın diye Seni elleri üzerinde taşıyacaklar.’” dediğinde “‘Tanrının Rab’bi denemeyeceksin!’ diye buyrulmuştur.” cevabını alır. Hz. İsa’yı yüksek bir yere çıkarıp, kendisine secde etmesi halinde gördüğü yeryüzünün yönetimini ve zenginliğini kendisine vereceğini söylediğinde “‘Tanrının Rab’be tapacak, yalnız O’na kulluk edeceksin’ diye yazılmıştır.” cevabını alır. Engizisyoncuya göre bu üç soru insanlığın kaderini özetlemektedir ve Hz. İsa bu üç soruya yanlış cevap vermiştir. Zira Engizisyoncuya göre, tıpkı Schmitt’in siyaset felsefesinin insan doğasını kötü kabul etmesi gereğine dayanmak zorunda oluşu gibi, insan zayıftır, tamahkardır. Özgürlüğü değil köleliği seçer, yeter ki karnı doysun. Fakat Hz. İsa göğün ekmeğini seçmiştir. Yine, insan seçim yapıp, yaşama suçunu üstlenmek yerine iradesini, üstün olana devretmek ister. Tanrının varlığına inanmak, bu yönde bir karar alıp arkasında durmak, O’ndan mucizeler bekleyip onu sınamamak konusunda insanların çoğu Hz. İsa gibi muvaffak olamaz. Kilise bu aşamada devreye girip insanların dayanacağı, iyiyi ve kötüyü onların yerine söyleyecek egemen olmuştur. İyiyi ve kötüyü onlar adına seçer, bir mucize gerçekleştirir, insanları özgürlüklerinin onları kavurduğu doğa durumundan kurtarır, tıpkı Schmitt’in egemeninin yaptığı gibi. Roma ile Sezar kılıcını, İsa’nın reddettiği yeryüzü devletini Kilise almıştır. İnsanların hem ekmeklerini hem vicdanlarını elinde tutan Kilise, kurduğu yeryüzü devletiyle hem iktidarı hem meşruiyeti haiz olmuştur. Engizisyoncuya göre, Hz. İsa her insana özgürlük vererek bütün bu olanların esas sorumlusudur. Kilise kurduğu egemenlikle O’nun hatasını telafi eder:

“Kayıtsız şartsız itaat etmenin gerçek değerini çok, çok iyi anlayacaklar! Bunun da en büyük nedeni kim, söylesene! Sürüyü kim parçalayıp bilinmez yollara sürdü? Ama sürü gene toparlanıp uslanacak, hem de son olarak artık.”¹⁷⁴

İnsanlar, Engizisyoncunun planına göre, Kiliseye itaat

¹⁷⁴ Dostoyevski, *Karamazov Kardeşler*, s. 345.

ederek, günahlarının sorumluluğunu devredecek ve mutlu olacaklardır.

Arthur Versluis, Schmitt ve engizisyoncu arasındaki yakınlığa yönelik kanaatimizi paylaşmakla kalmaz çağrışımının entelektüel kökenlerini de isabetle ortaya koyar: Modern totaliteryanizm hakkındaki çalışması *Yeni Engizisyonlar*, her ne kadar *Karamazov Kardeşler*'in aynı satırlarına odaklanmasa da Dostoyevski'nin, totaliteryanizmi ve selefi engizisyonu idrak ettiği iddiasıyla başlar. Versluis'e göre Büyük Engizisyoncu modern totaliter devletin bir nevi arketipidir. Kitabının Schmitt'e ayrılan bölümündeki kıymetli çıkarımları daha anlaşılır kılmak için Dostoyevski ile neticelenen giriş kısmındaki engizisyona dair tespitlerinin bazılarını paylaşmak isabetli olur:¹⁷⁵ Versluis, Engizisyonun heretik avı, Batı düşünce tarihinin kilit kavramlarından birinin Antik Yunanca seçmek anlamına gelen *hairein* kelimesinden türeyen *heresy* olduğunu ifade ettiğinde Schmittçinin zihninde hemen dost-düşman ayrımı belirir. Aynı şekilde engizisyonun savcı ve hakimi aynılaştıran tuhaf bir hukuki yapısı olduğunu hatırlattığında Schmitt'de olağanüstü hale, bu hal içerisinde yapılacaklara ve olağanlaşma için def edilecek düşmanın kim olduğuna karar verenin aynı makam olduğunu fark ettiğimizdeki yadırgayışımıza da tercüman olur.

Versluis, girişte doğrudan Schmitt'e yönelik bir iddiada bulunmaz fakat ilgili bölümde engizisyon kurumuyla olan benzerliklere dayanılarak çıkarılabilecek dolaylı sonuçlardan yahut sanatçı (Dostoyevski) sezgisinin takdirinden daha ikna edici ve hesabı verilebilir iddia ve açıklamalarla aynı eksenı korur. Buradaki bağlantı noktası Schmitt'in hukuk adamı diye seslendiği Katolik Tertullian'ın *Euthpro* dilemmasındaki konumudur.

Schmitt, *Euthpro* dilemmasını *Hukuki Düşüncenin Üç Türü* eserinde doğrudan adını vermeden yorumlar. Bu dilemmanın ilk olarak ortaya atıldığı yer Platon'un aynı isimdeki diyalogudur ve Sokrates'in, yargılamasının hemen öncesinde, diya-

¹⁷⁵ Arthur Versluis, *Yeni Engizisyonlar: Heretik Avı ve Modern Totaliteryanizmin Entelektüel Kökleri*, çev. Mühraban Şenes, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2014, s. 1, 6.

loga ismini veren sofistlik karakterle dindarlık hakkındaki dialogosunu aktarır. Yeterince üzerinde durulmayan bu küçük diyalog, siyaset ve hukuk felsefesinin kritik birçok kavramının sorunsallaştırıldığı, bu bağlamda meşhur sözü yeniden söyleyecek olursak Batı hukuk ve siyaset felsefesinin kendisine bir dipnot olarak görülebileceği bir eserdir. Diyalogun bu nevi'den bir şerhine kalkışmak bu çalışmanın gündemini ve kapsamı elbette aşar. Fakat felsefenin siyaseti gündemine almasının ne anlama geldiğine dair daha önce ortaya koyduğum gerekçeleri biraz daha açıklamak tam da bu aşamada uygun olur zira *Euthpro* örneği, hakikat-otorite-hukuk ilişkisinin en güzel resimlerinden birini vermekle kalmaz Schmitt'in konumunu da yeterince özetler. Daha öncede söylediğim gibi Sokrates *Euthpro* ile yeni tanrılar ortaya çıkarmak iddiasıyla yargılanmadan hemen önce karşılaşır. Yani Sokrates *polis*in *hakikat* rejimine karşı gelmekle suçlanmaktadır. Diyalogdaki muhatabı ise dava açmaya gelmiştir, iddiasında *haklı* olduğunu düşünüyordur. Bu haliyle *Euthpro*, Sokrates'i avlayacak olan hakikat rejiminin bir temsilcisidir. Platon'un Sokratik diyalogları her daim tek bir konuyu işler. Bu konu ister güzellik, cesaret vb. olsun isterse örneğimizdeki gibi dindarlık olsun diyaloglar her daim Sokrates'in sofistlik muhatabının şu kişinin, bu nesnenin güzel olduğunu iddia etmesine karşın güzelin kendisinin ne olduğunu bilmediğini fark etmesiyle sonuçlanır. Diğer bir ifadeyle cesaret hakkındaki bir diyalogun sonunda okuyucu cesaretin ne olduğuna dair bir çıkarım bulamaz. Bu yüzden de Sokratik diyalogların sonuçsuz olduğu söylenir. Elbette işin aslı her diyalog bir yandan Sokrates'in en azından bilmediğini bildiği için sofistlik muhatabından daha bilge olduğunu diğer yandan da bir şeyin kendisinin, o şeyin örneğinden farklı olduğunu okuyucuya gösterir. Yani güzelliğin ne olduğunu bilmiyorsan neyin güzel olduğuna dair iddianda haklı olamazsın. *Euthpro* dindarlığın ne olduğunu bildiğini iddia eder. Yunan *polis*i için bunun anlamı da neyin hukuka uygun olduğunu da bilmesidir elbette. *Euthpro* kendi seçimlerinin hukuka ve dine uygunluğunu delillendirmek için tanrıların da kendisi gibi yaptığını dolayısıyla eylemlerinin meşru, dine ve hukuka uygun olduğunu ortaya koyar. Fakat homerik metinler sayesinde binlerce yıl sonra

yaşayan bizler dahi biliyoruz ki bir Yunan tanrısı bir başka tanrının eylemiyle çelişen eylemler sergileyebilmektedir. Bu durumda şu soru ortaya çıkar: Bir eylem Tanrı emrettiği için mi iyidir yoksa iyi olduğu için mi? İşte *voluntas* ile *ratio* gerilimini ortaya koyan, hukuk ve siyaset felsefesinin bıçak sırtı sorusu budur! Şayet *Euthpro* ile aynı konumdaysanız, bile isteye olmasa da *voluntas* safındasınızdır. Burada ilk planda karşılaştığımız bir göreceliktir. Her irade kendi iyisine yönelir. İkinci aşamada, ki bu kaçınılmaz nesnellik aşamasıdır, herkesi bağlayan iyunin en güçlü iradenin iyisi olduğu söylenir. Dolayısıyla da otoritenin hukuk yapmak için haklı olmaya gerek duymadığını söylersiniz. Felsefe ise elbette *ratio* tarafındaydı ve felsefi söz ile yani gerekçe ile yani ikna ve eğitim aracılığıyla nesnelliği temin etmek istedi. Herkesin kendi iyisi olduğuna yönelik iddianın saçma olduğunu, iyi şeylerle iyunin kendisinin farklı olduğunu, iyunin kendisinin bir ve nesnel olduğunu ortaya koydu. Neyin iyi, haklı olduğunu bilen felsefe diğerlerinden üstündü yani otoriteydi. Haklı olduğu için yasaları o yapmalıydı diğer bir ifadeyle yasalar felsefi gerekçelerle yapılmalıydı yani nesnel olmalıydı.

Tekrar Schmitt'e dönecek olursak, onun diyalogdan haberdar olmadığını düşünmek abes olur lakin *Hukuki Düşüncenin Üç Türü* eserinde diyaloga bir atıf olmadığı gibi özellikle bu hususta da tartışma yürütmez, konumları işaretlemekle yetinir. Versluis'in bizim için önemi bu bağlantıyı deşifre etmesindedir. Schmitt'in modernliğin Hobbes'u olduğu yakıştırması artık yaygın bir kanaattir. Söz konusu siyaset felsefesi olduğunda Hobbes, Schmitt için ne anlam ifade ediyorsa konu hukuka geldiğinde de Tertullian aynı konumu paylaşır. Tertullian'ın teolojisini burada tartışmanın gereği yoktur. Şu kadarını söyleyelim ki Schmitt'in hukuki düşünmenin teolojik imkanlarını sunan hukuk adamı diye atıfta bulunduğu Tertullian'ın "Bir şeye iyi olduğu için değil, Tanrı onu buyurduğu için mecburuz" ilkesini hayatı boyunca kendisine şiar edindiği belirtilmektedir¹⁷⁶. Tanrının ne buyurduğundan emin olan Tertullian, kendini heretik avına adamıştı, cennette bile onlara zulmetmek gerektiğini düşünüyordu ki Versluis,

¹⁷⁶ Versluis, *Yeni Engizisyonlar*, s. 77.

Tertullian'ın Schmitt'in ruh eşi olduğunu ve dost-düşman ayrımının Tertullian'ın her daim düşmana ihtiyaç duyan anti-heresiolojisine kadar izlerinin sürülebileceğini ifade eder, her iki yazarda ortak olan hayatın agonistik yanını eksene almak ve buradan bir *yargılama* türetmektir¹⁷⁷. Versluis'in, Schmitt'in Tertullian'ın hukuk geleneğine ait olduğu iddiasının anlamı Hristiyanların heretikler karşısında Romalılaştığıdır. Diğer bir ifadeyle nasıl ki Roma, egemenliğin sahibi olarak Hristiyanlara zulmettiyse Tertullian, kendini tanımak için heretik Schmitt, düşman addettiklerine ihtiyaç duyar. Versluis'in çıkarımından haberdar herhangi birinin tahmin edeceği gibi Schmitt, Dostoyevski'yi kendi potansiyel ateistliğini Roma Kilisesi'ne aksettirmekle itham etmiş ve hayatın agonistik yanından dünyevi iktidarı reddetmek suretiyle kurtulma teşebbüsünü gayribeşerliğin en kötüsü olarak nitelendirmiştir¹⁷⁸. Velew ki Schmitt'in argümanı bir temenni değil betimleme olsun bir kez daha kılıçla yaşamayanın öpülerek öldürüldüğünü tüm bir Avrupa'nın Gethsemani'de¹⁷⁹ kurulduğunu söylemek gerekir, halbuki onlara "...dünyayı *yargılamak* için göndermedi, dünya Onun aracılığıyla kurtulsun diye gönderdi.", "Sözlerimi işitip de onlara uymayanı ben *yargılamam*. Çünkü ben dünyayı *yargılamaya* değil, dünyayı kurtarmaya geldim." denmişti¹⁸⁰.

Schmitt'in normativizm eleştirisi hukukun maddi dayanağı ile birlikte okunmasının önemini ve bunun da kurucu iktidarın dikkate alınmasıyla yapılacağını göstermiştir. Fakat kararçı pozisyonu hukuku siyaset karşısında ikincilleştirir. Schmitt nasıl Kelsen panzehri sunarsa Arendt de Schmittçi kararçılığın, egemenliğe dayalı anlayışın eleştirisini yapar.

¹⁷⁷ Versluis, *Yeni Engizisyonlar*, s. 78-83.

¹⁷⁸ Schmitt, "Roma Katolikliği ve Politik Form", s. 37.

¹⁷⁹ O gün Gethsemani Bahçesinde, "İsa'ya ihanet eden Yahuda, "Kimi öpersem, İsa O'dur, O'nu tutuklayın" diye onlarla sözleşmişti. Dosdoğru İsa'ya gidip, "Selam, Rabbî!" diyerek O'nu öptü. İsa, "Arkadaş, ne yapacaksan yap!" dedi. Bunun üzerine adamlar yaklaştı, İsa'yı yakalayıp tutukladılar. İsa'yla birlikte olanlardan biri, ani bir hareketle kılıcını çekti, başkâhinin kölesine vurup kulağını uçurdu. O zaman İsa ona, "Kılıcını yerine koy!" dedi. "Kılıç çekenlerin hepsi kılıçla ölecek." *Matta*, 26.

¹⁸⁰ *Yuhanna*, 3:17, 12:47.

3. Bölüm

Arendt'te Otorite ve Kurucu İktidar: Özgürlüğün Kuruluşu

3.1. Genel Olarak

Schmitt'in kurucu iktidarı "Anayasa nedir?" sorusu bağlamında gündeme getirmesi, dogmatik hukukça cevaplanamayacak soruların üstesinden gelebilmesi nedeniyle son derece önemlidir lakin son tahlilde bir iradeci oluşu, hukuku iradeyle, egemenlikle açıklayışı hukuku siyaset karşısında ikincilleştirir. Anayasal devletin ne olduğu, nasıl kurulabildiği sorularımız cevapsız kalır. Arendt ise egemenliğin yerine kurumsallaşma üzerinde durur. Kurucu iktidarı otorite ile birlikte düşünmesi, kuruluşu iktidarın ilkesi olarak belirtmesi *potestas*ın yani iktidarın kullanımının ikincilliğini netleştirir. Dolayısıyla da anayasallığın açıklanmasına elverişli bir şema sunar. Anayasal devlet, devlet idaresinin insanların iradesine değil, hukuka bağlı olduğu imasını taşır. Hukuk genel olarak insan eylemini yönlendirirken anayasa hukuku başta siyasi iktidarı kullananların eylemini yönlendirir. Arendt'in otorite ve kurucu iktidar ilişkisine dair izahı, siyasi iktidarın nasıl sınırlandırıldığını anlamamız için işaretler içerir. Arendt'in özellikle anayasal devleti yahut hukukun otoritesini açıklamak gibi bir gündemi yoktur ve onun izahı kurucu iktidar teorisine olduğu gibi alınıp, dolaysız işlenemez. Fakat nasıl Schmitt'ten kurucu iktidarın "Anayasa nedir?" sorusu için ne kadar önemli olduğunu öğrendiysek, Arendt'ten de anayasal kuruluş ve otorite ilişkisine dair öğreneceklerimiz vardır. Bilhassa da *Devrim Üzerine* adlı eserinde Fransız ve Amerikan devrimlerini mukayese edip birincisinin kurucu iktidarı mutlak monarkın yerine tesis etme kolaycılığı nedeniyle başarısız olduğunu, ikincisinin başarısının ise kalıcı bir kurum olarak

anayasayı kurabilmesinde yattığına yönelik iddiası kayda değerdir.

İki dünya savaşı arası geçen dönemde Schmitt'in de dahil olduğu Alman devlet teorisyenlerinin temel meşgalesi siyasi düzen sorunu olmuştur ve Arendt bu eğilimin terminolojisine ve ilkelerine bilhassa da Schmitt'e karşıt bir tavır sergilemiştir¹. Bu bağlamda kurucu iktidarı, anayasal devlet kurabilme potansiyeli olarak araştırırken Schmitt'in Kelsen'i sorgulamak için uygun bir adres olması gibi Arendt'in eserinden de aynı şekilde Schmitt'e karşı istifade etmek mümkündür.

O kadar ki tam da bıraktığımız yerden Büyük Engizisyoncu'dan devam edebiliriz. Yukarıda da andığımız üzere Engizisyoncu, Hz. İsa'nın, insanlara özgürlük verdiğini lakin Kili-se'nin özgürlüklerini devralmak karşılığında onlara mutluluk vererek Hz. İsa'nın hatasını telafi ettiği iddiasındadır. Bu pa-sajın siyaset felsefesinin gündemine girmesi elbette tesadüfi değildir. Schmitt'in belirttiği gibi Batı siyaset kavramları, özellikle egemenlik, teolojiden devralınmıştır. Tarihsel olarak da ilahi otoritenin terk edilmesinin yarattığı boşlukla mücadele edilmektedir. Doğallıkla Arendt de bu durumun tecessüm ettiği, dünya tarihi için de sembolik anlamı olan Fransız devrimini tartışırken bu kesişim noktasına uğramak durumundadır. Arendt için Dostoyevski'nin yorumu herkesle tek tek ilgilenen yani insanları homojen bir kalabalık olarak değerlendirmeyen bir Hz. İsa'yı ima etmektedir². Bu dikkat çekici bir vurgudur zira Arendt Fransız devriminde temelde iki sorun görmektedir. Ulus egemenliği başlığında toplayabileceğimiz bu iki sorun genel iradenin, çoğulluğu tekliğe indirgemesi ve anlaşmalarla sadece ulusal çıkarlara aykırı olmadığı müddetçe bağlı olması formülündeki gibi, yanılmaz sınırlandırılmaz bir iradenin varsayılmasının istikrarsız yönetimlere vücut vermesidir³.

Dostoyevski'nin Hz. İsa'sının insanlarla tek tek ilgilenme-

¹ Christian Volk, "From Nomos to Lex: Hannah Arendt on Law, Politics, and Order", *Leiden Journal of International Law*, Cilt: 23, Sayı: 4, 2010, s. 762.

² Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 110.

³ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 98.

sine karşılık Fransız devrimi yoksullardan homojen bir ulus yaratmış ve devrimin istikametini özgürlükten mutluluğa çevirmiştir. Yoksulluk, insanı, bedeninin emirlerine mutlak itaate yönlendirmesi sonucunda özgürlüğü engellemesi nedeniyle kötüdür. İnsanı asgari ihtiyaçlarına indirger. İhtiyaçlarının yanı sıra bedeninin kölesi yapar. Arendt genel irade için de aynı yönde düşünmektedir. Arendt'in yoksullar olarak ifade ettiği üçüncü sınıf, genel iradede ulusun tamamı olarak telakki edilmiştir ve onların acil ihtiyaçları ulus adı verilen bu bedenin karşı konulmaz güdüsü olarak algılanmıştır⁴. Şayet bu bir bedense sefalet arzuyu duyurur iradeyi değil; bu durumda faaliyet gösteren olması gerektiği gibi akıl, iddia edildiği gibi de irade değildir, arzulardır. İrade şartlar karşısında işler, şartlara karşılık olarak değil. Etkiye tepki ile karşılık verme durumunda iradede bahsetmenin anlamı yoktur.

Arendt burada dikkati genel iradenin rızayı yani kamusal müzakereyi dışladığına çeker ve Robespierre'in, anayasanın Cumhuriyet adına değil halk adına yürürlüğe girmesi gerektiğine yönelik ısrarını alıntılarla maddi nedenin formel nedeni alt edişinin tarihi bir vesikasını bize hatırlatır⁵. İrade, aklın arzu karşısında geri çekilişinin gerekçesi olarak sunulmuştur. Genel irade adlandırması gerçeklikte kitlelerin saf arzusunun karşılığıdır. Arendt'e göre Fransız Devrimi acı çekişin karşı konulamaz tesiriyle, Amerikan Devriminin takip ettiği medeni hukuku terk etmeyen, kalıcı kurumlar aracılığıyla özgürlük kurma yolundan sapıp Engizisyoncunun peşine takılmıştır⁶.

3.2. Özgürlük Sorunu

Buna karşılık Arendt devrimlerin, bu bağlamda kuruluşun, nihai amacını özgürlüğün yaşanabileceği yeni bir yer inşa etmek olarak görür. Dolayısıyla özgürlük, Arendt'in genel felsefesi için olduğu kadar kuruluş hakkındaki düşüncelerini anlayabilmek için de önemlidir. Fakat kuruluş konusunun

⁴ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 76 vd.

⁵ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 97.

⁶ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 119.

göbekten bağlı olduğu özgürlük sorununu ele almadan evvel, bir adım geri çekilip insanın kendisine bakmak isabetli olur. Bu sayede özgürlüğün, insan için yeri daha iyi anlaşılır.

Arendt insanlık durumunu anlamak için insanın yaptıklarına odaklanır. Her ismin bir hareketi dondurduğunu göz önüne aldığımızda insanlık durumu dediğimiz şeyin, insanın yaptıklarında aranması doğaldır. Sofist, sofistlik; doktor doktorluk yapandır vb. Bununla beraber Arendt ne bir insan doğası⁷ tasvirine varmanın peşindedir ne de insanın tüm etkinliklerine odaklanmaktadır. Nitekim kendisinin de en önemli etkinlik olarak gördüğü düşünme bu tahlilin dışındadır. O, insanlık durumunun koşulu olduğunu düşündüğü, *vita activa* adıyla bir kümede topladığı üç insani etkinliğin tahlilinin, yeni bir çağın arifesinde bulunan insan toplumunun doğasına dair bir anlayış geliştirmeye yarayacağı kanaatindedir. Bu üç etkinlik emek, iş ve eylemdir⁸.

Emek, biyolojik zorunlulukların yerine getirilmesi için gerekli olan etkinliktir ve doğal ihtiyaçların karşılanmasına binaen tükenir buna karşılık iş, insana özgü bir etkinlik olarak insanın ürünleriyle bir dünya kurmasına olanak tanır; fakat emeği ve işi ile var olan insanın kamusalılığı mübadeleyle sınırlıdır⁹. Emeği ve işiyle en fazla tüccar faziletine erişen insanın yaşamı, hayatta kalma amacının araçsallaştırıcı tesiri altındadır.

Bu üç insani etkinlik içerisinde eylem bilhassa konumuzla ilişkilidir zira Arendt, siyasi düşüncenin kategorisi olarak telakki ettiği eylemin ayırt edici unsurunun insanlar arası etkin-

⁷ Arendt, şayet bir insan doğası varsa bunun ancak "ilahi olarak vahyedilmiş bir çerçevede" sorgulanabileceğini ifade eder. İnsan kimdir ve insan nedir farklı sorulardır ve nedir sorusunu insanın bizzatı kendisinin cevaplamaya kalkması, gölgesi üzerinden atlamayı denemesine benzer. Bundan ötürü insan nedir sorusu insani değil ilahi yani insana üstün bir kaynaktan cevaplanabilir. Diğer bir ifadeyle insan doğasını cevaplamaya yönelik her felsefi teşebbüs bir ilaha varmak durumunda kalır. Ona göre insan doğasına dair söylenebilecek tek şey koşullu bir varlık oluşudur velev ki kendi yaptığı şeyler onu koşullandırıyor olsun.

⁸ Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 35 vd.

⁹ Devrim Sezer, "Hannah Arendt", *Siyaset Felsefesi Tarihi*, ed. Kurtul Gülenç, 2. Baskı, Ankara, Doğu Batı Yayınları, 2014, s. 647, 648.

lik olması ve siyasi yapılar kurması olduğunu düşünür¹⁰. İş ve emek gibi zorunlu yahut yararlı olanı temin etmek için değil sadece kendi kendisi için gerçekleştirilmek istenene yönelik olduğundan özgürlükle ilişkili olan etkinlik de eylemdir¹¹. Batı siyaset kanonu ise eylemin bu özgül yerini tespit etmek bir yana dursun onu iş ve emek içinde tüketmiştir.

Eylem, özgürlükle ilişkisi bağlamında tanıdık bir kavramı, mucizeyi denkleme sokar fakat Schmitt'tekinden farklı bir anlamı vardır: Mucize sıra dışı olandır, mevcut düzenin tekrarlarının sağladığı öngörünün, görüş alanının dışındadır. Mucize, beklenmedik olanı sergileyebilme kapasitesidir; gerisinde her yeni doğanla teyit edilen insanların çoğulluğu bulunur, Schmitt'teki gibi egemenliğin alameti değildir. Geçmiş ve yeni düzen arasındaki boşluk siyaset ve özgürlük için imkandır¹². Her insanın yeni bir başlangıç olma kapasitesi özgürlük alametidir¹³. Her insan bambaşkadır ve eylem ile konuşmanın arkasında yatan, her bir kişideki saklı biricikliği açığa çıkarma amacıdır. İnsan, kendisini türünün diğer mensuplarından ayırt eden potansiyelini konuşma ve eylem ile açığa çıkarır. Eylem ve konuşma ile insan türünün çoğul yaşamını edimselleştirir¹⁴. Özgürlük de iradenin yahut yargılama fakültesinin değil eylemin konusudur¹⁵. Bu perspektif özgürlüğün eşitler arası alanda gerçekleştirilen bir performans olarak anlaşılabilirliğine dair şimdiden imalarda bulunur. Eylem kişinin kendisini ortaya çıkarmasıyla alakalı olduğu için hem farklı olunan hem de bu farkı duyacak olan bir başkasına ihtiyaç duyar. İnsan olmak bakımından eşit, kendi biricikliğinin sonucu

¹⁰ Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 37.

¹¹ Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 44, 260.

¹² Vivian Liska, "A Lawless Legacy: Hannah Arendt and Giorgio Agamben" *Hannah Arendt and Law*, ed. Marco Goldoni, Christopher McCorkindale, Hart Publishing, 2012, s. 92.

¹³ Michael A Wilkinson, "Between Freedom and Law: Hannah Arendt on the Promise of Modern Revolution and the Burden of 'The Tradition'", *Hannah Arendt and Law*, ed. Marco Goldoni, Christopher McCorkindale, Hart Publishing, 2012, s. 40.

¹⁴ Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 261.

¹⁵ Wilkinson, "Between Freedom and Law: Hannah Arendt on the Promise of Modern Revolution and the Burden of 'The Tradition'", s. 41 vd.

olarak ise farklı olan kimseler bir araya gelip (kamusal alan) eylediğinde (siyaset), potansiyel haldeki özgürlüğün aktüel-leştiği ifade edilebilir. Yani siyasal olan, homojen bir bizle de-ğil tek tek insanların özgürlüğüyle alakalı görülür.

Peki Arendt özgürlükten ne anlamaktadır? Evvela özgür-lükten maksadı, çoğu vakit aklımızda ilk beliren bir başı boş-luk yahut alternatifler arasından keyfi seçim yapabilme im-kanı değildir. Aslında Arendt'e göre özgürlük felsefi bir me-sele değildir; dış dünyada gözlemlediğimiz nedensellikte ey-lemlerimizden sorumlu olduğumuzu söyleyen içsesimiz ara-sındaki gerilime odaklanmak suretiyle özgürlüğü ele almak insani deneyime dair bir fenomen olan özgürlüğü idrak et-mek bir yana dursun özgürlük anlayışını yok etmek demeye gelir; özgürlük, siyasetin bu bağlamda insanların bir arada yaşamalarının nedenidir ve onun tecrübe edildiği alan ey-lemdir¹⁶. Sonunda ister temaşa isterse de bağışlanma olsun dünyadan ne filozofça ne de Hristiyan'ca el etek çekiş Arendt'in özgürlük anlayışıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla Arendt, insanın tutsaklık şartlarında dahi elinden alınama-yan, ne düşüneceği ve nasıl hissedeceği hususundaki sınır-landırılamayışı ile ilgilenmemektedir. Hatta bu tavrın bir içe kapanış, kamusalıktan ve bu bağlamda özgürlükten kaçış olarak değerlendirilebileceğini ima eder. Bir kişinin yahut ha-nenin etrafını çevreleyip yükselen duvarlar her ne kadar içe-riyi dışarıdaki güçlerden, o güçlerin belirleniminden korur görünse de içerdekinin dışarıya çıkmasını engeller. Dolayısıy-la ötekiyle temas etme olasılığı düştükçe özgürlüğün yahut tersinin deneyimlenme olasılığı da düşer. O, özgürlükle öz-gür iradede farklı olarak bireysel değil sadece kamusal alanda deneyimlenebilecek bir şeyi, siyasi bir mevhumu ima etmektedir.

Özgürlük için Cumhuriyet'in gereksinim olmasının nedeni de bu neviden bir anlayıştır. Sözelimi devrimler çağında an-tikiteden farklı olarak monarşinin de tiranlıkla beraber hedef alınmasının altında yatan, monarkın tiran gibi adil olmayan

¹⁶ Hannah Arendt, "Özgürlük Nedir?", *Geçmişle Gelecek Arasında*, çev. Bahadır Sina Şener, 4. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2012, s. 198 vd.

bir yönetim sergilemesi, kendisini yasalarla bağı görmemesi değil yurttaşları siyasal eylem alanından özel alana sürgün etmesidir¹⁷. Bu değişimin siyasal iktidarın düzenlediği alanların artışıyla birlikte değerlendirilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle toplumsal yaşamın da dönüşmesine bağı olarak yöneticinin yasalara sözde bağılığı keyfiyetin ve/veya adaletsizliğin önünde bir engel olmayabilmektedir. Modernlik koşullarında ne yasa ne hukuk ne de siyasal ve toplumsal yaşam antikitedeki görünümündedir. Dolayısıyla ancak bu farklar eklenip, çıkarıldıktan sonra monarşi de mi hedef alınıyor yoksa monarşi meşruti olabildiği gibi tiranlığı da andırabiliyor, dolayısıyla hedefte yine tiranlık mı var söyleyebiliriz. Fakat burada sadece Arendt'in özgürlükten maksadına erişmeye çalıştığımız için bu tartışma gerekli değildir. Ortaya koyduğu farkla bize anlattığı, kişilerin dahil oldukları bir yönetimin yasalarıyla meşru bir yönetimin mümkün olacağına inanmalarıdır ki buna itiraz etmek mümkün değildir. Bu yönetimin adı cumhuriyettir ve özgürlük için kurulması gerekmektedir.

İkinci özellik özgürlüğün siyasal anlamına içkindir. Temelde iki yanı olduğunu ifade edebiliriz. İlki özgürlüğün kamusal alanla olan ilişkisidir¹⁸. Arendt'in bu esnada aklında Yunan *polisi* ve onun agorası vardır. Hane hayatıyla, kamusal hayatı birbirinden ayıran Arendt, hanenin türün devamına odaklandığını ifade eder. Erkek geçimi temin ederek kadın ise doğum aracılığıyla türün devamını sağlar. Buna karşılık siyaset yapılan kamusal alanda zorunluluklarla meşgul olunmaz diğer bir ifadeyle *polise* ilişkin meselelerin görüldüğü agorada zorunluluk üzere bir arada değildir insanlar. Dolayısıyla eylemin yani özgürlük ediminin gerçekleştirilebileceği zemin kamusal alandır. Yunan *polisi* tam da özgürlüğün bir performans olarak ortaya konulabileceği sahneyi temin edebildiği için Avrupa dillerinde *politik* olanı ifade etmeye yönelik kelime seçimi belleğin muhafazası işlevini görür¹⁹.

Elbette, bu bakış açısı organik dayanışmanın hâkim oldu-

¹⁷ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 169.

¹⁸ Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 68 vd.

¹⁹ Arendt, "Özgürlük Nedir?", s. 209.

ğu modern toplum için sorun teşkil eder. Yahut tersten modern toplumsal yapının yabancılaşmaya daha fazla icbar ettiği, özgürlüğün önünde engel olduğu da ifade edilebilir²⁰. Kamusal alan, bireylerden önce ve sonra var olduğu için özel çıkarlara ilgisizdir, diğer bir deyişle kamusal alanın toplum-sallaşmasıyla yani ekonominin tesiri altına girmesiyle siyaset de gölgede kalmıştır²¹.

Özgürlüğün bir yanı, zorunluluk nedeni olmayan eylemin gerçekleştirilebileceği bir zemin olarak kamusal alana ihtiyaç duymasıdır. Özgürlüğün, siyasal anlamına içkin olan ikinci yanı ise, kişinin ancak kendisiyle denk olanlar arasında yaşayabileceği bir deneyim olarak tarif edilmesidir²². Hane alanında zorunlulukları bertaraf eden eşitler kamusal alanda bir araya gelir. Genelleştirerek ifade edecek olursak kamusal alan içinde kişinin kendisi gibi olanlarla birlikte gerçekleştirilebileceği bir performanstır özgürlük. Tiran özgür değildir zira kendisini hükmeden olarak ortaklığın dışında konumlandığında agorada paylaşılabilecek özgürlük imkânını da dışlamış olur.

Arendt, *Devrim Üzerine* eserinin sonunda Antik Yunan'ın hikmetli vecizelerinden birini, (insan için en güzeli hiç doğmamaktır fakat madem ki doğdun en güzel ikinci şey de bir an evvel ölmektir²³), Sofokles'ten alıntılar ve eserini yaşam

²⁰ Tam da bu bağlamda Arendt'te hayatta kalmaya odaklanmış bir yaşamın ne denli sorun olduğu görülür. Schmitt için bir çeşit ölüm kalım savaşı olan siyaset sanki bir kimlik meselesidir. Onlara karşı biz. Arendt için ise zorunluluklar alarının ötesine geçebilmek gerekmektedir siyasetle uğraşabilmek için. Nitekim Christodoulidis ve Schaap toplumsal ve siyasal ayrımının, Agamben'in zoe/bios ayrımı gibi, Arendt'in eserinde eksen bir ayrım olduğu kanaatindedir. Karakteristik olarak bir yanda gereksinimler, hiyerarşi ve bilinemezlik diğer yanda ise eşitlik, kamusalılık ve çoğulluk bulunur. (Emilios Christodoulidis, Andrew Schaap, "Arendt's Constitutional Question", *Hannah Arendt and Law*, Hart Publishing, 2012, s. 101, 108.) Fakat elbette Schmitt'in Arendt'e yönelik siyaseti ekonominin diliyle anlama hatasına düştüğünü yönelik eleştirisi saklıdır.

²¹ Arendt, "Özgürlük Nedir?", s. 211, 212.

²² Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 38.

²³ Hem Arendt'in hem de çevirmenin aktarışları benim kullandığım halinden farklı olsa da esasa etki eden bir durum yoktur. "Hiç doğmamış olmak, sözcüklere gömülü bütün ananın üstündedir; fakat eğer doğmuşsak, olası en

kandilini yakmak için *polis*'in sunduğu özgür edim alanına muhtaç olduğumuzu, hayatın yükünün ancak böyle taşınabileceğini ifade ederek bitirir. Bu sadece kişinin siyasal alandaki bilfiil etkinliği ile alakalı da değildir. Kişi, eylemiyle kalıcı olabilme, iz bırakabilme imkanına erişir. Bu bağlamda özgürlüğün yaşanacağı bir alan kurmak dünyevi bir ölümsüzlüğe erişmek de demektir.

Özgürlüğün, Arendt'in kuruluş konusundaki görüşlerini anlamak için neden önemli olduğu ya da böyle bir özgürlük anlayışı neticesinde nasıl bir kuruluşun kabul edileceği daha şimdiden sezilebilir. Siyasal olanla özgürlük arasında özdeşliğe yakın bir bağ kuran Arendt, doğal olarak ne yönetmeyi ne yönetilmeyi tasvip edecektir. Hem *Devrim Üzerine*'de tiranın kamusal ortaklıktan kendini dışlayışına hem de *İnsanlık Durumu*'nda *polis*in sadece eşitleri tanıyor oluşuna yaptığı vurgu bunu yeterince ortaya koyar. Burada halk egemenliğinin ve federal ilkenin erken gerekçelerini buluruz. Özgürlüğün *polisten* sonra ve eşitler arası oluşuna önce gelen durum ise hane alanındaki zorunluluklardan kurtulmadır. Modern koşullarda hane alanı topluma denk gelir, geçim zorunlulukları ise toplumsal sorun adını alır. Aşağıda göreceğimiz üzere Arendt, Fransız Devriminin karşılaştığı en büyük güçlüklerden biri olarak bir toplumsal sorun olarak yoksulluktan doğan zorunluluğu görür. Ona göre bu sorun, Fransızların özgürlüğün gerçekleşeceği bir siyasal alan kurma hedefine ket vurmuştur. Zorunluluk gibi öldürücü darbelere karşı çıkma kuruluşun sadece bir yüzüdür. Hayatta kalmanın ötesine geçip yaşadım diyebilenler için kurumlar, kendilerinden önce ve sonra var olanlar olarak ölümsüzlüğe giden yoldur. Bu süreklilik de kuruluşun istikrar ihtiyacı ve bu bağlamda otoritenin Olympos tanrılarına özgü konumuyla anayasal kuruluş konusuna dahil olur.

Özgürleşme (*liberation*) ile özgürlük (*freedom*) arasında ayrıma giden Arendt özgürleşmenin yani yaşamın zorunluluk-

iyi şey erkenden ölmektir", "En güzel kader, hiç doğmamış olmaktır. Buna en yakın olanı da, doğduktan hemen sonra ölmektir." Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 376.

larından kurtulmanın, özgürlüğün bir koşulu olduğunu lakin tek başına özgürlüğü getirmeyeceğini düşünür; insanın özgürlüğü deneyimleyebilmesi için özgürleşmenin ötesinde kendisine eşlik edecek kimselere bu birlikteliğin deneyimleneceği kamusal alana ihtiyacı vardır²⁴. Özgürleşme engellenmeyişi (*liberty*) ima eden negatif bir durumdur bu yüzden tek tek özgürlükler, serbestlikler değil genel olarak pozitif anlamda özgürlük devrimlerin amacıdır, isyanlar özgürleşme devrimler ise özgürlük kurma hedefindedir²⁵. Baskıdan kurtulmak, hareketin önündeki engelleri bertaraf etmek bir adalet talebi olarak monarşilere karşı da ileri sürülüp belirli ölçüde tatmin olunabilir bir taleptir lakin siyasi bir yaşama biçimi olarak özgürlük ancak yeni bir yönetim şekline kavuşmakla, cumhuriyetin kurulmasıyla mümkün olabilir²⁶.

3.3. Anayasal Kuruluş

3.3.1. Genel Olarak

Anayasa da kendini bu fikir bağlamında açığa çıkarır. Liberal anlayışa mesafeli olmak hususunda Arendt de Schmitt ile aynı konumdadır. Liberaller, anayasayı kişi özgürlükleri lehine devletin sınırlandırılması olarak görürken, ona göre anayasa (*constitution*) yani teşkilat-ı esasiye, iktidarın teşkilatlanması (*constitution of power*) diğer bir ifadeyle siyasi özgürlüğün kurulması (*constitution of political freedom*) demektir²⁷. Anayasa, tiranik bağlardan özgürleşme değil, ortak bir hukuk yaratmaktır²⁸.

Anayasal yönetimin köken anlamının sınırlı yönetim demek olduğunu düşünen Arendt'e göre sınırlı yönetim kendi başına devrimci değildir ve bu özelliğine paralel olarak anayasalarda güvence altına alınan temel haklar da, ki vergilen-

²⁴ Arendt, "Özgürlük Nedir?", s. 202.

²⁵ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 35-39, 187.

²⁶ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 40.

²⁷ James Muldoon, "Arendt's Revolutionary Constitutionalism: Between Constituent Power and Constitutional Form", *Constellations*, 2015, s. 4.

²⁸ Wilkinson, "Between Freedom and Law: Hannah Arendt on the Promise of Modern Revolution and the Burden of 'The Tradition'", s. 43.

dirme maksadıyla tanınan, sonradan seçme hakkı olarak görünüm kazanan temsil hakkını da dışarıda tutmaz, esas itibarıyla sınırlı yönetim anlayışıyla uyumlu olarak kişiyi yönetimin istismarından korur, yönetimden pay sahibi yapmaz²⁹. Bu yüzden Arendt'in anayasa yapımı için tarif ettiği üç yoldan³⁰, İngiltere örneğindeki gibi tarihsel gelişimin neticesi olarak, devrimci olmayan hükümet kararıyla nihayet halkın yeni bir düzen kurma yönündeki müzakeresi neticesinde, sadece sonuncusu kuruluş için, devrimci anayasa yapımı için örnek teşkil eder. Elbette burada gerilim hükümetin anayasası ile halkın hükümet kurduğu anayasa arasındaki farktır. İngiliz deneyimi tarih sahnesindeki bir örnek olarak sayılmıştır sadece. Arendt'e göre I. Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'da kurulan uzman anayasaları gibi, halk tarafından kurulmayan anayasalar, teknik olarak başarılı metinler olsalar dahi iktidar ve otorite bağlamında sorun yaşamak durumundadır. Görünüşte kalan bu anayasalardan farklı olarak Amerikan Devrimi kurucu meclislere, yerel toplantılara tam da bu yüzden ehemmiyet vermiştir; on üç koloninin yerel kongreleri pekâlâ sınırlandırılmış eyalet yönetimleri tesis edebilecek olsa da halkın anayasayı kendine mal edebilmesi için küçük ölçekte bir dizi toplantının tertibi gerekmiştir³¹. Anayasada (*constitution*) saklı olan kurma eylemi (*act of constituting*) ancak bu suretle açığa çıkabilmiştir. Diğer bir ifadeyle Amerikan Devrimi en az iktidarın nasıl sınırlandırılacağı kadar yeni bir iktidarın nasıl kurulacağı ile de meşgul olmuştur. Dolayısıyla iktidar ve anayasa ilişkisi negatif (sınırlandırma) değil pozitif (düzenlenme) kurulmuştur.

İktidarın aşağıdan oluşmasını, eyaletlerin ulusal yönetime teslim olmamasını bu bağlamda egemenliğin cumhuriyetin siyasal yapısından dışlanması Arendt, Amerika'nın en büyük siyasi buluşu olarak niteler³². Dikkat çekici bir husus, otorite bahsini tartışırken bu kez Madison'ın, yargısal denetimin

²⁹ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 188.

³⁰ Bkz. Muldoon, "Arendt's Revolutionary Constitutionalism: Between Constituent Power and Constitutional Form", s. 3.

³¹ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 191.

³² Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 203.

Amerika'nın yönetim bilimine yegâne katkısı olduğu yönündeki ifadesini paylaşmasıdır³³. Amerika'nın farkını ortaya koymaya yönelik bu iki hususu birleştirecek olan kavram kolaylıkla fark edileceği üzere anayasal yönetimdir. *Devrim Üzerine* eserinin genelinde, Amerika'nın hiç değilse belirli bir aşamaya kadar ve diğer örneklerle nispeten özgürlüğün anayasal kuruluşunu, anayasal yönetimi gerçekleştirdiği imasını taşır. Peki nasıl olmuştur da Amerika kuruluşu gerçekleştirmiştir? Arendt bu soruyu Fransız ve Amerikan devrimlerini karşılaştırarak cevaplar. Bu bağlamda özellikle üzerinde durulması gereken iki başlık ise; iktidarın oluşumunu anlatan federal ilke ve yasaların insanların üzerinde olmasını sağlayan otorite bahisleridir.

3.3.2. Federal İlke ve Kurucu İktidar

Anayasal kuruluşun iki ayağından biri olan federal ilke, iktidarın oluşmasına dairdir ve bize iki şey anlatır: Birincisi iktidar ile yasanın kaynağının farklı olması gereği ve bu bağlamda yasanın kaynağı olarak milli egemenlik anlayışına paralel şekilde genel iradenin anlaşılmasının yol açtığı sıkıntılardır. İkincisi ise anayasanın yani esas teşkilatın, halkın teşkilatlanması olduğu yani öz yönetim gerekli olduğudur.

3.3.2.1. Genel İrade Sorunu

Fransız ve Amerikan devrimleri arasındaki tarihsel farkın, birinin mutlakıyetçi diğerinin ise sınırlı monarşi yani anayasal yönetim mirasıyla yola başlaması olduğunu ifade eden Arendt, bu belirlenimi destekler şekilde Fransız kurucu meclislerinin aksine Birleşik Devletler anayasasını hazırlayanların fail neden olma hususunda muvaffak olduklarını, Amerikan anayasasını hazırlayanların kurucu iktidar olarak algılandığını, bu algının gereğini yapabildiğini ifade eder³⁴. Diğer bir deyişle ona göre her ne kadar kurucu iktidar teorisi Fransa'da icat edilse de icrası Amerika'da gerçekleşmiştir.

Arendt, Fransa'da anlaşıldığı haliyle kurucu iktidar kur-

³³ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 268.

³⁴ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 206, 219.

gusunda temelde üç sorun görür: Mutlak başlangıç öngörmesi veya mutlak olana dayanması, kurucu iktidarın doğa durumunda kalmasının keyfiyete yol açması ve nihayetinde çokluğu kaldıran, diktatörlüğe mahal veren iradeci anlayış³⁵. Buna karşılık Amerika'da ise federal ilkenin tesisi ve iktidar ile hukukun ayrı kaynaklarının olması kuruluşun başarılı gerçekleşmesini sağlamıştır. İlki iktidarın halka dayanmasını ikincisi ise hukukun otorite konumunda olmasını temin etmiştir.

Arendt'e göre Amerika Devrimini gerçekleştirenler için düşey ve yatay erkler ayrılığını temin etmenin son derece önem arz edilen bir konu olmasına karşılık Fransa'da yeni anayasa sorununa tanrı-kralın yerine ulusu koymaktan öte bir çözüm önerilmemiştir³⁶. Yukarıda Schmitt'in de tartıştığı ve genel olarak da bilindiği üzere krallık kurumunu mutlaklaştıran monarşik ilkeye göre, monark yasanın ve iktidarın yanılmaz kaynağı olarak Tanrı'nın yeryüzündeki temsilcisidir. Rousseau'nun genel irade adını verdiği ulus, Sieyès'in kurucu iktidar teorisiyle yasal düzenin, Arendt'in terminolojisiyle hukuk ve iktidarın, yeni yanılmaz kaynağı olarak görülmüştür. Burada dikkat çeken husus hukukun ve iktidarın aynı kaynaktan çıkması ve bu kaynağın irade olmasıdır. Zira Amerikan devriminde de iktidarın kaynağı halktır fakat hukukun kaynağı anayasadır ve her iki alanda da genel iradenin önelliğine yer yoktur yani ne halk ulusa dönüşmüştür ne de yorumlanıp, değiştirilebilir bir metin olsa da yazılmış olan anayasa, iradelerin takdirine terk edilmiştir.

Ulus egemenliği ve kurucu iktidar teorisi otorite kaybının telafisine yönelik bir girişimdir. Tanrı'nın inayetinin siyasi ve hukuki alandan çekilmesinden sonra yönetim ve yasalar nasıl adil olacak? Yasalar nasıl özgürlüğü gerçekleştiren düzenlemeler olacak? Yasalara neden inanalım? Çünkü yasaların ve iktidarın kaynağında ulusun yanılmaz genel iradesi vardır, bu yasalarla kurulmuş olan iktidarlara söz konusu iradenin araçlarından ibarettir. Dolayısıyla yetkileri sınırlı, amacı belir-

³⁵ Muldoon, "Arendt's Revolutionary Constitutionalism: Between Constituent Power and Constitutional Form", s. 4, 5.

³⁶ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 207 vd.

lidir. Kurucu iktidar ise herhangi bir sınırlamaya tabi değildir, bilakis doğa durumundadır ve tüm yasaların kaynağıdır. Böylece, kurulmuş-kurucu iktidar farkının ortaya konmasıyla iktidarın neden meşru olduğu da yasaların hangi üst norma tabi olarak çıkarılacağı da gösterilmiş olur.

Fakat Siey s'in, ayrıcalıklılara karşı anayasayı kuracak olan iktidarın ulus olduğunu söylemesi her ne kadar kulağa hoş gelse de sınırlandırılacak bir monarkın yokluğunda kendinden menkul egemen ulus fikri sadece istikrarsızlığın kaynağı olabilme potansiyelindedir. Zira uygulamada kendisini Tanrı'nın temsilcisi, yanılmaz iradesinin yürütücüsü olarak sunan bir kimseyle ulusun temsilcisi, yanılmaz iradesinin yürütücüsü olarak sunan arasında bir fark yoktur. Dahası ilkinin Tanrı benim demeye ne kadar ihtiyacı yoksa diğ rinin de devlet benim demesinin önünde bir engel yoktur, ki Napolyon tam olarak ben kurucu iktidarım demiştir. Devlet başkanı bu formülde çok çabuk ulusun iradesinin ne olduğunu tek başına bilen siyasi bir k hin olmaktadır. Doğa durumunda kalan, biçimsiz genel/milli irade manipülasyona açıktır³⁷. Egemen ulusu temsil eden ister bir kişi ister parlamento olsun, temsil ve egemenlik fikri siyasetin ve hukukun üstünlüğünün önünde engeldir³⁸. Nitekim Schmitt'in eleştirisinde bu sonucu teyit etmiştik.

Kurucu iktidara referans vererek devlet başkanının hukuk aşırı yürütme faaliyetinde bulunması anayasanın bir yanını "biz neyiz?" sorusunun cevaplandığı yanını anlamsız kılar. Biçimsiz, form almamış kurucu iktidar homojen bir ulus olarak formüle edildiğinde "Biz kimiz?" sorusunu cevaplayan ikinci yan da sorunlu hale gelir. Milli egemenlik, ulus egemenliğı bağlamında genel iradenin yasanın kaynağı olarak görülmesi durumunda halk homojen algılandığı fakat aslen birden fazla gruptan müteşekkil olduğı için etnik nefrete ve gruplar arasında iletişimsizliğı, anayasal sorunların zora baş-

³⁷ William E. Scheuerman, "Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt: 10, Sayı: 1, 1997, s. 151.

³⁸ Andrew Arato, Jean Cohen, "Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt", *Constellations*, cilt: 16, sayı: 2, 2009, s. 308.

vurarak çözülmesine ve dahası azınlıklar için asimilasyon, göç, yurttaşlıktan çıkarılma vb. sorunlara yol açar³⁹. Hatırlanacağı üzere anayasanın paradoksu olarak, anayasanın halk tarafından yapıldığını fakat halkın kim olduğunu da anayasanın söylediğini ifade etmiştik. Arendt'in veçhesinden konuya bakıldığında Fransız geleneği paradoksun iki yanında da başarısız olmuştur.

Temsil sorunu bir yana tek başına, iradeyi bir kaynak olarak görmek de istikrarsızlığa davetiye çıkarmak, kurumsallaşamamaktır. Dayanak irade olduğunda doğal olarak onun gelecekte herhangi bir şeyle sınırlanması düşünülemez fakat yasalar ve kurumlar zaten birer sınırdır ve özgürlük Arendt'in anladığı gibi, eşitler arasında ve onlarca izlenebilecek bir performans değil de özgür iradenin seçimi olarak algılandığında özgürlük sınır tanımayacağından eşitlerin karşılıklı kabulüne dayanan sınırlar eliyle meydana çıkacak kurumlar oluşturmak mümkün olmadığı gibi bir kesimin özgürlüğü ancak diğerlerinin aleyhine mümkün olabilir, ki bu aşamada özgürlük egemenlikle özdeş algılanır⁴⁰. Sorumsuz iradenin nihayeti olarak egemenlik, sınır kabul etmeyen bir tahakküm söylemine sahiptir⁴¹. İktidarın ve hukukun nihai ve sınırsız kaynağı soyut ve homojen ulus olduğu için onun sözde iradesine karşı gelenleri zor uygulayarak bertaraf etmek mübah hatta görev olarak görülür ve bu yöndeki pratikler olağanlaşır⁴².

Bu perspektiften çoğulluk bir sorundur, kuruluş homojen siyasi birliğin egemen olduğunun alameti olan kararına dayanırken, Arendt göre ise çoğulluk olmadan özgürlük deneyimi de mümkün olmaz. Çoğulluk siyasi yaşamın koşulu-
dur⁴³. Kişi özgür eylemiyle kendisini "ortaya" koyar; kendisinden farklı olanların seyrine sunar.

³⁹ Volk, "From Nomos to Lex: Hannah Arendt on Law, Politics, and Order", s. 762.

⁴⁰ Arendt, "Özgürlük Nedir?", s. 222.

⁴¹ Arato, Cohen, "Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt", s. 307.

⁴² Keith Breen, "Law beyond Command? An Evaluation of Arendt's Understanding of Law", *Hannah Arendt and Law*, Hart Publishing, 2012, s. 20.

⁴³ Wilkinson, "Between Freedom and Law: Hannah Arendt on the Promise of Modern Revolution and the Burden of 'The Tradition'" s. 37 vd.

Genel iradenin iktidar oluşturamama sorununa ilaveten iradeyi hukuk kaynağı olarak görmek de sorundur zira irade doğası gereği değişim arz eder ve yasad n beklenen sabitliği, sürekliliği yerine getiremez. Nitekim Arendt'e göre Amerikalılar, hukukun kaynağı olarak iradeyi değil anayasayı kabul etmesi sayesinde iradenin durmadan değişen doğasından sakınıp sürekliliği temin edebilmiřtir⁴⁴.

İki farklı anlayış Arendt'in satırlarında karşı karşıya gelir. Bir yanda özgürlüğü ancak eşitler arasında, kamusal alanda gerçekleştirilebilecek bir performans olarak gören gelenek diğer yanda ise özgürlükten iradenin tercihini anlayanlar. Birincisi için öteki ne kadar gerekli ise ikincisi için öteki iradesini kabul edecek olan bir şey olarak o kadar fazlalıktır. Arendt, bu ikinci geleneğin tutarlı bir şekilde iktidarı ötekinin iradesini etkileyebilme, yasayı ise emir/buyruk olarak anlamlandırdığını belirtir fakat en az bu kesim kadar eski olan ilk gelenek ise iktidarı egemenlikle, yasayı buyrukla  zdeřleřtirmez⁴⁵ ve Arendt'e göre yasayı emir/buyruk olarak algılamak yanlığıdır zira iktidar m tekaliliyetle oluşurken, yasalar anlaşmaların, söz vermelerin hukuki ifadeleridir⁴⁶. Kaldı ki yasanın yahut hukukun emir olarak algılanması zaten egemen-uyruk, yöneten-yönetilen ayrımlarını varsayar⁴⁷. Diğer bir ifadeyle siyaseti yöneten-yönetilen ayrımına dayanarak kavramsallaştırmak, aynı ölçüde yanlış olan "zorlama olarak hukuk" kavrayışına yol a ar⁴⁸. İradenin tek i, temsile muhtaç, şedit, siyaset karşıtı, keyfi ve istikrarsız doğası düzen ve istikrar ile uyumsuzdur, kendini yasallığın yegane kaynağı olarak gören egemen genel irade kendisini sınırlayacak hiçbir hukuku tanımaz ve bunun sonucunda anayasal bir düzene kaynaklık edemez⁴⁹. Diğer bir

⁴⁴ Scheuerman, "Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt", s. 154.

⁴⁵ Arendt, *şiddet üzerine*, s. 46-50.

⁴⁶ Volk, "From Nomos to Lex: Hannah Arendt on Law, Politics, and Order", s. 775.

⁴⁷ Wilkinson, "Between Freedom and Law: Hannah Arendt on the Promise of Modern Revolution and the Burden of 'The Tradition'", s. 36.

⁴⁸ Breen, "Law Beyond Command? An Evaluation of Arendt's Understanding of Law" s. 16.

⁴⁹ Kalyvas, "From Act to Decision: Hannah Arendt and the Question of Decisionism", s. 326, 329.

ifadeyle iradeci anlayışta hukukun kendisinden beklenen özgürlük için alan açma işlevini yerine getirmesi mümkün değildir çünkü hukukun ile iktidarın kaynağı ayrılmazken, kaynak olarak işaret edilen ulusu/kurucu iktidarı genelliği bağlamında soyut, manipüle edilebilir, temsile konu olamayan, homojen iradeciliği bağlamında sınır tanımaz, günden güne değişim gösteren karşılıklılaşmaya dayalı bağlarla değil isteğini gerçekleştirmeye yönelik buyruklarla iş gören bir fenomen olarak ele alır. Böyle bir kurucu iktidar da ne iktidar ne hukuk kurma hususunda muvaffak olabilir.

Nitekim Fransız Devrimi'nde olan, Kilise'nin itibarını yitirşinin akabinde otorite sorununu eski düşünme biçimini tamamen terk etmeksizin Tanrı'yı ikame etmesi için ulus adında bir egemen yaratarak iktidarın ve hukukun kaynağının aynı yerde aranmasıdır. Aşağıda, otorite bahsini ele alırken bu konuyu hukukun üstünlüğü meselesiyle ilişkisi bağlamında da değerlendireceğiz. Federal ilke bağlamında şimdi üzerinde durmamız gereken iktidarın kaynağı konusudur. Genel irade sorununda daha ziyade Fransız geleneğine yönelik eleştirilere yer verilmişti. Otorite bahsinde yasanın kaynağına aşağıda ise iktidarın kaynağına dair açıklamalara değineceğiz.

3.3.2.2. İktidarın Kaynağı, Oluşumu

Federal ilke bakımından Fransız deneyiminin sorunu kamunun tasfiyesidir. Devrimin başında faal olan kulüp ve dernekler başlangıçta olması gerektiği gibi anayasanın dayanağı olarak görülürken kamusuz bir cumhuriyetin, özel çıkarların yıpratıcılığı karşısında bir çözüm olarak görülmesi gerekçeyle süreç içinde yasaklanmıştır⁵⁰. Bunun sonucu halk ile iktidarın ilişkisinin kesilmesidir. Burada dikkat etmemiz gereken husus Arendt için iktidarın halka dayanmasının tek anlamının halkın ihtiyaçlarıyla paralel bir kuruluşun gerçekleşmesi değil aynı zamanda en az bunun kadar önemli olan yurttaşların bilfiil siyasete katılımlarıdır. Yurttaşların siyasi katılımları olmadan özgürlüğü deneyimlemeleri mümkün

⁵⁰ Sezer, "Hannah Arendt", s. 659.

olmadığı gibi, söz konusu katılım eksikliğinde anayasanın ne başarılı bir şekilde kurulması ne de sadece kurumlarla ayakta kalması mümkündür. Nitekim Arendt'e göre Fransa'da kurucu meclis halka dayanmadığı için kurucu iktidar otoritesini elinde tutamadığı gibi, kendisi anayasadan önce var olduğu için hiçbir zaman da anayasal hale gelememiş ve ardı arkası kesilmeyen anayasalarla, sürekli değişen genel irade bataklığı üzerine yeni bir düzen inşa etmek mümkün olmamıştır⁵¹.

Arendt Fransa'daki temel sorunu iktidarın ve hukukun kaynağını aynı adreste aramakta görürken federal ilke olarak ifade ettiği düşey erkler ayrılığının Amerika'da anayasayı hazırlayanların kurucu iktidara sahip olup olmadıkları hususunda herhangi bir şüphenin olmamasını sağladığı kanaatinde⁵². Kurucu Babalar, eyaletlerin anayasalarını hazırlamasını bir sorun olarak görmemiş, kasaba meclisleri halk egemenliğine dayalı kurucu iktidarın bilfiil eylendiği bir alan olmuştur.

Aşağıda daha detaylı olarak göreceğimiz üzere Arendt Roma ile Amerika arasında bir paralellik bulmuştur. Federal ilke bağlamında da bu paralelliğin Romalı, "İktidar konutu halkındır." ilkesinin Amerika'da kabul görmesiyle sürdüğünü de ifade etmiştir. Fakat kendisi açıkça ifade etmese de bu alanda gördüğü tek ortaklık bundan ibaret değildir. Roma şehri Roma Cumhuriyetinin arketipi, kökenörneği niteliğindedir ve Senato'nun otoriter rehberliğinde, Cumhuriyetin yapageldiği şey nihayetinde Roma şehrini çoğaltmaktır; cumhuriyet sınırlarına dahil olan her yeri Romalaştırmaktır. Bu durum Arendt için kuruluşun ikinci aşamasıyla yani otorite yahut hukukun kaynağı meselesiyle ilgilidir. Federal ilke ise onun şemasında, kuruluşun ilk aşamasıyla, iktidarın kaynağına dairdir. Arendt esasında federal ilkeyi de bir kökenörneğe dayanarak anlatmaktadır. Bu örnek kıtaya ilk göçen Pilgrimler'dir. Hacılardan müteşekkil bu topluluk yeni bir Kilise kurma amacını gerçekleştirmek üzere, Kraliyet'in izniyle halihazırda kurulmuş olan Virginia kolonisine doğru yelken

⁵¹ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 216 vd.

⁵² Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 219 vd.

açmalarına karşılık, Virginia şirketinin kontrolündeki izin verilen bu bölge yerine, daha kuzeye bugünkü Plymouth şehrinin olduğu Massachusett'e çıkmışlardır. Tıpkı Roma'nın kuruluşundaki gibi bir deniz yolculuğu akabinde kurulan koloni, gemide hazırlanmış ve karada imzalanmış bir anlaşmaya dayanmaktadır. Bu anlaşmayla kurulan iktidarın tek dayanağı "Tanrı'nın huzurunda, birbirlerine karşı" verdiklerini ifade ettikleri sözdür. Gemi metaforunun Batı siyaset tarihindeki serencamına uzun uzadıya dalmadan Arendt'in göstermek istediği şudur: Burada bir anlaşma vardır ve anlaşma topluluğu oluşturan taraflar arasındadır, ne kaptanın talimatı ne tayfanın hazırlığı ne de tabakalar arasındaki bir mücadele söz konusudur. Hiçbir kurulu yapıya dayanmadan, sadece birbirlerine verdikleri söze dayanarak ilk koloniyi kuranlar bu tavırlarını sürdürmüşlerdir ve bu pratikleri herhangi bir mutlağa referans vermeden, bir kurgudan destek almadan inşa ettikleri kurumların arkasındaki federal ilkeyi ihtiva etmiştir. Amerikan Devrimindeki iktidarın kaynağı olan ilkenin yaslandığı geleneğin ilk örneği bu deneyimdir.

Daha doğrudan söyleyecek olursak Arendt, toplum sözleşmesinin kurgusal niteliğine karşı çıkmakta, yaşantıya önem atfetmektedir. Kurucu Babaların kuramcılara yaptığı atıflardan önemlisi, yukarıda anılan yerleşimcilerin tavrının bir gelenek haline gelmesi ve ilkeye yükselmesidir. Ona göre bu deneyimde olan, karşılıklı sözleşme aracılığıyla iktidarın kurulmasıdır. Şayet anlaşarak değil de yönetime rıza göstererek kuruluş söz konusu olsaydı, iktidarın tekelleşmesi anlamında mutlak yönetim ilkesinin ve ulus adında bir bütün haline gelip temsille siyaseten var olmayı gerektiren milliyetçi ilkenin nüveleri atılmış olacaktı⁵³.

Bilindiği üzere aslında her iki devrim de iktidarın halka dayandığını iddia etmiştir. Fakat Arendt'e göre Fransa'daki halk, *le peuple*, ile Amerika'daki halk, *populus*, arasında fark vardır. Fransa'daki halk siyasal alanın dışındadır, kurulu hiçbir yapının şiddetinden kurtulamayacağı bir kaynaktır. Kaldı ki bizzat kurulu yapılar halkın doğa hali içinde kalmasının

⁵³ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 226-232.

sorumlusu olarak görülebilir zira bu kurumlar siyasi bir özne olarak bireyin eyleyebileceği kamusal alanın kurumları olmaktan ziyade ayrıcalıklı olmakla katılım gösterilebilecek, kamusal meselelerin görüşüldüğü değil özel çıkarların temsil edildiği alanlar olmuştur. Bunun sonucu olarak da ulus doğa hali içinde kalmıştır. Devrim aşamasına gelindiğinde ise bu siyaset öncesi doğal güç, iktidar değil şiddet kaynağı olmuştur⁵⁴. Devrime de eski kurumlara davrandığından farklı muamele etmemiş, yıkıcı bir etki sunmuştur.

Buna karşılık Amerika'da yukarıda andığımız geleneğin tesiriyle bir yönetim biçimine can verebilmek mümkün olmuştur. Arendt'e göre bu gelenekte deneyimlenen iktidarın hakiki anlamıdır. Ona göre,

"İnsanın söz verebilme ve tutabilme yetisinde, onun dünya inşa etme becerisinin bir unsuru vardır...İktidar yalnızca, insanların karşılıklı ilişkide oldukları ve söz vererek/söz tutarak bir kuruluş eyleminde birleştikleri dünyevi bir-arada-oluş anına hasredilen yegâne insani girişimdir."⁵⁵

Arendt için iktidar, insanların birbirlerine bağlanabilme potansiyellerinden doğar. Onun için tek başımayken kuvvetli olabilir fakat ancak bir eylemi gerçekleştirmek adına diğerleriyle bir araya geldiğinde ortaya çıkan ilişki iktidara varlık kazandırır. Aramızdaki bağ çözüldüğünde iktidar da ortadan kalkar. Yani iktidarın hakiki anlamı karşılıklı güvene dayanan bir ilişkidir, bunun olmadığı yerde zorlama bir rıza sonucu bu ilişki temin edilse dahi meşru değil zorbacadır. Amerikalıların federal ilke ile gerçekleştirdikleri de bu olmuştur. Kurulu siyasi topluluklar düşey erkler ayrılığının temin ettiği öz yönetim sayesinde kendi kimliklerini kaybetmeden üst bir birlik oluşturabilmişlerdir.

Karşılıklı söz verme/tutma sayesinde ortaya çıkan iktidar, gerçek anlamda *potestas in populos* yani halka dayanan iktidar olmuştur. Fakat Roma'nın yeniden doğuşunun tamamlana-

⁵⁴ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 241-244.

⁵⁵ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 235.

bilmesi için, *senatus populusque Romanus* nişanında eksik olan *auctoritas in senatus* unsurunun da eklenmesi gerekmiştir; öz-gürlüğün anayasal kuruluşu sadece iktidarın değil otoritenin de kurulmasıyla mümkün olabilmektedir. Diğer bir ifadeyle ancak kuruluş eylemine dayanan otorite, fani insanların kalıcılık ve süreklilik ihtiyaçlarını karşılayabilmektedir; otoritesizlik yerçekimsiz bir dünyaya denk gelir, üzerindeki şeyleri sabit kılacak, onları anlamlı bir bütün halinde tutacak herhangi bir ölçütün olmadığı yer güvenilir olmaktan da çıkmıştır⁵⁶.

3.3.3. Otorite ve Kurucu İktidar

3.3.3.1. Otorite ve Anayasallık

Karşılıklı söz verme, bir iktidar yapısı oluşturmak için kâfi fakat anlaşmanın sonuçlarını sürekli kılmak için doğası gereği yetersizdir. Bu söz veren tarafların kendisi için böyledir fakat onlardan çok bu kurumlarla yaşayacak sonraki nesiller için geçerlidir. Söz ile kurulan yapının onunla yaşayacak kimseler nezdinde meşru ve onların üzerinde olması gerekir. Bu sayede kişiler değil yasa yönetebilir. Hukuk, her yeni doğan karşısında tehlikeye düşen müşterek dünyanın kalıcılığını⁵⁷, sürekliliği temin eder⁵⁸. Toplumsal yaşamda istikrarın, sürekliliğin olması hukuki alanın otonomisine bağlıdır⁵⁹. Hukukun bunu yapabilmesi için otoriteyi haiz olması gerekir.

“Şüphesiz yasalar, fiili varlıklarını halkın iktidarına ve yasa-
ma organlarındaki temsilcilerine borçluydular; fakat bu temsilci-
ler, söz konusu yasaların otorite sayılmaları, azınlık ve çoğun-
lukça ya da şimdiki ve sonraki kuşaklarca geçerli kabul edilmele-
ri için türetilmesi gereken yer olarak üstün normu da aynı anda

⁵⁶ Hannah Arendt, “Otorite Nedir?”, *Geçmişle Gelecek Arasında*, çev. çev. Bahadır Sina Şener, 4. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2012, s. 132.

⁵⁷ Hannah Arendt, “The Great Tradition: Law and Power”, *Social Research*, Cilt: 74, Sayı: 3 s. 716.

⁵⁸ Chris McCorkindale, Marco Goldoni, “Introduction”, *Hannah Arendt and Law*, Hart Publishing, 2012, s. 6.

⁵⁹ Volk, “From Nomos to Lex: Hannah Arendt on Law, Politics, and Order”, s. 773.

temsil edemezlerdi. Dolayısıyla yeni bir hukuk düzeni kurma görevi...Fransa'da olduğu kadar Amerika'da da bir mutlakiyet ihtiyacı doğurmuştu. Böyle bir ihtiyacın...benzer saçmalıklara götürmemesinin tek sebebi ise, iktidarın kökeni (yani aşağıdan, halkın "tabanından" gelen köken) ile yasanın kaynağının (yani "yukarıda", bir tür üst ve aşkın mevkide konumlanan kaynağı) açıkça ve kesin bir şekilde birbirinden ayrılmalarydı.⁶⁰

Yasaların insanları yönetebilmesinin koşulu, hukuk yasalarının ilahi yasalar gibi algılanmasıdır; böyle bir algının neticesinde hukuk yasaları sanki birer doğa yasasıymış gibi toplum hayatında etkin olur. Fakat kurucu iktidar teorisinin Fransa'daki anlaşılması ve uygulanışı, her ne kadar kurulmuş iktidarlara kurucu iktidar karşısında ikincilleştirse de yasayı otorite konumuna taşıyamamıştır. Bu tek başına temsil sorunuyla ilgili değildir. Anayasa yapabilme potansiyelinin iki unsurundan sadece birisi, iktidarın halka dayanması, temsil sorununa ilişkindir. İkinci unsur bu iktidarın kendisinin anayasal olması gereğidir. Otorite meselesi tam olarak bu ikinci unsurla ilişkilidir. Arendt'e göre bunun başarılabilmesinin yolu iktidar ile yasanın kaynağının ayrılmasıdır; çünkü bir cumhuriyette iktidar halka dayanır fakat iktidarın ve yasanın kaynağı ayrılmadığında diğer bir ifadeyle yasanın kaynağı insanların üzerinde konumlandırılmadığında, Fransa'daki gibi sürekli yeni yasalar çıkarılır ve devrimin elinde anayasa değil sanki henüz çıkarılmamış gibi kolaylıkla kaldırılabilen talimatlar ve yönetmelikler kalır; değil mi ki genel iradenin tıpkı Tanrı gibi bir yasa meydana getirebilmesi için bunu istemesi kafidir doğal olarak isteği bu yöndeysen hemen yarın başka bir yasa meydana getirebilir⁶¹. Tabiri caizse kurulmuş iktidarlara hizada tutması beklenen kurucu iktidarın kendisi kural tanımadığında, "elde sütü mayalayacak yoğurt yok" demek gerekir.

Söz konusu anayasallığı temini noktasında, tahmin edileceği üzere, Arendt Amerikan Devrimi'nin Fransızları geride bıraktığı kanaatindedir. Bu aşamada Amerikalıların Anayasa-

⁶⁰ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 245, 246.

⁶¹ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 246

larına bir din edasıyla⁶² bağlanışlarını ve anayasanın cisimleşmiş hali, cumhuriyette payına otoritenin düştüğü Yüksek Mahkeme'yi dikkate almak gerekir. Fakat anayasal kuruluşun temini noktasında hukuki otorite olarak anayasa ve Yüksek Mahkeme'nin rolünü incelemeden evvel Arendt'in otorite ile maksadının ne olduğuna daha yakından bakmak isabetli olacaktır.

Evvela otorite ne zora ne de iknaya müracaat eder çünkü iknanın geçerli olabileceği eşitler arası bir ilişki olmadığı gibi otorite makamının üstün pozisyonunu güçle, zorla temin etmesi durumu da söz konusu değildir; otoriter bir ilişkide iki taraf da hiyerarşik konum alışı kabul eder, meşru bulur⁶³. Tek seferde ifade edecek olursak otoriter bir ilişki meşru bir hiyerarşidir. Siyaset öncesi alanlardan örneklendirecek olursak ebeveynlerle çocuk, doktor ile hasta, öğretmen ile öğrenci eşleşmelerinde ikinciler birincilere tabidir. Bir hasta doktorun rehberliğini gönüllü olarak kabul eder; hastalıkla nasıl mücadele edileceği hususunda iki taraf eşit değildir. Dolayısıyla otoritenin iki özelliği olduğunu söyleyebiliriz. Birincisi konum olarak yukarıda yer almasıdır. İkincisi konumunun meşru addedilmesidir.

Anayasal kuruluş bağlamında konuyu değerlendirme aşamasına geldiğimizde ise hem *Devrim Üzerine* hem de *Otorite Nedir?* metinleri aynı adresi, Roma'yı işaret etmektedir. Zira Arendt, Yunanların otorite ihtiyacını keşfetmesine ve Platon ve Aristoteles'in bu ihtiyacı karşılamak için felsefi teşebbüslerde bulunmasına rağmen kurumsal olarak bunu başarabilmiş adres olarak Roma'yı gördüğü gibi Amerikan dev-

⁶² Arendt, bilindiği üzere siyaseti insani maslahat alanında değerlendirmektedir ve dini vurgulardan imtina etmektedir. Buna ilaveten anayasal kuruluş hususunda Amerika'nın farkını ortaya koyarken bilhassa bu duruma dikkat etmekte ve anayasanın bir din gibi işlev gördüğü algısından sakınmaktadır. Ona göre Amerikalıların anayasalarına dini yaklaşımından bahsedilecekse bu konudaki bağlılıklar Hristiyanların tecelli etmiş Tanrılarına yahut Musevilerin yasa koyucu Tanrılarına yönelik tabiiyetlerine değil Romalıların kendi tarihlerini başlatan ebedi Roma kentinin kuruluşuna yakındır. Yani bağlanış biçimleri dinlere benzese de bağlandıkları nesne bambaşkadır. (Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 266)

⁶³ Arendt, "Otorite Nedir?", s. 129.

rimini de *magnus ab integra saeculorum nascitur ordo* yani "Çağların büyük döngüsü yeniden doğmaktadır." diye karşılarken ima ettiği, devrimin Roma modelini örnek aldığı Roma'da ve Amerika'da aynı ilkenin tecelli ettiğiidir. Dolayısıyla anayasal kuruluş ve otorite ilişkisini anlayabilmemiz için Roma deneyimine daha yakından bakılması gerekmektedir.

Daha önce Pilgrimlerin karşılıklı söz vermeyeyle iktidarı oluşturuşlarının Arendt'in nazarında kökenörnek olarak algılandığı ifade edilmişti. Benzer bir durum Roma'nın kuruluşu için de geçerlidir fakat bu Roma'nın kuruluşunu başka yerlerde de yinelemekten ziyade kentin kuruluşunu kutsallaştırıp, o kuruluşun bir ilke halini alması şeklindedir⁶⁴: Arendt, Roma'nın en güçlü ilahlarından ikisinin bugün hala january (ocak) ayının yılın ilk ayı olmasını da hatırlatarak başlangıçların tanrısı Janus ve hatırlamanın tanrısı Minerva olduğunu ifade eder. Bu sembolik anlatım ile bugün de dillendirilen "yıla nasıl başlandıysa öyle devam eder" inancı Roma'nın kuruluşu kutsallaştırmasının ne anlama geldiğini başarılı bir şekilde özetler. Otorite, *auctoritas*, kavramı çoğaltmak/artırmak anlamındaki *augere* fiilinden gelir ve ortaya çıktığı bağlam tam olarak etimolojik referansı doğrular; otorite sahibi olanlar kuruluşu çoğaltanlar, kuruluşun soyundan gelenlerdir. Roma Cumhuriyetinin kökenörneğı Roma şehri Romalılığın ne olduğunu, Roma'da işlerin nasıl görüleceğini veren bir ölçüt konumundadır. Buna paralel olarak Romalı olmanın ne anlama geldiğini bildiğı ve Romalılık ilkesini temsil edebildiğı için Senato otorite sahibidir yani Senato'nun üstünlüğü tamamen meşruiyete dayanır. Kökenörnek Roma şehri nasıl ki Cumhuriyet'in tüm şehirlerinin ideali ise Senato da Cumhuriyet'in diğer kurumlarına iktidarın kullanımında rehberlik eder, Roma'ya uygun olan ölçütü verir.

Senato *potestas*, iktidar, sahibi değildir. İktidarın kaynağı *populus* yani halktır. Arendt'in bu durumu izah etmek için Montesquieu'ye verdiği referans bizim için özellikle önemlidir: Ona göre Senato'nun durumu, gücü olmamasına karşılık anayasal yönetimlerdeki en yüksek otorite olan yargıya

⁶⁴ Arendt, "Otorite Nedir?", s. 165 vd.

önemli ölçüde benzemektedir⁶⁵. Yargının neyin hukuki, anayasal yönetim bağlamında meşru olduğunu söylemesi gibi Senato'da neyin doğru olacağı hususunda arkasında bir zor, güç olmamasına rağmen kimsenin görmezden gelemeyeceği öğütler vererek başta *potestas* kullananlar olmak üzere herkesi Romalılık sınırında tutar. Diğer bir deyişle iktidarın kullanımının değil ilkesinin otorite konumunda olmasıyla ancak iktidarı sınırlandırmak mümkün olur.

Tekrar Amerikan deneyimine dönecek olursak, devrimlerin sorunu, yasalara onları insanların üzerine çıkararak geçerlik kazandıracak bir üst norm, bir kaynak tesis etmektir zira ancak bu suretle insanlar kendi iktidarıyla varlık kazandırdıkları yasalara tabi olabilirler. İşte tam da bu noktada Arendt'e göre Amerikalıların imdadına yetişen Roma modeli olmuştur. Amerikan modelinin Roma ile ortak olan yanı, yasama ve yürütmeden ayrı olarak sadece otorite adresi olması için bir kurumun tesis edilmesidir⁶⁶.

Tıpkı Roma senatosunun iktidara değil otoriteye sahip olması, emir değil öğüt vermesi gibi yönetimin anayasallığını denetleyen Yüksek Mahkeme de güce (*force*) yahut iradeye (*will*) değil yargılama yetisine sahiptir⁶⁷. Yasama ve yürütmeden farklı bir işleyiş prensibine sahip olması nedeniyle ağzından çıkanların kendisine doğrudan bir çıkar getirmesi mümkün değildir. Yüksek mahkeme, anayasa yargısı pozisyonunu işgal ederken kendisi yasa koyamaz, mevcut yasaların dışına çıkamaz, dolayısıyla yasama gibi bir iktidar değildir⁶⁸. Diğer bir ifadeyle iktidarı doğrudan kullanamayışı otoritesini artırır. Bununla beraber Arendt, Roma Senatosu'nun siyasi bir işlevi olduğunu ve tavsiye verdiğini fakat Yüksek Mahkeme'nin hukuki bir işlevi olduğunu ve anayasayı yorumladığını dolayısıyla anayasanın yaşanılması ve geliştirilmesi ile sınırlı pasif bir rolünün olduğunu düşünmektedir⁶⁹.

⁶⁵ Arendt, "Otorite Nedir?", s. 168.

⁶⁶ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 268.

⁶⁷ Bkz. *The Federalist*, no. 78. (Judiciary Department, McLean's Edition, New York, 1788.)

⁶⁸ Göztepe, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in Anayasa Öğretisi", s. 151.

⁶⁹ Muldoon, "Arendt's Revolutionary Constitutionalism: Between Constituent Power and Constitutional Form", s. 8; Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 269.

Yüksek Mahkeme ile anayasa arasında karşılıklı bir ilişki vardır. Anayasa anlaşılmış, mutabakata varılmış bir özgürlük formülü olarak meşrudur. O kadar ki kendisine bir dine inanılır gibi bağlanıldığı ifade edilmiştir. Yüksek mahkeme ise evvela kendisi anayasal bir kurumdur, yetkisini anayasadan alır. Bununla beraber yürütme ve yasama gibi doğrudan bir iktidara sahip olmasa da iktidarlara anayasal sınırlarda kalmasına yönelik bir denetim icra etmesi bakımından iktidarın üzerinde konumlanır. Yüksek Mahkeme, kontrol ve denge mekanizmasının işlemlerini temin eder. Bu sistem kurulmuş iktidarlara iki açıdan kuşatır: Kurulmuş iktidarlara karşılıklı olarak birbirlerini dengelemesini temin etmek, toplumun mutabakata dayalı iktidarını yok etmelerini engellemek ve kurucu iktidarın büyüme ve yaratma kapasitesini muhafaza etmek⁷⁰. Dolayısıyla anayasanın meşruiyeti ve otoritesi Yüksek Mahkeme'nin varlığıyla pekişir. Diğer bir ifadeyle Yüksek Mahkeme'nin otoritesi anayasayı koruma ve çoğaltma (*augmenting: augere, auctoritas*) işleviyle ilişkilidir, mahkemenin anayasayı her yorumlayışında kuruluş eylemi yenilenir ve sürdürülür⁷¹. Kuruluşun yazılı hafızası anayasanın, konuşacak bir ağza sahip olması yani anayasa mahkemesinin esas teşkilata dahil edilmesi, kuruluşa yeni durumlara uyum gösterebilen bir kalıcılık sağladığı gibi kurucu iktidarın hukuk olarak etkinleşmesini de mümkün kılar⁷².

⁷⁰ Hauke Brunkhorst, "Power and the Rule of Law in Arendt's Thought", *Hannah Arendt and Law*, Hart Publishing, 2012, s. 224.

⁷¹ Scheuerman, "Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt", s. 158.

⁷² Krş. Marco Goldoni; Chris McCorkindale, "The Role of the Supreme Court", *Hannah Arendt and Law*, Hart Publishing, 2012, s. 124. Bu çalışmada Yüksek Mahkemenin otorite pozisyonu tartışılır, onun kurucu iktidarın sesi olduğu vurgulanırken Paul Kahn'ın teolojik anayasa görüşüne referans verilmekte ve bu durumun Arendt'te yargılama ve yorumun rasyonel kavranışıyla uyumsuz olduğu ifade edilmektedir. Uyumsuzluğun burada olduğu kanaatinde değilim. Aşağıda tartışacağımız üzere Arendt de anayasaya dinmiş gibi inanıldığını ve temel/üst normların birer mutlak hakikat olarak kabul edildiğini kabul eder ve Yüksek Mahkeme iktidarsız bir ağız olarak cumhuriyetin bu normlar ekseninde kalmasına hizmet eder. Bunu yaparken negatif bir tavır sergiler, yargılama yapar. Bu yargılamasında ilgili normları gerekçelendirir. Yoksa her seferinde rasyonel bir şekilde yeniden meşrulaştır-

3.3.3.2. İnşa Olarak Hukuk

3.3.3.2.1. Temel Norm Olarak Mutlaklar Sorunu

Arendt, iktidarı yalnızca iktidarın durdurabileceğini, yasanın iktidarın kudretinde ancak düşüşe sebep olabileceği fikrini benimser⁷³. Fakat burada yasanın varlığını borçlu olduğu iktidar meselesi örtülü kalır. Elbette iktidarı durduracağı düşünülen diğer iktidar da yasa ile düzenlenmiş bir iktidardır. Arendt'in buradaki maksadı şayet yasa eliyle bu neviden bir iktidarın düzenlenmesi gereğiye bunu anlayabiliriz, fakat her iki iktidarda da ortak olan yasallığın gerisindeki meşruiyeti yok sayıyorsa kendisiyle çelişmiş olur. Diğer bir ifadeyle Yüksek Mahkeme'nin yasayla düzenlenmiş bir kurum olarak iktidarı sınırlandırma işlevini kendisi anayasal bir kurum olduğu için sağlayabildiği doğrudur. Fakat bir adım geri gidip daha geniş bir açıdan tabloya baktığımızda Yüksek Mahkeme'nin, Amerika'nın tüm kurumlarının ve bu kurumlara canlılık veren belirli bir anlayışın bir arada temin ettiği anayasal yönetimin bir parçası olduğunu hatırlarız. Dolayısıyla biz kimiz ve neyiz sorularına belirli ölçüde kesin bir cevap veren bu anlayış olmadan mahkemenin başarılı olması mümkün değildir. Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ve Anayasanın kendisinde ilan edilmiş olan bu anlayış, iktidarın sınırlandırılması gereğinden direnme hakkına, insanların eşit yaratıldığından mutluluğu arama hakkına kadar bir takım hak ve ilkeleri apaçık, kendinde hakikatler olarak benimser. Onlara duyulan inanç sayesinde diğer bir ifadeyle onları birer üst norm olarak barındırması sayesinde anayasa otorite konumuna yükselir. Buradaki sorunumuz da işte söz konusu ilkelerle kurulan bu ilişkidir. Şayet, Amerikan Cumhuriyeti'nin temel dayanakları, kuruluş ilkeleri kendinde birer hakikat gibi algılanmıyor olsalardı anayasanın otoritesini kavrayamazdık diğer bir ifadeyle otoritenin meşru bir hiyerarşi oluşuyla karşı-

maz. Burada uyumsuzluk anayasanın otorite olmasını sağlayan temel/üst normların insan erişiminin ötesindeki mutlaklar olarak kabul edilmesidir. Rasyonellik yargılama faaliyetine dairdir, anayasaya ve Yüksek Mahkemeye atfedilen anlama dair değil.

⁷³ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 201.

lıklı iknaya dayanan meşruiyet ve bu minvalde oluşan iktidar bir çelişki arz ederdi⁷⁴.

Arendt'in genel tavrı, kanaate dayalı, insanların tartışarak karar verebildiği, siyasal katılım göstermelerine yani eylemlerine ve bu yolla özgürlüğü deneyimlemelerine imkân tanıyan kamusal alanın var olduğu bir siyaseti duyurmaktır ve her türlü mutlağı özellikle tartışmayı dışlayan hakikati siyaset için bir engel olarak görür⁷⁵. Bu bağlamda Batı siyaset kanonu baştan aşağı eleştirisine konu olur. Doğal olarak bu eleştirinin başlıca muhatabı da Platon'dur. Elbette bu çalışmanın konusu ne Arendt'in genel siyasi düşüncesinin kritiğini yapmak ne de Arendt karşısında Platonculuğu savunmaktır fakat anayasal kuruluş hususunda kilit taşı konumundaki otorite meselesi hakkında gereğince durma zorunluluğu bu konuya daha yakından bakmaya zorlamaktadır. Arendt'in şeması dahilinde kalarak gerilimi şu şekilde ortaya koyabiliriz: Bir yanda siyasetin hatta dünyevi olanın merkez kavramı olarak çoğulluğun görülmesine paralel kanaat temelli siyaset görüşü diğer yanda ise, kalıcı kurumlar kurmak için gerekli olan otorite makamı. Arendt, otoritenin artırmak, çoğaltmak anlamı üzerinde durur ve Roma Senatosu'nun otoritesini Roma şehrinin kuruluşunu artırmada bulur. Fakat artırmanın, otoritenin kökenindeki augeo'nun ikincil anlamı olduğunu, aslen tanrısal kökenli oluşunu, Sanskritçe'deki kutsal gücü belirten otas'a yakın görülmesi gereğini⁷⁶ pas geçer. Kutsallık algısı olmadan artırmak yerine yenisiyle değiştirmek işten değildir. Buna son bölümde döneceğiz fakat şimdiden kendi pratiklerinden çıkarsamış olsalar da Romalıların da Amerikalıların da kutsal-ları olduğunu ifade etmememiz için bir sebep yok.

⁷⁴ Krş. Scheuerman, "Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt", s. 159. Nitekim Scheuerman, Arendt'in "Otorite Nedir?" makalesindeki meşru hiyerarşi olarak açıklanan otorite tanımıyla Yüksek Mahkeme'nin ikna bazlı demokratik meşruiyetlerde otorite oluşunu çelişkili görür. Halbuki otorite meselesi zaten kişilerin kendi koydukları yasalara tabi olmaları mevzuuna açıklık getirmekte ve modern meşruiyet paradoksuna çözüm sunmaktadır.

⁷⁵ Sezer, "Hannah Arendt", s. 644.

⁷⁶ Mendel, *Bir Otorite Tarihi: Süreklilikler ve Değişiklikler*, s. 30.

Buradaki gerilimi, "*praksisin önünde ilahi yahut dünyevi hiçbir mutlak kabul etmemek lakin yasaların insanların üzerinde olması gereğinin farkında olmak*" şeklinde konumuza özgüleyerek de ifade edebiliriz. Arendt gibi siyasete iman etmiş bir filozof-yurttaş için bu gerilim öncelikli bir sorun olmayabilir fakat normatif bir sistemin kuruluşunu sorun edenler için ertelenemez bir meseledir. Nitekim bu sadece kuruluşuna özgü bir sorun da değildir. İnsanların kendi söz vermeleleriyle inşa ettikleri anayasanın otorite konumunda oluşu hukukçular için hem anayasanın yorumlanması hem de değiştirilmesi konularında zorlayıcı bir vakadır. Bu sorunların üstesinden sadece ve tamamen siyaseten gelinebileceğine yönelik naif inancın önü daha baştan kesilmiştir zira Arendt'in de belirttiği gibi anayasanın ve Yüksek Mahkeme'nin otoritesi hukukidir. Peki bu otorite nasıl edinilir ve hukuki işlevi yerine getirecek olan yargı iktidarının dayanağı ve sınırı yok mudur? Diğer bir ifadeyle Yüksek Mahkeme'ye otorite kazandıran ve otoritesini yitirmeden, yargısal aktivizm eleştirilerine de yenilmeden konumunu koruyabilmesini mümkün kılan nedir? Amerikan deneyimi özelinde halkın anayasa yapımına görece katılım göstermiş olması, yapılan anayasaya bir dine inanıyor gibi inanmaları, anayasal düzeni korumak için kendisi de anayasal olan ve anayasaya aykırı davranma kabiliyeti olmayan bir kurumun, Yüksek Mahkeme'nin kurulmuş olması yukarıdaki soruların cevabını oluşturur. Burada gözden kaçabilecek lakin son derece belirleyici bir husus, Amerikan anayasallığının dahi dayandığı mutlakların varlığıdır. Her siyasal toplum belirli ilkeler çerçevesinde bir araya gelir. Nitekim Arendt de;

"Zaman içinde değişen anlaşmalara dayalı muteberlik ile genelenek aracılığıyla katılmış davranış ölçütleri ve adetler (mores)...Bu kaideler...başkalarıyla bir arada yaşama iradesinden doğarlar; dolayısıyla tam da yeni ve sonu olmayan süreçleri başlatma/harekete geçirme meselesinde bulunan kontrol mekanizmalarına benzerler."⁷⁷

⁷⁷ Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 354.

demek suretiyle bu durumu onamaktadır. Arendt'in bu satırlarındaki kaideler Pilgrimlerin Amerika'nın kuruluşundaki söz vermeye dayalı örnek model oluşlarını karşılar. Vurgumuz ise söz konusu kaidelerin kuruluşun dayanağı olmaları hasebiyle birer varsayımsal hakikat olarak dayanak olmalarıdır. Bunların kendinde birer hakikat olmaları yahut uzlaşım ile kaide olarak kabul edilmelerinden önemlisi, kurulan şeye karakterini veren temeller olmasıdır. Arendt, elbette bu işlevi yerine getirecek kendinde hakikatlerin kuruluş için ne denli önemli olduğunu biliyordu. O, topluluğun söz vermeye bu kaideleri oluşturduğunu vurguladı. Pilgrimler'in karşılıklı söz verme edimlerinin kökenörneğini oluşturduğu iktidarın aşağıdan yukarı ulaşması, mutlak iktidarın mutlak yozlaşma anlamına gelmesi, her insanın eşit ve yaşam hakkına sahip oluşu gibi Amerika deneyiminin dayanakları, bu hakikatler belki tam da Arendt'in dediği gibi uzlaşımın konusuydu ve hakikat olmaktan ziyade öyle kabul ediliyordu fakat bir kez haklarında karara varıldıktan sonra sanki onları var eden uzlaşım değilmiş de kendi potansiyelleriymiş gibi algılanmaları sayesinde etkinleşen normatif varlıklar oluşu Arendt'in eserinin satır aralarında kaybolur. Bağımsızlık Bildirgesinde geçen: "*We hold these truths to be self-evident (...)*" (Bu hakikatleri apaçık gerçekler olarak kabul ediyoruz.) ifadesini yorumlayan Arendt'in de belirttiği gibi üst normlar uzlaşma ile varılmasına rağmen öyle değilmiş gibi ele alınıyordu⁷⁸. Pejoratif bir ifadeyle, Platoncu mutlakların siyaset için engel olduğu iddiasının hukuk için hayati oldukları gerçeğiyle yüzleşmeden savunulamayacağı dile getirilmek zorundadır. Burada mutlakların, gerçekten böyle olup olmadıklarını yani mutlaklaştırılan hakikatlerin ne denli doğru olduklarını tartışmıyoruz, hukukun kendi hakikat rejimini dayandırabileceği mutlaklara ihtiyaç duyması ve bunu da ilgili toplumun mutlak olduğuna kanaat ettiği değerlerden temin etmesi durumunun fark edilmesini istiyoruz. Her insan doğuştan haklara sahip midir, mutluluğu aramaya layık mıdır? Bu soruyu cevaplaması gereken Amerikalılardır. Bize, araştırmacıya düşen Ro-

⁷⁸ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 259.

manın Romalılığı kutsal görmesi gibi Amerikalıların da Bağımsızlık Bildirgesi ve Anayasa'da ifade olunan kimi değerleri kutsal bilmesi, kendinde birer hakikatmiş gibi mutlaklaştırmasıdır.

Tam da bu yüzden bir Arendt yorumcusu, anayasal kuruluşu mümkün kılmasına rağmen mutlakları, "Modern anayasacılığın Platonculuğa bulaştığı, anayasanın yeni Tanrı olduğu, siyasal özgürlüğün anayasal olarak dondurulmuş bir cumhuriyette yitirildiği" şeklinde anabilmektedir⁷⁹. Çünkü Arendt, siyaset felsefesi literatürünü eyleme karşı bir mücadele olarak görmektedir⁸⁰. Ona göre yönetim konusundaki felsefi açıklamalar, eylemin yani özgürlüğün öngörülemez sonuçlarını bertaraf etme yolunda birer teşebbüstür; birlikte yaşamayı *praxis* (eylemde bulunma) ile değil *poiesis* (bir ürün yapma) ile birlikte düşünmüşlerdir. Buradaki gündemimiz siyaset felsefesinin soybilimi yahut bir Arendt kritiği olmadığı için uzun uzadıya bir tahlile girmemiz yersiz olur lakin şu kadarını hatırlatmadan geçemeyiz: Etik ile hukuku çakıştırmayı hedefleyen Sokratik okulun gerilimi duyu ile akıl arasındaydı. Platon'un at arabası metaforunu sürdürecektir olursak iradenin rolü birbirinin aksi istikametinde gitmeye meyilli akıl ve duyunun çekişmesini akıl lehine çözmekten ibaretti. Bu teşebbüsün iradeyi kayıtlamakla sonuçlandığı muhakkaktır lakin tartışma, iradenin zaten belirli bir ölçüte göre kayıtlandığı varsayımına dayanarak bu ölçütün göreceliğin hâkim olduğu duyu alanından mı yoksa akıldan mı çıkarılacağıydı. Platoncu mutlakların *logos* sayesinde *noustan* edinilen hakikatler olduğu hususunda emindir. Platoncu yasalarının insana zaten doğasında olanı emrettiği için otorite olarak bilinmesini ister. Amerikalı da kendilerince apaçık olan hakikatleri referans almak suretiyle Platoncu ile aynı yolda yürür. İkisinin dayandığı hakikatler benzeşebilir, farklılaşabilir ama bu içerik sorundur, formel olarak aralarında bir fark yoktur. Kaldı ki filozofların kurduğu karşıtlığın Arendt'in tarif ettiği gibi üretim ile eylem mi yoksa tamamen zorunluluk alanında

⁷⁹ Wilkinson, "Between Freedom and Law: Hannah Arendt on the Promise of Modern Revolution and the Burden of 'The Tradition'", s. 48.

⁸⁰ Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 322 vd.

işleyen emek ile eylem arasında mı kurulduğu tartışmalıdır. Konumuz bakımından daha önemli olan ise beşeri dünyanın çoğulluğunun siyasetin varlık koşulu olması gibi bu çoğulluğun belirli normlar tarafından birlenmesinin de hukukun varlığının aynı düzeyde gerekçesi oluşudur. Diğer bir deyişle nasıl ki siyaset çoğulluğu (Afro-amerikan, Kızılderili, Meksikalı, Yahudi vs.) dikkate almayı gerektirirse hukuk da birleyen (vatandaş) bir niteliktedir. Duyuya karşı aklın siyasi birliklerde ölçüt olması gerektiği yönündeki felsefi savdan çoğunlukla belirli bir ahlaki görüşe dayalı hukuk anlaşılıyor ve bu esnada bu ahlakla yahut belirli bir ahlakla siyasetin kayıtlanması ajandasıyla mücadele edilirken hukukun nihayetinde normatif bir sistem olduğu ve siyasi taleplerin enikonu bu sisteme yeni girdiler sokma teşebbüsü olduğu unutuluyor. Yani söz konusu hakikatleri paylaşmamak başka her hâlükârda hakikat kabul edilen temel değerlere ihtiyaç duyulması başka bir konudur. İnsan eylemlerini yönlendirme amacına sahip olan hukuk için objektivite ontolojik bir önemi haizdir. Tüm talepler nihayetinde siyasidir lakin bu talepler, talep olarak kalmamaları sadece sahiplerinin eylemlerini değil siyasi birliğin tamamının eylemlerini belirleyen ölçütler yani hukuk olmaları için ileri sürülürler. Yani hukuk haline dönüşme maksadı her daim mevcuttur. Siyaset yaparken hukuku belirli siyasi amaçların aracı olarak düşünme hatasından kaçınmak ve Arendt'in siyasete yönelik imanına "Peki ya hukuk?" sorusunu yöneltmek zorundayız. Hukukun araçsallaşması, ki yokluğuyla özdeştir, en az siyasetin şaibeli mutlakların gölgesinde araçsallaşmasının praxisin önünde engel oluşu kadar sorunludur. Bu, hiç değilse praxisin sergileneceği agoraya polis sin güvenli surları olmadan çıkıp nutuk atmanın da mümkün olmadığı fark edilerek anlaşılabilir. Hukuk, şehrin manevi surudur⁸¹; *nomos* olarak hukuk, içeriği birleyen ve dışarıdan ayıran, vatandaşlara siyasi edimde bulunacak alanı temin eden bu yüzden siyaset öncesi algılanan bir teşkilatlanmadır⁸². Arendt *polis*in kuruluşundaki bu hususu özellikle de belirtmiştir:

⁸¹ Arendt, "The Great Tradition: Law and Power", s. 716 vd.

⁸² Breen, "Law beyond Command? An Evaluation of Arendt's Understanding of Law", s. 21.

“Yunanistan’da, yasa-koyucunun topluluk dışından gelebileceği, yabancı olabileceği...görüşünün savunulduğu doğrudur; fakat bu, tıpkı bir şehrin kendisi var olmadan önce onun etrafındaki duvarları örmek gibi, yasa yapımının da siyaset-öncesi bir şey olduğu... anlamına geliyordu.⁸³”

“...yasa çıkarmayı siyasi etkinlikler arasında saymamaları bu hakim etkinin belirgin göstergelerinden birini oluşturmaktadır. Onların kanaatine göre yasa koyucu, işini kent duvarlarını yapan bir duvarcı gibi yapmak ve (bu işi) siyasal etkinlik başlamadan bitirmek zorunda olan biriydi. O nederle herhangi bir zanaatkar ya da memur gibi görülmemekte ve bu iş için kent dışından kimse-ler çağrılıp, kendilerine yurttaşlık verilmeden görevlendirilebilmekteydi.⁸⁴”

Bir duvarcının duvarını yaparken zihninde canlandırdığı duvar modeli gibi şehrin duvarlarını yani temel teşkilatını yazan anayasa yapıcı da belirli mutlaklara dayanarak işini yapar. Fakat yeni yerleşim yerleri oluşturmak ve onlar için yasa yapacak yabancıları görevlendirmek Antik Yunan’a özgü bir durumdu ve konumuz açısından önemli olan ilk aşamada dayanak yahut ölçüt, model teşkil eden mutlakların varlığı kadar bunların siyaset öncesi oluşudur da. Öte yandan kurulan yeni yerleşimleri bir kenara bırakıp ata şehre, Atina’ya döndüğümüzde Arendt şehrin kuruluşunun siyaset öncesi olduğunu ifade etmesine karşın, yasalara meşruluk temin edecek bir mutlağa ihtiyaç duymadığını iddia etmektedir. *Devrim Üzerine* eserinde bu iddiasını *nomos*’inin *thesmoiye* karşılık yapay, insan ürünü bir yasal düzeni ifade ettiğine dair zayıf bir argümanla, Platon’un dahi yasalarına üst norm temin etmeye çalışmadığını laf arasında söyleyerek temellendirir. Evvela Platon, Yunan’ın otorite ihtiyacının farkındaydı ve bunu yasalara otorite kazandırarak çözmeye çalıştı ki aşağıda tekrar döneceğimiz üzere bu durumun Arendt de farkındadır. İkincileyin bu durum Yunan *nomos*unun otorite, bu bağlamda mutlak ihtiyacını teyit eder sadece; filozofun *nomoiye*

⁸³ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 251.

⁸⁴ Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 284, 285.

otorite kazandırma gayreti ilahi menşeli *thesmoinin* meşruiyetini yitirmesi akabindedir. Tıpkı Yunan birliğinin kurulamaması gibi Olympos da semavi dinler gibi yekpare bir din halini alamamıştır fakat bu durum Yunan dininin şehir üzerindeki tesirini görmemizi engellememelidir. Öte yandan Yunan deneyimi üzerinde uzun uzadıya durmamıza gerek de yoktur zira hukukun kuruluşuna dair yukarıdaki izahın sadece Yunan *polisine* özgü değerlendirmedeğinin delili bizatihi Arendt'in sözleridir:

"Hukuku ve adaleti emir ve yasaklardan oluşan, itaat talep eden On Emir'in diliyle anlamaya çok alışmış ve kolayca yasaların mekânsal karakterini unutuyoruz. Bütün yasalar ilk olarak geçerli oldukları bir alan yaratırlar ve bu alan bizim içinde özgürce hareket edebileceğimiz dünyadır. Bu alanın dışında kalan hukuksuzdur, daha kesini dünyasızdır; insan topluluğu adına orası çöldür.⁸⁵"

Dolayısıyla Arendt'in siyasi varoluş imkanını hukuk çitiyle çevrelenmiş bir alanda gördüğünü ifade edebiliriz⁸⁶. Fakat her zaman hukuk yahut yasayla iktidarı ayırt edebildiğini söylememiz mümkün görünmüyor. Yukarıda Arendt'in metinlerinden yapılan, *polis*in kuruluşunun siyaset öncesi olduğunu ifade edenler ve yasaların içinde özgürce eylenebilecek bir alan yarattığını ifade eden olmak üzere son üç alıntı *Devrim Üzerine*'nin de dahil olduğu üç eserdendir. Yine söz konusu bu eserde Arendt Amerikan Devrimi'nin başarısının hukuk ve iktidarın farklı kaynaklara dayandırılmasında bulduğunu ifade etmektedir. Arendt'in bu ayrımı vurguladığını hatırlamamız özellikle önemlidir zira o, Yunan gibi Roma'nın da yasaları insanın üzerinde tutmak için mutlaka ihtiyaç duymadığını anlattıktan sonra son alıntıyla benzer bir şekilde, yine *Devrim Üzerine* eserinde, Batının yasadan anladığının rıza ve anlaşma sonucu oluşan bir şey değil de itaat edilen bir

⁸⁵ Hannah Arendt, "Introduction into Politics", *The Promise of Politics*, ed. Jerome Kohn, New York, Schocken Books, 2005, s. 189, 190.

⁸⁶ Hüseyin Günel, *Hannah Arendt ve İnsanlığa Karşı Suçlar*, Ankara, Dost Kitabevi, 2015, s. 55.

emir olduğu müddetçe insani iktidar dışında mutlak kökene ihtiyaç duyacağını ifade etmiştir⁸⁷. Roma *lexin*in kökeninin “sıkı bağ” anlamına geldiğini belirten Arendt, mutlak ilahi otoritenin yerine dünyevi, söz vererek, anlaşarak oluşan iktidarı geçirmekle öylesine meşguldür ki iktidar ile hukuk yahut iktidar ile otorite arasında kendisinin yaptığı ayrımları unutmaktadır⁸⁸. Ona göre Yunan *nomosu* ne kadar şehrin surlarını teşkil eden bir yapıysa Roma *lexi* de yurttaşlar arasındaki bağı ifade eder; çoğulluğu yansıtacak şekilde sonsuz bakış açısının kesişiminden meydana gelmiş insani ilişkiler ağını oluşturur⁸⁹. Fakat kendisinin de belirttiği üzere Amerikan ve Roma deneyimlerinde otorite değil iktidar halktaydı. Roma Cumhuriyeti’nin atalarının kurduğu Roma şehrine, kültüne karşı gelmesi aynı şekilde Amerika Cumhuriyeti’nin de Kurucu Babalar’ının belirttiği çizgilerin dışına çıkması mümkün değildir. Aksi halde ne Roma Senatosu’nun ne de Amerikan Yüksek Mahkemesi ve Anayasası’nın otoritesinden bahset-

⁸⁷ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 252-255. Söz konusu bağlamda Arendt’in iması hukuk algımızın On Emir’in güdümünde olduğuna yöneliktir ki bu ayrıca araştırmayı gerektiren bir durum olarak gözüküyor. Konumuz bakımından önemli olan imperatif, buyruk/emir olarak yasa algısını reddettiğidir. Ayrıca bkz. Arendt, *Şiddet Üzerine*, çev. Bülent Peker, 7. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2014, s. 49.

⁸⁸ Volk, bu durumdan Arendt’in hukuk anlayışının Yunan *nomosundan* ziyade Roma *lexine* uygun olduğu sonucunu çıkarmaktadır. Buna göre birbiriyle bağlanan insanların sözlerinden oluşan hukuk algısında hukukun rasyonelliğini ve hukuktan beklenen istikrar vb. kazanımları temin eden, hukuki formalizmin iddia ettiği gibi eğitilmiş bürokratlar ve yargı mensupları değil kamusal alanın canlılığıdır. (Volk, “From Nomos to Lex: Hannah Arendt on Law, Politics, and Order”, s. 776.) Aşağıda bu bahsi tekrar ele alacağız. Şayet Arendt’in *nomos*tan ziyade *lexe* yakın durduğu iddia edilecekse bu iddiayı *nomosun* siyaset öncesi oluşuna karşılık *lexin* siyasi bir etkinlik olarak görülmesiyle temellendirmek gerekir. Yunan için hukuk, içerideki ve dışındaki çatışmayı birbirinden ayıran bir surdu. Roma ise genel olarak işleri siyasetin çatışmalı doğasıyla da alakalı olan dikteyle değil daha ziyade hukukun doğasıyla uyumlu olan sözleşme ve karşılıklı anlaşmayla yürüttü. (bkz. Breen, “Law beyond Command? An Evaluation of Arendt’s Understanding of Law”, s. 22.) Gerçekten de Yunanların etraflarıyla sürekli çatışma halinde olmasına karşılık Roma hukuku *pax romanadan* sonra dahi Avrupa genelini bir arada tutan bir bağ olmuştur.

⁸⁹ Breen, “Law beyond Command? An Evaluation of Arendt’s Understanding of Law”, s. 22.

mek anlamlıdır ve bu kurumlar o toplulukların *nomosuna* temel teşkil eden üst normu yani belirli mutlakları muhafaza ettikleri düşünüldüğü için otoritedirler. Üst normları ölçüt almak kurucuların, onları muhafaza etmek de bu kurumların işidir.

Arendt'in lügatiyle konuşacak olursak, anayasal kuruluş *praksis* (eylem) kadar *poiesis* (iş) ile de ilgilidir. İşin araçsal bir rasyonaliteye sahip olduğunun, belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere nasıl sorusuna cevap vermesine karşılık amaçları tayin etmekten ve neden sorusunu cevaplama kapasitesinden uzak olduğunun farkındayım. Burada sadece kuruluşu açıklamada bir yeri olduğuna dikkat çekiyorum yoksa kuruluşu işe indirgemiyorum. Bununla beraber konu Batı kanonu ve bu bağlamda Platon'la hesaplaşmaksa, Platon'un şemasında zanaatkar tanrı *Demiurgos* da idealar karşısında edilgendir; ideaları değil idealara bakarak duyusalları işler. Nitekim en yüksek amaç olan İyinin kendisi zaten ne iş ne emek ne de eylem ürünüdür, kişi onu sadece seyreder; karşısında faal değildir. Arendt'in itirazının esas duyulacağı yer de burasıdır; o, siyaseti iyiye gerçekleştirmekle değil her türlü belirlenimi reddedecek şekilde özgürlükle alakalı görür, amaç-arac kategorilerini iğdiş edici bulur. Fakat ona yönelik itirazımızın yükseldiği yer siyasetin amacı değil kuruluşun kendini tanımladığı, kayıtladığı dayanağıdır. Arendt, modernite ile birlikte kurucu insanın uğraşında kendisine ölçüt, rehber olarak hizmet etmiş normlardan yoksun kaldığını, değişim değerinin kullanım değerinin üzerine çıkmasıyla değerlerin göreceleştirdiğini ve *telosun* yitirildiğini doğrudan belirtir⁹⁰. Fakat *polis* hakkında sanki tüm uğraşlar siyasetten ibaretmiş, *politeia* hukuki bir kurgu değilmiş gibi konuşur. Kuruluşun dayanacağı mutlaklar olmaksızın, kendisinin de genel iradeye yönelttiği eleştirilerinde görülen, iradenin keyfiyeti ve istikrarsızlık sorununu masada olduğu gibi kalır. Kuruluşla erişilen, içinde özgürlüğün deneyimleneceği kurumun kabul edilmiş sınırları vardır; siyasete duyulan iman bu hakikati değiştiremez. Kaldı ki Arendt, zanaatkarın işinde ölçü olarak kullandığı model fikrinden hareketle kurulan bir ontoloji olan *idea* kuramın-

⁹⁰ Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 436.

dan, mübadele piyasasının göreceleştirme tesirinden kurtulmaya yönelik bir standart olarak istifade edilmeye çalışıldığını biliyordu⁹¹. Hukuk, insan eylemine belirli standartlar getirerek yine hukuken tanımlanmış değerleri korumayı hedefler. Yaşam hakkı bu neviden bir değerdir, bunu korumak için de cinayete yönelik düzenlemeler vardır. Fakat mübadele mantığı hukuka hâkim olduğunda bir cinayet zanlısı daha büyük bir toplumsal fayda getireceği gerekçesiyle başka bir adli vakanın çözümünde adli makamlarla işbirliğine giderek ihlal ettiği değere rağmen affedilmektedir. Bu, mübadelenin hukukun doğasıyla yaşadığı çatışmanın bir örneğidir. Normal şartlarda cinayet olarak adlandırılacak bir eylemin savaş, devrim gibi hukuk dışı alanların etkisiyle muaf tutulması ise değer yargılarındaki göreceleşmenin hukuk toplumu ile çatışmasını örneklendirir. Bu durumlarda olduğu gibi, hukuk kurmaya yönelik bir eylem olan kuruluş da göreceliğe karşı mutlak olanın yanında yer almak zorundadır.

Burada hukukun doğası olmadığı yönündeki genel itirazın tam tersi bir tavırla mücadele ediyoruz. Genelde olan hukukun bir insan ürünü olduğu yönündeki eleştiridir ve hukukun doğasına yönelik bir anlayışın geliştirilmesi için başlangıç olarak insan ürününün bir modele bakılarak yapıldığı, modelin ürün yapılmadan önce ve tüketildikten sonra da varlığını koruduğu hatırlatılmak durumunda kalınır. Burada ise bilakis siyasetin önünde engel olarak görülen *artefactin*, ürünün, hukuk olduğunu hatırlatmak durumunda kalıyoruz. Bu ürünün kendisine bakılarak yapılacağı modelin mutlaklığı ile ürünün mutlaklığı karıştırılmamalıdır. Arendt, Platon'un eserinde ideaların sadece yerine getirilmesi gereken yasalara dönüştüğünü ifade ederken bu durumu ıskalıyordu⁹². Yürütmenin işi elbette yasaları uygulamaktan ibarettir. Buna karşılık yaşamaya düşen ise yasaları toplumsal değişime uyarlamaktır ve idealar, birer duyuşal değil idea oluşları gereği sürekli olarak yeniden yorumlanmaya muhtaçtır⁹³. Burada bir

⁹¹ Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 233-245.

⁹² Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 328.

⁹³ Platon *Devlet*'te (501c) bu duruma binaen "kâh siler kâh yeni bir çizgi ekler" ifadesini kullanır. Bkz. İşsevenler, *Platon'da Varlık ve Yasa*, s. 173 vd.

Arendtçinin itirazı, yasaların yapımındaki modelin yorumu sınırlandıracağı diğer bir ifadeyle bir kişinin yahut kişilerin yani fail nedenin bir mimar gibi maddi nedene malzeme muamelesi yapmasının siyasi özgürlüğü engellemesi, bunun siyaset karşıtı bir tavır olması yönünde olabilir sadece⁹⁴. Bu durum karşısında üç hususun hatırlatılması yeterli görülmelidir. Birincisi ne model ne de temel/üst normlar fail nedenin keyfiyetinin ürünüdür. Amerikan deneyimi örneğinden devam edecek olursak Kurucu Babalar anayasal monarşi mirasını, federal ilkenin gelenek haline gelişini ve Cumhuriyetçi fikirleri hazır buldular. İkincisi ancak mutlaklar olarak ifade edilen üst normların temin ettiği güvenli çitin içinde pratiğin gerçekleştirilme imkanı bulunduğudır. Üçüncüsü ise bir mutlağın temel norm olarak görülmesi bunun doğrudan uygulanabilmesi anlamına gelmez. Bu konuda değer ile değer yargısı arasındaki malum farkı hatırlatmaktan başka bir açıklamaya gerek duyulmaması beklenir. Değerleri hatırlatmamızı meşru kılan hukukla paylaştıkları normatif karakterleridir ve burada tartıştığımız enikonu normatif bir düzenin kuruluşudur. Arendt, bu düzenin yapma değil eylem ürünü olduğu ve eyleme dayanak teşkil edecek her ilkenin/modelin eylemi/siyaseti engelleyen birer mutlak olduğunu ima ettiğinde itiraz etmek durumunda kalıyoruz.

“Ne kadar iyi ya da kötü tasarlanmış olursa olsunlar siyasi kurumlar varlıklarının devamı için eyleyen insanlara bağımlıdır; muhafazaları, onları ortaya çıkartan araçlarla sağlar. Bir sanat eserinin, onun “yapmanın” ürünü olduğunu gösteren özelliği bağımsız varlığıdır; devletin bir eylemin ürünü olduğunu kanıtlayan özellik ise, varlığını sürdürebilmesi için yeni ve başka eylemlere bağımlı olmasıdır.”⁹⁵

Bu ihtişamlı pasaj, arkasındaki kuklayı göstermek pahasına perdeyi yıkmaktadır zira hukuk gibi normatif varlıkların ancak onları eylemlerinde birer gerekçe olarak kabul eden insanlar sayesinde etkinleşebileceği hakikatini sunarken, bu

⁹⁴ Wilkinson, “Between Freedom and Law: Hannah Arendt on the Promise of Modern Revolution and the Burden of ‘The Tradition’”, s. 51.

⁹⁵ Arendt, “Özgürlük Nedir?”, s. 208.

varlıkların onları etkinleştiren insanlardan bağımsız olduğunu ıskalamaktadır. Hiçbir güzel tablo yapılmadığında güzelliğin dünyayı terk edeceği ancak bir yere kadar doğrudur; fakat güzelliğin kendisi yapmanın değil hatırlamanın konusudur. Aksiyolojinin yani pratiğin, diğer alanları hukuk ve etik söz konusu olduğunda akıllar estetiktekinden daha kolay karışabilmektedir. Bu yüzden her iki alanın ortak konusu olan adaleti bu kez de örnek olarak verelim. Neye adil dendiği toplumlar ve tarih dilimleri arasında farklılık göstermektedir ve bu, değer yargısının değişebildiğini bize anlatır aynı şekilde adalet anlayışındaki değişim söz konusu yargının uzlaşımın konusu olduğunu da ima edebilir lakin şurası muhakkaktır: Değer yargısının faniliği ve uzlaşımsallığı hususunda ikna olunsa da değerın kendisinin tarihin ve o tarihin kahramanlarının üzerinde olduğu vakadır. Dahası buradaki sorumuz değerın evrenselliği de değildir. Ya da daha doğru bir ifadeyle verili bir siyasal birlik için kendilerince meri olan değer yargısının sanki evrensel geçerliliği haizmiş gibi algılanıyor oluşudur. Belirli bir adalet anlayışına sahip olmayan ve sahipse bu anlayışı anlamsız kılacak kadar istisna getiren (yönetenlerin yahut genel iradenin adaletsizliğinin ileri sürülememesi gibi) herhangi bir kalabalığın siyasi birlik hüviyetine erişmesi mümkün müdür? Dolayısıyla hukuk düzeninin dayandığı temel norm(lar) etkinleşebilmek için insana ihtiyaç duysa ve onları zaten insanlar oluşturmuş olsa da insan eylemleri için ölçüt olabilmeleri, konumuzdaki haliyle anayasanın bir otorite olarak algılanması, bağımsız varlıklar olarak algılanmalarına bağlıdır. Birkaç kuşak için etkin olan kurumlar, üzerlerinde etkili oldukları insanların eylemleriyle hayatta kalsalar da zaten ilk olarak onlar tarafından yapılmış değildir bilakis bu kuşaklar ilgili kurumu hazır bulmuştur.

“Tiranlık ile otoriter yönetim arasında her zaman şöyle bir fark vardır: Tiran, kendi istek, irade ve çıkarlarına göre yönetir, oysa en zecri otoriter yönetim bile yasalarla kayıtlıdır. Otoriter yönetimlerin davranışlarına ölçü teşkil eden yasa, doğa yasasında, Tanrının emirlerinde ya da Platoncu idealarda olduğu gibi ne insan eserdir ne de o sırada iktidarda bulunanlar tarafından yapılmıştır.

Otoriter yönetimlerde otorite kaynağı daima yönetimin kendi gücünü aşan bir dış güçten alır; otoriteler otoritelerini, yani meşruiyetlerini her zaman siyasi alanı aşan bu kaynaktan, bu dış güçten almışlardır ve iktidarları *bu gücün kontrolü altındadır*.⁹⁶

Tüm arayışımızı bize veren yukarıdaki kadar etkili bir başka pasaj yoktur. Bizzat Arendt'in yazdığı bu pasaj, siyasi iktidarın meşruiyetini siyasi olmayan bir kaynaktan aldığını bu kaynak sayesinde sınırlı bir iktidar olabildiğini söylemektedir. Esasında kurucu iktidar teorisinden tüm beklenen de bundan ibarettir. Fakat yine Arendt'in belirttiği gibi kurucu iktidarın genel irade olarak algılanması yani bizzat kendisinin yasal değil iradi olması, kurulmuş iktidarı sınırlandırma kapasitesinin önüne geçmiştir. Aynı şekilde anayasal kuruluşun eylem alanında görülmesi nedeniyle tamamen siyasi bir performans olarak telakki edilmesi de eyleme ölçüt olması beklenen normlara hayat verilememesi yahut bu normların siyasi gerekçelerle reddedilip kalıcılık sunma işlevlerini ortadan kaldırarak şekilde daimî bir tartışmanın konusu haline getirilmelerine sebep olur.

Kurucu Babalar bu bağlamda birer *demiurgos* oldukları gibi Yüksek Mahkeme de felsefi hakikatlerin bekçiliğini yapan Gece Konseyi işlevi görmektedir⁹⁷. Platon'un Tanrı'nın zanaatkar imajı olarak sunduğu Demiurgos'tan bu teşbihte elbette, fail nedeni ima etmek için istifade ediyorum. Hatırlatılması gereken daha önemli husus ise *Yasalar*'da tam da Arendt'in rahatsız olacağı şekilde dünyevi işlerin terk edildiği vakit toplanan Gece Konseyi'nin insanların üzerindeki yasalarla olan ilişkisi bağlamındaki önemidir. Tafsilata girmeden, Yüksek Mahkeme benzeri bir işlev gören bu konseye ilaveten odağımızı çevirmemiz gereken, bir diğer husus Platon'un yasalara gerekçeler hazırlamış olmasıdır. Her ne kadar felsefi hakikatler tartışmaya kapalı da olsa yasalar, yurttaşlarla zor üzerinden değil ikna ile ilişki kurar. Bunu temin eden de ge-

⁹⁶ Arendt, "Otorite Nedir?", s. 134, 135. Vurgular bana ait.

⁹⁷ Yunan siyasi deneyiminin otoriteden bihaber olduğunu ve Platon ve Aristoteles'in bu boşluğu gidermeye yönelik felsefi teşebbüslerde bulunduğu Arendt'in de malumudur. Bkz. Arendt, "Otorite Nedir?", s. 143 vd.

rekçedir. Yukarıda Yüksek Mahkeme'nin güce yahut iradeye değil yargılama yetisine sahip olduğunu ifade eden Amerikan anayasacılığının ünlü metni *Federalist Paper*'ı alıntıl原因an Arendt'in bu hususu fark etmemesinin mutlakıyete olan hasımlığının onda oluşturduğu kör noktadan ileri geldiği düşünülebilir. Biz ise bilakis hukukun görüldüğü bu noktaya odaklanmak durumundayız.

“Otorite, insanların içinde özgürlüklerini muhafaza ettikleri bir itaat şeklidir ve yaşlı Platon onları bütün kamu alanı üzerinde karşı konulmaz yöneticiler haline getirecek bu niteliği yasalara kazandırmakla, böyle bir itaat şeklini yaratacağını umuyordu.”⁹⁸

Görüldüğü üzere Platon'un, otorite sorununun üstesinden yasaların yönetimiyle gelmeye gayret ettiğinin aslında Arendt de farkındadır. Hatta ilerleyen satırlarda yasalara yazılan gerekçenin; zorun ve iknanın yerini doldurmak için olduğunu, otorite kaynağının iktidar alanının dışında olması gereğinin Platon'un felsefesinden miras alındığını da söyler; lakin yasaların kaynağının *demos* değil akıl olması bir çuval incirin berbat edilmesi anlamına gelir; çünkü Arendt için bu farklılık tam olarak siyaseti *praksisten poiesise* kaydırmaktadır. Yasaların *demosun* ürünü olması yasaların, kamusal alanda vatandaşların eylemleri neticesinde meydana gelmesi demektir. Yani özgürlük performansının bir çıktısı olacaktır. Böylelikle aklın birliğine karşıt olarak çoğulluk da muhafaza edilebilmiş olacaktır. Fakat otorite bağlamında sorunumuz yasaların yapımı değil bilakis insan eliyle yapılmış dahi olsa yasaların nasıl olup da insanları bağlayacağıdır. Nitekim *Devrim Üzerine* eserinde iktidar ile yasanın ayrı kaynakları olması gerektiğini belirten Arendt *Otorite Nedir?* eserinde ise iktidar ile otoritenin kaynaklarındaki ve kullanımlarındaki farka odaklanırken Roma'da iktidarın halkta otoritenin Senato'da olduğunu Roma'dan sonra ise Kilise'nin otoriteyi devraldığını iktidarı ise dünya prensliklerine bıraktığını söyler ve tarihte Kilise'den daha uzun süreli bir otoritenin olmamasını Kilise'nin Platon-

⁹⁸ Arendt, “Otorite Nedir?”, s. 145.

cu mutlakları/ölçüleri kendi dogmalarıyla kaynaştırabilmesine bağlar⁹⁹. Buradaki gündemimiz elbette ne felsefi ne de vahyi bir içeriği yüceltmektir, dikkatimizi çekmesi gereken husus son derece formeldir: Dilerse Amerika örneğindeki gibi bizatihi insanlar tarafından oluşturulmuş olsun, siyasi birlikte geçerli olan normların etkinliğinin, temel normun idea yahut vahiymişçesine mutlaklaştırılmasına bağlı olduğudur.

Buradaki Arendtçi itirazı tekrar hatırlayalım. Makyavel ve Robespierre'in Romalı değil Platoncu olmasının sebebi, kurucu eylemin *poiesis* imgesine uygun addedilmesinin sonucu olarak normun gerçekleştirilmesi için araçların mübah görülmesi yani şiddete başvurulmasıdır; omlet yapmak için yumurtayı kırmak kadar doğaldır devlet kurmak için insan öldürmek¹⁰⁰. Diğer bir ifadeyle *poiesis*çi anlayış Arendt'e göre, araçsal bir faaliyet yürütür; hazır bir imgeye dayanarak toplumu ölçer, sonra bu imajı gerçekleştirmek üzere şiddet uygular ki bu şema toplumun yönetilen ve yöneten olarak ayrıldığı anlayışını barındırır ve netice olarak yurttaşın özgürlüğü değil egemene tabiiyeti söz konusu olur¹⁰¹. Fakat yine tek başarılı devrim olarak gördüğü Amerikan deneyiminin farkını şiddete başvurmamak ve anayasadan yardım almak olarak ifade eden Arendt'tir. Ona yönelik itirazımızın toplandığı yer de Amerikan deneyimindeki ikinci unsur yani iktidar ve şiddet ilişkisi değil anayasa ve otorite ilişkisidir: Bizatihi Arendt'in sözleriyle özetleyelim, *Roma cumhuriyetinde yurttaşların tutum ve davranışlarını belirleyen şeyin şiddet değil otorite*¹⁰² olduğunu, buna karşılık *gerek otoritenin gerekse otoritenin kaynağının, iktidarı da iktidarda olanları da aştığına dair bilincin artık bulunmadığı, kendiliğinden açık ve seçik davranış ölçütlerinin himayesinden yoksun*¹⁰³ olduğumuzu ifade etmekle beraber başarılı adettiği Amerikan deneyimi için ise *Bağımsızlık Bildirgesi'nin yeni siyasi topluluğun yasaları için aşkın bir otorite kaynağını da*

⁹⁹ Arendt, "Otorite Nedir?", s. 175.

¹⁰⁰ Arendt, "Otorite Nedir?", s. 191.

¹⁰¹ Breen, "Law beyond Command? An Evaluation of Arendt's Understanding of Law", s. 18.

¹⁰² Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 47.

¹⁰³ Arendt, "Otorite Nedir?", s. 193.

ele aldığını bu durumun “Bu hakikatleri, kendinde gerçekler olarak kabul ediyoruz.” şeklinde ifade edildiğini ve uzlaşım-
sal doğası gereği göreceli olan anlaşmanın bu sayede mutla-
kıyetle güçlendirildiğini dile getirmektedir¹⁰⁴. Nitekim
Arendt, matematiksel, tarihi, etik, geometrik, astrofiziksel
önergelerin epistemolojik özellikleri bakımından birbirinden
nerdeyse tamamen farklı olmalarına karşılık doğru oldukları
kabul edildiğinde hepsinin tartışma ve rıza dışı, zorlayıcı ol-
duklarını ve ancak rıza devşirebilen kanıların değil hakikatle-
rin istikrarı temin edebileceğini de kabul eder¹⁰⁵. Yukarıda da
zikredilen, Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi’nde geçen “Biz
bu hakikatleri kendinde gerçekler olarak tanıyoruz” ifadesine
getirdiği yorumla Arendt’in yaptığı katkı bu hakikatlerin ha-
kikat olarak kabul edilmeden önce kanunun konusu olduğu-
dur¹⁰⁶. Yani Amerikan devriminin üst normlarının Amerikan
toplumu arasında yaygın olarak inanılan kanılar olduğunu
söylemektedir. Yalan söylemenin yanlış olduğuna inanan ve
bunu eylemlerinde ölçü yapan insanlar yalan söylemezler. Bu
insanlardan müteşekkil bir topluluk için geçerli olmak üzere
insanlar yalan söylemez diyebiliriz. Arendt’in bizi uyardığı
husus bu insanların yalan söylemenin yanlış olduğu “görü-
şünde” olduğudur. Otorite ve üst norm bağlamında mutlak-
lara olan ihtiyacı ifade edebilmek adına bizim şerhimiz ise
ancak bu insanların, yalan söylemenin yanlış olduğuna haki-
katmış gibi inanmaları sayesinde etkinleşebilen normun bu
kırılganlığına rağmen onların eylemlerinde ölçüt olabilmesi-
dir. Normatif ifadelerle örnek olması için etik alanından seçti-
ğimiz bu örneğe Arendt’in itiraz etmesini beklememiz için bir
sebebimiz yoktur. Fakat bir başka normatif sistem olan huku-
ka geldiğimizde aynı desteği görebilmemiz şüphelidir. Hu-
kuk da normatif bir varlık olarak etkinleşmesini ona tabi olan-
ların inancına borçludur lakin yukarıda verdiğimiz örnekten
farklı olarak hukuk kurallarına geçerli oldukları ülkedeki

¹⁰⁴ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 259.

¹⁰⁵ Hannah Arendt, “Hakikat/Doğruluk ve Siyaset”, *Geçmişle Gelecek Arasında*,
çev. Bahadır Sina Şener, 4. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2012, s. 279, 288.

¹⁰⁶ Arendt, “Hakikat/Doğruluk ve Siyaset”, s. 297.

herkes inanmaz. Anayasa hukuku bağlamında düşünecek olursak siyasi iktidarı kullananlar hukuka aykırı da olsa iradelerini gerçekleştirmek isteyebilmektedir. Siyasi iktidarı meşru yollardan elde ettikleri ve yasaları da zaten kendileri aynı meşruiyet kriterine dayanarak hazırladıkları için ilgili anayasal kuralı ihlal etmekte yahut değiştirmekte bir sıkıntı görmezler. Fakat ihlal, hukuku anlamsız kıldığı gibi anayasal kurallardaki siyasi iktidarlara bağlı değişiklikler de istikrarı imkansızlaştırır. Dolayısıyla birilerinin yalan söylemeye başlamasıyla ilgili topluluğun kendisini tanımlayan bir özelliğini yitirecek olması gibi, siyasi iktidarın aleyhte davranması durumunda da o devletin temelde anayasal, hukuk devleti olmadığı özelde ise kendisine özgü federal, parlamenter, laik, sosyal vb. özellikleri sergilemediğini söylemek gerekecektir. Fakat zaten hukuk kuralları bir ülkede her daim ihlal edilir. Bundan dolayı o ülkede hukukun etkin olduğundan ihlal edilmediğinde değil ihlalin yaptırımını icra edildiğinde bahsederiz. Anayasal devlet de bu bağlamda bir anayasa yargısına ihtiyaç duyar. Anayasa yargısı şayet otoriteye sahipse siyasi iktidarı ihlalinden dolayı cezalandırır. Diğer bir ifadeyle toplum nezdinde siyasal birliğin temel ilkelerini, Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nde geçtiği haliyle kendinde gerçekler olarak kabul edilen hakikatleri koruduğuna inanılırsa anayasa yargısının siyasi iktidarı sınırlayabilmesi mümkün olur. Anayasa halk tarafından yapılabilir yahut *ex post* halk tarafından onanabilir, anayasallık bağlamında yasaların meşru bir şekilde türetilmesi kadar bu meşruiyet gerekçesinin iradenin erişim alanının ötesinde olması diğer bir ifadeyle meşruiyete gerekçe olan üst normun insan onuru, yaşam hakkı vb. dünyevi yahut ilahi olması fark etmeksizin ilgili siyasal birlik için kutsal görülmesi gereğidir. Yazılı anayasalar bağlamında, devletin temelini ilan eden ilkeleri değiştirilemez maddeler olarak formüle etmenin gerisindeki görüş budur: temel yasaları insan erişiminin dışında tutmak. Olasılıkla maddi nedene güvensizlik sonucu bir tedbir olarak yazılı anayasalarda uygulanan bu formülün isabetli olup olmadığı konumuz dışındadır. Burada sadece üst normun hakikat ve dayanak niteliğini ifade etmeye çalışıyoruz. Arendt'in sözlerine müracaat

edecek olursak: "... değiştirmeyeceğimiz şeye hakikat diyebiliriz... hakikat dediğimiz şey ayağımızı bastığımız toprak, üstümüzde uzanan gökyüzüdür.¹⁰⁷" Bir siyasi birliğin anayasasına temel teşkil eden üst normlar, o anayasa demokratik yollardan yapılmış olsa bile insan erişiminin ötesindeki hakikatlerdir, siyasi birliğin dayanağı, sınırı ve ufku da bu hakikatlerdir. Devrimler başka hakikatlerin peşinden koşar, hakikatsizliğin değil. Tekrar eden karakteristik özelliklere sahip olmayan, kalıcı bir yapı arz etmeyen şey esasen var değildir. Aksini iddia eden başıboşluk ile özgürlüğü ayırt edemez.

Hukuk tıpkı yukarıda zikredilen birbirinden epistemolojik olarak farklı özellikler sergilemelerine rağmen doğru kabul edildiklerinden tartışma dışı olan önermeler gibi, zor kullarır. *Politeiayı* sadece siyasi görmenin bu bağlamda yaratacağı sıkıntının bir yanı da bu zorla ilgilidir. Arendt, *praksis* alanını siyasetten ibaret algıladığı ölçüde meşru etkilme yolları olarak ikna ve örnek olmayı görmektedir¹⁰⁸. Fakat hukuk türetilirken rızaya başvurmak ne kadar erdemli gözüküyorsa icra edilirken zora başvurmamak da en az o kadar sorunludur. Dolayısıyla hem türetilirken dayandığı apaçık hakikatler nedeniyle hem de doğası gereği rıza göstermeyene uygulandığı için hukuk zorlamayı barındırır. Arendt'in hukukun emir-itaat ilişkisine indirgenmesine dair yönelttiği eleştiri elbette anlamlıdır ancak zorun hukuktan tamamen dışlanabileceğini düşünmek de makul değildir; bu durumla yüzleşmek hukuku doğrudan doğruya ölümsüz yasa koyucunun yahut başka türlü bir sınırlandırılmaz homojen kurgunun emri olarak düşünmeyi gerektirmez¹⁰⁹.

Mutlaklar bahsini Arendt adına çelişkiye düşmeden kapamanın tek yolu, Arendt'in Fransız devrimine olan muhalefetini teorik planda Schmitt karşıtlığıyla birlikte okumaktır. Fransızlar'ın bölünmez ve sınırlandırılmaz bir egemen olarak kurucu iktidar telakkisi Schmitt'in canı gönülden inandığı bir

¹⁰⁷ Arendt, "Hakikat/Doğruluk ve Siyaset", s. 319.

¹⁰⁸ Arendt, "Hakikat/Doğruluk ve Siyaset", s. 298 vd.

¹⁰⁹ Breen, "Law beyond Command? An Evaluation of Arendt's Understanding of Law", s. 32.

keşifti¹¹⁰. Arendt ise irade serbestliğiyle karıştırılmaması gereken bir özgürlük anlayışına sahip olduğu için evvela egemenlik fikrinin kendisini şedit bulur. İlâveten bölünmezlik ve sınırlandırılmazlık niteliklerinde billurlaşan, doğa durumundaki kurucu iktidarın kendisi keyfi olduğu için anayasallık kaynağı olamayacağını düşünür. Egemenliğin yerine iktidarı, kararın yerine uzlaşmayı önerir. Dolayısıyla iktidarın kanaati olarak ortaya çıktıktan sonra mutlakların dayanak olmasına itiraz etmeyeceğini varsayabiliriz. Nitekim Arendt "*We hold these truths to be self-evident...*" cümlesindeki performatif yarın (*we hold*) mütekaliliyete dayanan iktidarı ifade ederek kendinde hakikatler kısmına galip geldiğini ve Amerikan devrimini kurtardığını düşünür zira bu yolla iktidar, otoriteyi kuruluş ilkesi olarak kendisinde bulur, başka bir kaynağa referans vermez¹¹¹.

Fakat bu o toplumun temel normunu mutlak bildiği gerçeğini değiştirir mi?

3.3.3.2.2. Oyun Olarak Hukuk ve Uzmanlar

Arendt için kurumlar, ister monarşi ister demokrasi biçiminde olsun halkın iktidarının biçimlenmiş halidir ve meşru-

¹¹⁰ Scheuerman, "Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt", s. 143.

¹¹¹ B. Honig, "Declarations of Independence: Arendt and Derrida on the Problem of Founding a Republic", *The American Political Science Review*, cilt. 85, sayı: 1, 1991, s. 100 vd. Honig, karşılıklı söz vermenin edim niteliğini ortaya koyarak iktidarın oluşumunun emek, iş, eylem üçlüsüyle olan bağlantısını görölür kılmış olsa da makale boyunca iktidarın ve hukukun kaynağını ayırmamış bunun neticesi olarak da hem anayasallığın temini hususunda halkın (*we*) anayasarın ilanından önce örgütlü olmasının Arendt'in şemasında ne denli önemli olduğunu hem istikrarı temin edenin iktidar değil hukuk/anayasa olduğunu hem de Yüksek Mahkeme'nin hukuki otorite oluşunu ıskalamıştır. Honig'in *we*'nin anayasadan önce var olmadığına yönelik Derrida atfılan Arendt'in Fransız geleneğine yönelik eleştirilerini görmezden gelmektedir. Halbuki anayasaya duyulan inanç otoritenin temelini Derrida bağlamında açıklamak için yeterli olurdu ve bu sayede Honig'in anayasarın yorumlanması, tercüme edilmesi bağlamında yürütölen hermenötik faaliyetin tam da Arendt'in söylediği gibi kurucu iktidarı çoğaltmak (*augment*) anlamına geleceği yönündeki savı münasip bir pozisyona erişirdi ki bu duruma yukarıda değinmiştik. (Bkz. Honig, "Declarations of Independence: Arendt and Derrida on the Problem of Founding a Republic", s. 110.)

iyeti, devamlılığı halkın rızasına bağlıdır, bu rıza azaldıkça iktidar azalır şiddet artar, doğrultulmuş bir silah belki katıksız bir itaati temin edebilir fakat iktidarı oluşturamaz¹¹². Arendt'in yasal düzen muhayyilesi de iktidarın, rızaya dayalı bir ilişki olmasına paraleldir. Üç farklı hukuk geleneğinden bahseder: emir olarak hukuk, *nomos* ve *lex*. Emir olarak hukuk, hem yönetilen-yöneten ayrımına dayalı hem de iradeci olduğu için, doğru bir iktidar ve özgürlük telakkisi sunamayışının sonucu olarak hukukta da On Emir'den ötesini göremez. Yunan *nomos*unda ise hukuku, daha ziyade de *politeiayı*, siyasi özgürlüğün deneyimlenebileceği kamusal alanı oluşturan bir form olarak görür. Arendt, Yunan *nomos* geleneğine, bir eylem alanı için zemin teşkil etmesi ve hukuku üst bir otoritenin emri olarak görmemesi nedeniyle buyruk olarak hukuktan daha olumlu yaklaşırsa da, yurttaşların karşılıklı söz vermeyle birbirlerine bağlanması şeklinde özetlenebilecek Roma *lex* geleneğini tercih etmektedir çünkü nasıl emir olarak hukuk yönetilen-yöneten, egemen-tebaa ayrımlarına dayandığı için siyasi özgürlüğün karşıtıysa, Yunan *nomos*u da hukuku yapmanın nesnesi olarak gördüğü için, filozof-kral yahut modern anayasacılık hareketleri gibi siyaset öncesidir¹¹³. Buna karşın Roma geleneğinde görülen, eşitlerin karşılıklı iknaları sonucu ortaya çıkan bağı ifade eden *lex*, praksis ürünüdür¹¹⁴.

Arendt için hukukun geçerliliği yaptırıma değil ahde vefa ilkesine dayanır, onun için hukuk emir/buyruk değil insan davranışlarını yönlendiren oyun kurallarıdır, bu kuralları yadsırsam hukukun çerçevelediği alanın dışında kalırım:

""Sanırım, Passerin d'Entreves'in "oyunun geçerli kuralları" dediği türden kuralları daha ileri götürebiliriz. Zira bu kuralların getirdiği, bunlara gönüllü olarak riayet etmem ya da kuramsal olarak geçerliliğini kabul etmem değil, pratikte bu kurallara

¹¹² Arendt, *Şiddet Üzerine*, s. 52, 64.

¹¹³ Wilkinson, "Between Freedom and Law: Hannah Arendt on the Promise of Modern Revolution and the Burden of 'The Tradition'", s. 55-57.

¹¹⁴ Breen, "Law beyond Command? An Evaluation of Arendt's Understanding of Law", s. 23.

uyum göstermediğim sürece oyuna giremeyecek olmamdır. Kabul etmemdeki saik, oynama isteğimdir; insanlar ancak çoğul olarak varolabileceğinden, oyuna katılma isteğim yaşama isteğimle özdeştir. Her insan bir topluluk içinde doğar ve burada kendisinden önce yasalar vardır; bu yasalara "riayet eder" çünkü dünyanın büyük oyununa katılmasının başka yolu yoktur. Devrimcilerin yaptığı gibi oyunun kurallarını değiştirmek ya da suçluların yaptığı gibi kendim için bir istisna yaratmak isteyebilirim. Ama ilke olarak bunları yadsımak, sadece "itaatsizlik" değil, insan topluluğuna katılmayı reddetmektir...Tüm yasalar, emirden ziyade "yönerge" niteliğindedir. Nasıl kurallar oyunu yönlendirirse, yasalar da insanlar arası ilişkileri yönlendirir. Geçerliliklerinin nihai güvencesi, eski bir Roma deyişinde gizlidir: *Pacta sunt servanda* (ahde vefa)."¹¹⁵."

Hukuku oyun kurallarına benzetmenin manası nedir? Evvela hukuku bir emir olarak görmemek fakat onu emirden ayıran şeyin yani meşruluk kaynağının hukukun geçerli olduğu alanın ve hukuki bilincin dışında bir kaynak olduğunu da reddetmek, hukuku birlikte olmanın koşulu olarak görmektir¹¹⁶.

Oyunun kuralları oyuncuların dışındadır: Bir futbol maçında topu elle sürdüğüm takdirde iki şeyden biri olur: ya bunun fark edilmemesini ve bu yolla kendime avantaj sağlamayı umuyorumdur ki yakalanırsam cezalandırılırım ya da benim bu davranışım diğerleri tarafından tekrarlanır, örnek alınır ki bu durumda artık futbol oynuyor olmayız. Dolayısıyla oyunun kurallarına uyum göstermek oyun oynamanın koşuludur. Aynı şekilde en başta ben elle oynanan bir oyun oynamak istiyorum dersem futbol oynayanlara katılamam. Bununla beraber buradaki kutsiyet sadece oyun oynamanın

¹¹⁵ Arendt, *Şiddet Üzerine*, s. 51.

¹¹⁶ Bu haliyle, Driberg'in Afrika hukukunu anlatışıyla paralellik arz eder: "Hukuka uyulur çünkü hukuk kabul edilmiştir. Hukukun kabul edilmiş olması ve toplumsal organizasyonun bütünleyici parçası olmasının kendisi zaten bir yaptırımdır. Hukuka uyulur çünkü sadece bu yolla toplum işler ve hukukun düzenlemelerine katılmak herkesin çıkarıdır. Hukuk egemenin eylemi değildir, *ad hoc* yaptırımlarca değil inanç ve toplumsal pratikle yürütülür." (J. H. Driberg, "The African Conception of Law" *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Cilt: 16, Sayı: 4, 1934, s. 238)

kendisindedir, oyun başka bir amacın aracı değildir. İkinci olarak elle oynama yasağı bir direktif gibi görünse ve bir yaptırımı olsa da esasen futbol oynamamanın bir koşuludur. Yani ne sponsorun ne antrenörün ne taraftarın ne rakip oyuncunun ne de başka birisinin iradesini gerçekleştirmeye yarayan bir araçtır; futbolla ilgili tüm bileşenlerin bu ortak dünyada yer alabilmesinin koşuludur; içlerinden birinin emri değildir. Üçüncüsü elle oynamamanın yaptırıma bağlanması bir gereklilik de olsa futbolu var eden bu yaptırım değil tüm bileşenlerinin futbol oynama isteğidir. Futbol oynamak istiyorsak kurallarına riayet etmeyi kabul etmemiz gerekmektedir. Bu koşul, oyundan keyif alanlar kadar oyunu istismar etmek isteyenler için de geçerlidir. Zira oyunun amacına aykırı kural dışı hamlelerle kazanç sağlamak ancak oyun oynanmaya devam ettiği, oyunun kuralları etkin olduğu müddetçe mümkündür. Hilekâr, kuralları yadsımaz, kendisi için istisna yaratır, avantaj sağlar. Fakat oyun oynanmıyorsa, avantajının da bir anlamı yoktur. Dolayısıyla hilekâr istisna da olsa düzene aittir. Benzer durum oyunu değiştirmek isteyenler için de geçerlidir, kuralsızlığı değil yeni kuralları talep ederler. Hülasa hukuk, Arendt'in nezdinde, talimatlar silsilesi olmaktan ziyade siyasi topluluğun yaşam oyunu oluşturmasını mümkün kılan koşullardır.

Böylelikle Arendt'in hukuk telakkisi kısaca özetlenmiş olur. Konumuz bakımından bu şemadaki temel sorun her topluluğun temel/üst norma ihtiyaç duyusudur ki bunun üzerinde yukarıda yeterince durduğumuz için burada tekrar etmeyeceğim. Hukuku rıza verişlerin ifadesi olarak ele almadaki hala birkaç sorunlu kısmın mevcut olduğunu ifade etmemiz gerekir. Mutlaklar, temel/üst norm meselesiyle de ilişkili olarak hukuk kurmanın her daim fail nedeni, yasama ve yargı, gerektirmesi olarak da bu sorunu ifade edebiliriz.

Yasalar, Arendt'in iddia ettiği gibi karşılıklı söz verme edimlerinin hukuki ifadeleri dahi olsalar yasa ve hukuk olarak sabitlenmeleri kendiliğinden gerçekleşmez. Yasa koyucular ve yargıçlar, bir kişi yahut belirli bir grup olması fark etmeksizin topluluğun karakterini, formunu kurar, topluluğu bir birlik olarak stabilize eder, o topluluğun ne olduğu ve ol-

madığı bu yolla ifadeye kavuşur ve fail nedenin devreye girdiği her anda ister istemez maddi nedenin potansiyeline nispetle kayıplar yaşanır¹¹⁷. Fakat bu, fail nedensiz bir formelleşme vehmetmemiz için geçerli bir sebep değildir.

Fail neden sadece yasama faaliyeti esnasında da ortaya çıkmaz. Yargıçlar, avukatlar vb. den müteşekkil hukukçu sınıfı formelleşmenin yadsınamaz bir parçasıdır. Tarihi bilgimiz de hukukun gelenekleşmesinde, diğer normatif sistemleri aşarak toplum genelinde hakim olabilecek denli etkin ve etkili bir seviyeye erişmesinde hukukçu sınıfının faaliyetine dikkat etmemiz gerektiğini söylemektedir. Hukukun, moderniteden farklı şekilde yasama ürünü olarak algılanmasının mümkün olmadığı¹¹⁸ ve Arendt'in Amerika için model olarak gördüğü Roma pratiği özellikle dikkate değerdir. Hukuk bilginleri (*iurisprudentes*) sadece yargı bürokratu olarak vazife almamış, zaman içerisinde bağlayıcılık kazanan görüşleriyle hukuku

¹¹⁷ Bkz. Breen, "Law beyond Command? An Evaluation of Arendt's Understanding of Law", s. 28 vd. Breen, bu durumdan fail neden ihtiyacından fazlasını çıkarmaktadır. Ona göre birilerinin yasa yapıyor oluşundan anlamamız gereken hukukun, Arendt'in Yunan *nomos* geleneğinden çıkardığı gibi siyaset öncesi bir çitleme faaliyeti olmadığı bilakis yasamanın, tıpkı surların yenilenmeye ihtiyaç duyması gibi süreklilik gerektiren bir faaliyeti ima etmesidir. Arendt'in karşılıklı söz verme edimlerinin ifadesi olarak hukuk telakkisinin bununla çeliştiğini düşünmüyorum çünkü ilk elden Arendt, zaten Yunan geleneğinin siyaset öncesi oluşunu sorun eder. Hukukun siyasete önceliğinin Arendt için anlamı şiddet-iktidar gerilimindedir. Siyaset ancak yaşam alanı mevcutsa şiddet olmadan icra edilebilir. Bu yaşam alanını da kaynağını kuruluş ilkesi dolayısıyla oyuncularda bulan hukuk kurar. Bu aşamadan sonra sınırları hukukla çizilmiş alanda performans ortaya koymak, eylemde bulunmak ve çiti güncellemek zaten Arendt'in beklentisidir. Hukuk ki bu bağlamda hukukun bir cüzü anayasa, sadece bu performansın, şiddet olmamasını temin etmesi bağlamında siyasete önce gelir, bugünü düne ve yarına bağlar. Aksi yöndeki bir anlayış Arendt'in, siyasetin yapıntı olarak algılanmasına yönelik itirazlarını görmezden gelmek olur.

¹¹⁸ O kadar ki Digesta'da (50. 17.1.) "Hukuk kuraldan çıkarılmaz fakat kural hukuk tarafından yapılır." (non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.) denmektedir. Bkz.

(<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest50.shtml>); John George Philimore, *Principles and Maxims of Jurisprudence*, 2. Baskı, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2001, s. 92.; Michel Villey, *Roma Hukuku Güncelliği*, çev. Bülent Tahiroğlu, İstanbul, Der Yayınları, 1985, s. 53.

doğrudan biçimlendiren bir kaynak haline gelmiştir¹¹⁹. Antik Yunan'ın siyaset ve felsefedeki başarısını hukuk alanında sürdürmediği buna karşılık Roma'nun sadece yollarıyla değil hukukuyla da coğrafyayı ördüğü malumdur. Bu konuda fark yaratan etmenlerden biri de muhakkak *auctoritas*a sahip hukukçulardı, nitekim *ius civile*nin kanunlardan ziyade hukukçuların eserleriyle oluştuğu iddia edilmektedir¹²⁰. Roma deneyimi henüz kodların ortaya çıkmadığı, yasama pratiğinin yaygınlaşmadığı bir dönemi işaret ettiği için özellikle önemlidir. Lakin hukukun oluşumunda hukukçuların vazgeçilmez rolünün Roma deneyimine özgü olduğu kolay kolay iddia edilemez. Her ne kadar hukukun formelliğinden bir iline gibi bahsedilse de normatif olanın hakim olması esasen formel nedenin açığa çıkması demektir. Bu ise hukukçu sınıfının genelleştirme, evrenselleştirme faaliyetini üstlenmesini gerektirir¹²¹.

Fakat Arendt uzmanlara hem bürokrasi görünümünde hem de anayasanın uzmanlarca hazırlanması durumunda eleştirel bakar. Arendt, bürokratik yönetim ağı genişledikçe sorumluluğun anonimleşeceği dolayısıyla karşınızda hesaplaşabileceğiniz kimsenin kalmayacağını, bunun da siyasal özgürlükten yoksun kalınmış bir yönetim biçimi anlamına geleceğini ifade eder: Hiç kimsenin yönetimi, herkesin eşit miktarda iktidarsız olduğu, tiransız bir tiranlıktır ona göre¹²². Fakat hukuk devleti modernlik koşullarında başka türlü düşünülebilir mi? Ya da burada sorun yine iktidar ile hukukun karşılaşması veya iktidar ve otoritenin karşılıklı bağımlılığı mıdır? Zira insanlarla yönetimin arasını açan şey bürokrasiden ziyade iktidarın merkezileşmesi/tekelleşmesi ve temsili demokrasinin açmazları gibi durmaktadır. Aynı durumun anayasallık başlığında da geçerli olduğu söylenebilir. Yüksek Mahkeme elbette uzmanlardan müteşekkildir. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme yargıçlarının ömür boyu göreve geliyor oluşu da

¹¹⁹ Villey, *Roma Hukuku Güncelliği*, s. 35.

¹²⁰ Villey, *Roma Hukuku Güncelliği*, s. 51.

¹²¹ Bkz. Gürler, *Hukukun Gücü: Bourdieu Sosyolojisinde Hukuk Alanının Oluşumu ve İşleyişi*, s. 111, 141.

¹²² Arendt, *Şiddet Üzerine*, s. 95.

sorunsallaştırılabilmektedir¹²³. Velhasıl, Arendt medeni dünyanın hukuk eliyle inşasında hukukçuların/uzmanların rolünü göz ardı eder görünmektedir. Toplum genelinde uyumsuzlukların hukukla çözümleneceğine dair yaygın bir güvenin temin edilebilmesinin isabetli bir hukuk siyaseti ve etkili bir hukuk pratiği olduğu dikkate alındığında bu durumun küçümsenmemesi gerektiğini ifade edebiliriz. Arendt'in benzetmesini sürdürecektir olursak, bir oyunun geliştirilmesinde, güncellenmesinde oyuncuların oyunu takip eden, doğrudan bunu "iş edinmiş" uzmanlar kadar yer tuttuğunu iddia etmek kolay görünmüyor. Yargı, hukukiliğin tespitinde vazgeçilmez bir unsurdur. İçinde olduğumuz karmaşık toplum geri dönülmez bir aşamaymış gibi algılandığında, uzman ihtiyacı doğal bir talep gibi görülüyor. Fakat çalışma boyunca farklılıklara değil ortak olana odaklanılmış olmasından çıkarılabileceği gibi burada modern toplumun taleplerinden fazlasını kastediyorum. Başlangıç toplumlarının şamanı, büyücüsü de işaret ettiğim alanın içerisinde. Bu hususta görebildiğim en uç örnek Yunan polisi dahi bu ihtiyaca karşı koyamamıştır, yargı şuraları retorik uzmanlarının tesiri altında kalmıştır, kaldı ki zaten usul hukuku için ayrıca görevlendirilmiş memurlara ihtiyaç duyulmuştur. Hukuku ve onun bir vechesi olan anayasayı tek bir anda, doğduğu toplumsallıkta yahut anayasa yargıcının veyahut tali kurucu iktidarın toplumsallığın tesirinde icra ettiği yasama ediminde aramak doğru değildir. Bir toplumun hukukunun, anayasasının ne olduğunu soruştururken, soruşturma anından geriye doğru bakarak tüm süreci değerlendiririz, uzmanlar ve yapma eylemi bu süreçte yok sayılamayacaklarını ilan eder. Dolayısıyla Arendt'in eserine birincileyin maddi nedenden anlaşılması gerekenin nüfusu işaret edecek bir iradecilik olamayacağı, ikincileyin hukukun türetilmesinde mebusundan yargıcına tüm faillerin, fail nedenin tarihin olumsallığı nispetinde yer tuttuğu hakikati nedeniyle temkinli yaklaşmak gerekir.

¹²³ Scheuerman, "Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt", s. 159.

4. Bölüm

Anayasa Kurabilen İktidar: *potentiadan auctoritasa*

Kurucu iktidar literatürü hukukun taşıyıcısını, maddi nedenini deşifre etmek münasebetiyle önemlidir. Schmitt, normatif sistemin, maddi dayanakları olmadan ne kurulabileceğini ne de ayakta kalabileceğini gösterdi. Arendt, iktidarın ve hukukun farklı kaynakları olduğunu ifade ederek maddi nedenin örgütlenişinin diğer bir ifadeyle formunu açığa çıkartış yolunun maddi nedenle formel neden arasındaki irtibatın kurulması ve formel nedenin istikrara kavuşması için ne denli önemli olduğunu ortaya koydu. Diğer bir ifadeyle anayasa dediğimizde aklımızda canlanan norm demeti imgesi, anayasanın formel nedenini nispeten bildiğimizi ima ederken, Schmitt ile maddi nedeni, Arendt ile de bunun yanında otorite bahsi sayesinde formel nedenin teleolojik nedenle paylaştığı değer yanını hatırladık. Fakat hem her iki yazarın birbirine karşıt konumları hem de aslen siyaset veçhesinden konuyu ele almaları nedeniyle onlardan edindiğimiz argümanları kullanarak daha organik ve konunun tüm yönlerini açıklayan bir izahta bulunmamız gerekmektedir. Konuyu şu şekilde de özetleyebiliriz: Anayasayı yoktan var olan bir kurallar dizgesinden ziyade muhataplarınca yaşanan, onlar aracılığıyla ortaya çıkan fakat onların üzerinde konumlanan, onlara bir kısıt oluşturan normatif bir düzen olarak görmek kurucu iktidar literatürünün katkılarıyla mümkün olur. Ne var ki birbirine aslen karşıt konumlanan bu iki yazarın eserlerinde ortak olan siyasi düşünceye yönelik eğilimleridir. Biraz da bu eğilimin tesiriyle anayasa ve genel olarak hukuk, iradenin ürünü olarak görülebilmektedir. Bundan dolayı anayasallığın temininde maddi nedenin kitle toplumunu çağrıştıracak şekilde bir arzu yığını olarak algılanmaması gerektiği, ülke ve nüfus un-

surlarının vurgulanmasından maksadın popülizm değil toplumsal yapı ile normatif sistem arasındaki doğrudan ilişkiyi ima etmek olduğu, maddi nedenin potansiyelinin açığa çıkışına bir rasyonelleşmenin eşlik ettiği ve bu potansiyelin aynı zamanda bir telos olduğu ifade edilmelidir. Bu durumun mantıksal açıklamasını zaten birinci bölümde, anayasanın onto-teleojisi başlığında yapmıştık.

Bu bölümde odaklanacağımız olgudan norma daha doğru bir ifadeyle fiiliyattan normatif bir sisteme geçiştir. Anayasa, büyü bir iradenin öyle olmasını istediği için ortaya çıkan bir şey değildir; yapıp etmeler sadece fiili durumu ihtiva eder, bir büyü varsa kişilerin kendi eylemlerinin sonucu olan anayasanın genel olarak da hukukun, yine kişilerin eylemlerine kısıt temin etmesidir. Bu nasıl mümkün olur? Bu bağlamda son bölümde üç başlık halinde ele alınan temel argüman ise, anayasanın toplumda, ilanından evvel var olduğu tanıma süreci ile toplumun mensuplarınca keşfedildiği, tanımanın taraflarından ayrı bir üçüncü olarak onların üzerinde yükselmek suretiyle otorite konumuna gelmesiyle toplumda anayasallığın temin edildiğidir. Tersten söyleyecek olursak, muhataplarını ve anayasallığın doğasını dikkate almayan, fail nedenin bir şekilde anayasa adıyla ilan etmeyi başardığı herhangi bir kurallar manzumesi ne umulduğu gibi etkinleşebilir ne de adı anayasa da olsa anayasallığı temin edebilir.

4.1. Kurucu İktidarın Toplumsal Sınırı ve Temel Norm Meselesi

Anayasal kuruluş konusunu araştırmak, hukuk düzeni için bir yaratılış miti yazmaya benzer: Dünya öküzün boy-nuzları üzerinde duruyor, öküz balığın, balık başka bir şeyin peki en nihayetinde o neyin? Yahut anayasal düzenin hareket ettirici ilkesi nedir¹? Temel norm denilince akla gelen isim

¹ "Egemenlik iradeyi harekete geçmeye itebilecek tek neden ancak kendinden kaynaklanan bir nedendir" (Cemal Bali Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, 3. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, s. 330.) dendiğinde sözde modern/yeni siyaset felsefesinin eski kalıplara nasıl bağlı kaldığı görülür. Meşruiyetin modern kaynağı, yani ulus tıpkı Antik Yunan'daki evrenin hareket ettirici ilkesi,

olan Kelsen, normatif bir dizge olarak tasarladığı hukukun temelinde, temel normun varsayılmasını istemişti². Hukukun, kurumsal normatif bir düzen, siyasetin ise iktidar düzeni olduğunu ifade eden MacCormick ise Kelsen'in hukuk bilimi için istediği saflığın, konu hukukla siyaset arasındaki ilişkiyi açıklamak olduğunda verimsiz olduğunu ifade eder ve tarihselliğe dikkat çeker³. Buna göre her zaman anayasalardan önce gelen bir teamül vardır ve bir sefere mahsus yapılmış bir sözleşme değil nüfusun paylaştığı bu teamül anayasaya meşruluğunu verir⁴. Bu iddia Kelsen'in temel norm hakkındaki açıklamalarıyla büsbütün çelişmez fakat o zaten temel normu hukuk biliminin konusuna da dahil etmez⁵. Maccormick'in,

ilk nedeni gibi düşünülür. Krş. Mikael Spang, *Constituent Power and Constitutional Order: Above, Within and Beside the Constitution*, Palgrave Macmillan, 2014, s. 19.

² "Bir normun geçerliliğinin nedeni hiçbir zaman, normu yaratan eylem olarak dahi, bir olgu olamaz, sadece başka bir norm olabilir, başka daha üstün bir norm olabilir... Şayet pozitif hukuk düzeninin geçerlilik nedenini sorgularsak, genel normları yaratması için örf ve adeti veya yasama organını, bireysel normları yaratması için yargıyı ve idareyi yetkilendiren tarihsel olarak en başta yer alan anayasaya varırız. Bu normların geçerli olduğu faraziyesi Anayasanın Kurucu Babaları'nı, yaşamayı yahut örf adeti bütün diğer hukuki işlevlerin temeli olarak tayin eden normları yaratma hususunda yetkilendiren normu varsayar. Bu norm anayasanın geçerliliğinin nedenidir ve hukuk düzeninin anayasayla uygunluk için kurulmuş temel normudur. Bu, hukuki düşüncemizce varsayılmış bir normdur, belirli bir kimsenin eylemi sonucu yaratılmış bir norm olamaz...Bu gerçeğe itibarla Hukukun Saf Teorisi'nin pozitif hukukun geçerliliğini temin eden temel normunun kendisi pozitif hukukun bir normu değildir..." Hans Kelsen, "On the Basic Norm", *California Law Review*, Sayı: 47, 1959, s. 108,109.

³ Neil MacCormick, "The State and The Law", *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, 2. Baskı, 2002, Oxford, s. 17, 23.

⁴ MacCormick, "The State and The Law", s. 24.

⁵ Kelsen pozitivistizmini yorumlayışındaki aşırına kaçan irade kaynaklı yaratı vurgusu bir kenara, Bobbio, Kelsen'e göre, örf ve adetin, hukuk kaynağından anlaşılması gerekenin hukuki yaratı usulleri olduğu kaydını düşerek, hukuk kaynağı olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda uyarır. (Norberto Bobbio, "Kelsen ve Hukukun Kaynakları", *Devlet Kuramı*, çev. Bilge Açımız, Der. Cemal Bali Akal, 2. Baskı, Ankara, Dost Yayınevi, 2005, s. 461 vd.) Bu aşamada, bağlam uyarınca daha önemli olan uyarı Akal'ın iddiası olabilir. Buna göre Kelsen'in, hukukilik ile hukuk biliminin konusu olan normlar piramidini tam bir örtüşme içinde görmediği bu yüzden de temel normu, hukuk bilimi-

anayasanın etkinleşmesini mümkün kılan teamüllere yönelik vurgusunun anayasayı bir sonuç belgesi olarak gören anaya-

nın konusu dışında kalan her şey, saf olmayan hukukilik olarak düşünmüş olabileceği ihtimalini göz önünde bulundurmak gerekir. Akal, bu yargısını temel norm anayasa ilişkisinde belirginleştirir. Kelsen'in hazırladığı 1920 Avusturya Anayasası gibi bir anayasası olmayan toplumların mevcudiyeti temel normu anayasa ile eşleştirme eğiliminin önüne geçer, anayasalı toplumlar için ise yine Kelsen'in anayasa hazırlayan bir irade olarak, "irade normun yaratıcısı değildir" dediği de hatırla tutulduğunda anayasa "bir sosyallik ve güç ilişkileri zorunluluğu olarak" temel normun altına yer alır. (Cemal Bali Akal, "Grundnorm'un Yolları Sonsuzdur", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, 2014, s. 24, 28.) Bu veçheden yeni bir anayasanın, nihai normatiflik kaynağı olarak kurucu iktidarın "iradesini" görmek, Kelsen pozitivizmi için mümkün değildir. Vergi memuru ile soyguncuyu ayıran objektif/nesnel anlamdır ve bu anlam iradi olarak yaratılan bir şey değildir. İrade sübjektiftir/öznelidir. (krş. Ali Acar, "Yeni Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir? Hukuki Pozitivizmden Yanıtlar", *Çankaya University Journal of Law*, 8/2, 2011, s. 112 vd.) Acar, 1. Hukukun yapısal bir kısıt ihtiva eden niteliğini ve bunun öncüllerinden olan, toplumda yerleşik olan hukuk bilincini, 2. Kelsen'in genel olarak normatif sistemler için bir örnek veriyor oluşunu, 3. Kurucu iktidar anlatsının anayasallıkla ilişkisini dikkate almamaktadır. Bu yüzden de Kelsen'in din alanından verdiği örneği din alanı için kabul edip hukuk alanında bir adım öteye geçmektedir. Halbuki buna lüzum yoktur zira Kelsen din alanından bir örnek seçmekte, din de normatif bir sistem olduğu için beis görmemiştir. Dolayısıyla "kişi Hristiyan olarak kalacaksa" ifadesi, ilgili normatif sistem içinde kalınacaksa şeklinde okunmalıdır. İlgili normatif sistemin otoritesi nedeniyle ihlal edilmemesi meselesine geldiğimizde Acar, din söz konusu olduğunda "neden Tanrı'nın emirlerine uymalıyız" sorusunu sorup bir sonraki aşamaya geçmeye gerek görmezken, hukuk için bu aşamaya geçmemeyi "akla ve insan deneyimine güvensizlik" olarak nitelemektedir. Burada dikkat etmemiz gereken, anayasallık tartışmasının yapıldığı modern toplumda hukukun meşruiyeti kendisine referansla temin ettiği yani dinin meşruiyet işlevini kendi kendine yerine getirdiğidir. Kurucu iktidar tartışması zaten bu bağlamda önemlidir. Bu anlayışla kurucu iktidar yeni meşruiyet kaynağı olarak işaret edilmekte fakat aynı zamanda kurulmuş iktidarlara sınırlandırması beklenmektedir. Bu dönemde nasıl olacak da "yasa insanın üzerine çıkacak" sorusu bu yüzden vardır. Buraya kadar zaten belirli ölçüde izah ettiğimiz bu konu üzerinde çalışmanın ilerleyen sayfalarında da durmaya devam edeceğiz. Acar'ın makalesinin devamında takip ettiği hat da belirli ölçüde bu yöndedir zaten. Kuruluş konusunda bir krizin söz konusu olmadığı toplumlarda ise 1. maddedeki durum söz konusuysa Kelsen özelinde özellikle önemli olan dinin, hukukun ve ahlakın normatif sistemler olmak bakımından farklarının olmamasıdır. Temel norm bağlamındaki nüans, dinamik ve statik normatif sistemler ayrımına gidildiğinde görülür.

sacılık hareketleri için öncelikle geçerli olduğunu ifade eden Oder, anayasada ilan edilen kurguya önce gelen bir anlayışın mevcudiyetini, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin yazılmasından önce, bildirgedeki anlayışın aydınlanma döneminde yerleşmiş oluşu ve 1791 Fransız Anayasası'nın Sieyès'in kurucu iktidar kuramını normatif hale getirişi ile örnekler⁶.

Nitekim Sieyès'in kurucu iktidar anlatısı anayasal düzenin anayasa öncesi kaynağı olarak kurucu iktidarı işaret ettiği gibi bu durumu meşrulaştırır da. Sieyès daha ilk aşamada yani birlik olma yönünde bir iradeye sahip insanların mevcut olduğu durumda artık ulustan bahsedilebileceğini ve bu nüfusun ulusun bütün haklarına sahip olduğunu söyler. Bu suretle ulus, kurulmuş iktidardan yani pozitif yasalardan önce gelir. Kurucu iktidarın amacı bu amacı gerçekleştirecek araçtan yani anayasadan ve diğer pozitif yasalardan önce gelir. Sieyès'e göre ulustan önce gelen tek şey doğal haklardır⁷. Şu hâlde birliğin amacı ve doğal haklar Sieyès'e göre her şeyin üstündedir. İradenin bizatihi kendisinin yasal ve yasa olduğunu söyleyerek pozitif hukuk öncesi bir hukuka işaret eder. Sieyès'e göre ulus doğal hukuka göre oluşur⁸. Deşifre etmemiz gereken bu iddianın arkasındaki akıl yürütmedir: Nasıl tarihsel ve toplumsal olan (sosyoloji) konulmuş olana (pozitif hukuk), akli/ussal/yasal olan da (felsefe) tarihsel ve toplumsal olana önce gelirse ulusun iradesi pozitif yasalara, doğal haklar da iradeye önce gelir. Pozitif yasalar ulusun iradesinden kaynaklanır. "Ulus sadece var olmasıyla ve var olduğu için ne ise odur... Kendisine zaten sahip olduğundan daha çok veya daha az hak yakıştırması kendi iradesine bağlı değildir."⁹

Sieyès'in ulusu anayasadan önceye yerleştirmesi, anayasayı yapan temel yasaların ulus tarafından temellendirilmiş olduğunu ifade etmesi ve ulusu sadece varlığıyla temellendirmesi kurucu iktidar anlatısını sürdüren Schmitt'in açıklamalarıyla paraleldir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi Schmitt'in

⁶ Oder, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, s. 37-39.

⁷ Sieyès, *Üçüncü Sınıf Nedir?*, s. 71.

⁸ Sieyès, *Üçüncü Sınıf Nedir?*, s. 72.

⁹ Sieyès, *Üçüncü Sınıf Nedir?*, s. 72.

lışmarın başında kurucu iktidar meselesinin anayasacılığın paradoksu olarak adlandırıldığını ifade etmiştik. Shapiro, bu durumu hukuk dzeninin tmden kuruluşuna genelleyerek yasallık sorunu olarak ele alır ve bir yumurta-tavuk paradoksu olduğunu ifade eder. Bu paradoksu ortaya koyarken bir kurgudan yararlanır. Buna göre¹³: Bir tarım toplumunda, ilk kez, yasa yapma ihtiyaçı ortaya çıktığında, toplumun desteğini haiz Lex ihtiyaçı duyulan yasaları yapacakken filozof Phil, yaptığı yasaların geçerli olabilmesi için Lex'e yasa yapabilme konusunda yetki veren bir yasanın olması gerektiği itirazını getirir. Phil'e göre, Lex kendi kendine yasa yapma yetkisi veren bir yasa yapamayacağı gibi halka da bu konuda yetki veren bir yasa olmadığı için onların da Lex'i yetkilendirmesi mümkün değildir. Dolayısıyla ikincil kuralların yanı yetki veren kuralın yokluğunda yasa yapma faaliyeti asla başlatılamaz. Ne var ki ne Lex ne de halk Phil'i dinlemez. Bu dinlemeyiş hali Sieyés ve Schmitt'in açıklamalarında karşılık bulmaktadır. Kurucu iktidarın sadece var olmasıyla haklı olması paradoksu çözme de kestiği anlamına gelir. Zira Sieyés normatif sistemin temelini ulusta ve onun sahip olduğu doğal hakta bulurken Schmitt, siyasal birliğin kararını, pozitif anayasayı işaret eder. Aşağıda göreğimiz üzere ilan edilmiş anayasa, öncesindeki durum, mutlak ve pozitif anayasa adlandırmalarıyla temel norm başlığında değerlendirilir. Schauer ise Arendt bahsinde mutlaklar, burada ise temel norm olarak andığımız fenomenden, ön varsayım (*presuppositions*) olarak bahsetmektedir. Mutlak ve pozitif anayasa kategorilerini dikkate almaz, anayasaya uygunluğun gereklerini belirten anayasaların anayasaya aykırı hale gelemeyeceğini, anayasaların anayasaya uygun yahut aykırı olmadığını belirtir¹⁴. Turan da bu görüşü paylaşarak anayasaların dayandığı ön varsayımların olduğunu, bu varsayımlar değiştiğinde anayasaların değişeceğini netice olarak anayasaların, kendile-

¹³ Scott J. Shapiro, *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, 37-40.

¹⁴ Frederick Schauer "Amending the Presupposition", *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, der. Sanford Levinson, Princeton University Press, Princeton, 1995, s. 145.

rinde bulabilecekleri değil toplumsal ve siyasal dayanakları olduğunu ifade eder¹⁵. Bu alışma bağlamında şu an için önemli olan bu kaynağa hukuk dışı yahut üstü vb. bir ad koymaktan ziyade kaynağın ilan edilmiş hukuka önce geldięidir¹⁶. Böylelikle, ilan edilmiş hukuk öncesi toplumsal dayanakların kabulüyle, önümüze iki adım çıkar: (A) Toplumsal ve siyasal dayanağın kurucu iktidarın sınırı oluşu ve (B) bu dayanağın herhangi bir şekilde değil, anayasallığı temin edecek surette açığa çıkışı, edimselleşmesi; olgusal, fiili gözüken bu kaynağın normatif olanı nasıl doğuracağı da yine bu konuya ilişkindir. Dolayısıyla şimdi dikkat edilmesi gereken; kurucu iktidarın ve kurucu iktidarın fail olandan önemlisi maddi neden olan kısmının anayasaya önce gelişinin, ikinci anlamı yani anayasanın yoktan var olmadığı, ilanından, metinleşmesinden evvel toplumda anayasal bilinç olarak mevcut oluşudur. Zira aslen bu durum kurucu iktidarın toplumsal sınırını ve anayasanın maddi dayanağını temin eder. MacCormick ve Oder'in vurgusunu, anayasa metni ilan edilmeden önce, metinde ifadesini bulan anlayışın hali hazırda mevcut olduğu şeklinde anlamak gerekir. Bu bağlamda sırasıyla anayasanın, anayasanın ilanından önce toplumda saklı olduğu önermesinin iki yanını vurgulamak gerekir. Bu iki yan bize hem kurucu iktidarın sınır tanımaz bir g, saf bir şiddet olmadığını hem de anayasal anlayışın, fail nedenin keyfi ya-sama pratiğiyle değil maddi nedende saklı olan anlayışın açığa çıkarılmasıyla toplumda etkin olabileceğini anlatır.

Anayasalardan kimiz ve neyiz sorularına cevap vermesi, muhataplarının bir arada yaşamalarını temin etmesi, bu birliğin potansiyelini edimselleştirmesi beklenir. Bu minval üzere

¹⁵ Turan, "Anayasanın n Varsayımlarını Değiştirmek: Frederick Schauer'in Hukuk Sisteminin Hukuksal Olmayan veya Hukuk Dışı Temellerinin Değişimi Konusundaki Görüşleri", s. 17.

¹⁶ İlan edilmiş hukuk ifadesini kullanıyoruz çünkü burada toplumu kalabalıktan ayıran yani onu birleyen unsur hakkında konuşuyoruz. Bu unsur, bir harç gibi nüfusu bir arada tutarken onların aralarındaki hukuklarıdır aynı zamanda ve onları siyasi birlik yapan, içeriye dışardan ayıran ittir. Diğer bir ifadeyle bu bağlamda toplumlaşmış, her nüfusun siyasi bir birlik olduğunu fakat hepsinin hukuklarını ilan etme gereği görmediğini hatırlamak mecburiyettir.

bir anayasal düzen kurabilecek olan iktidar evvela kendi ile sınırlıdır. Bu çalışmamız kurucu iktidarı fail ve maddi neden olarak ayırdığına göre durumu şu şekilde de ifade edebiliriz. Anayasayı bilfiil hazırlayan fail neden anayasaya toplumsal ve siyasal dayanak temin eden maddi nedeni görmezden gelemez. Toplumsal olanın sınır olması anayasallığın doğasından ileri gelmektedir: Toplumun potansiyelini açığa çıkarmayan, edimselleştirmeyen anayasa etkinleşemez. Kendisini destekleyecek toplumsal iktidardan yoksun kalır. Muhataplarının anlamayacağı bir dilde yahut başka sebeplerle uymaları beklenemeyecek kurallar içeren bir anayasa nasıl etkinleşemezse toplumsal kabulleri görmezden gelen bir anayasa için de aynı durum geçerlidir. Bu durum maddi nedenin kendisi için de geçerlidir. Maddi nedenin, fail nedence uygun bir şekilde temsil edilebilmesi evvela maddi nedenin kendisini bilmesine bağlıdır. Maddi neden yalnızca var olması hasebiyle sadece haklı değildir aynı zamanda varlığıyla sınırlıdır da. Fakat bunu bir sonraki başlıkta, tanıma konusunu ele alırken inceleyeceğiz. Buradaki vurgumuz başarılı¹⁷ bir failliğin yolunun maddi nedeni göz önünde bulundurmaktan geçtiğine da-
irdir.

Kurucu iktidarın, hukuken bir sınırı olmadığını düşünen Gözler de bu durumun fiili bir sınırsızlık olmadığını, toplumsal olarak kurucu iktidarın sınırlı olduğunu zira anayasanın nihayetinde toplumsal ilişkilerden kaynaklandığını dolayısıyla da toplumun şartları, benimsediği değerleri, yapısı tarafından sınırlandığını ifade eder¹⁸.

Erdoğan da, aynı istikamette, kurucu iktidarın hukuki sınırı konusunda ne düşünülürse düşünülün, demokratik ol-

¹⁷ Özcan, yasama faaliyetinde meşruluk kriterinin dikkate alınma zorunluluğunu açıkladığı çalışmasında başarılı yasayı tarif ederken, modernlik koşullarında temel olarak ideolojiye ve empirik olarak algılanabilir siyasa ölçütlerine dikkat çekmiştir. Nihayet başarılı yasanın asgari koşullarını ortaya koyarken belirttiği dış rasyonellik unsuru yani yasanın toplumdaki onaylanma biçimiyle ters düşmemesi gereği sadece tekil yasalar için değil hukuk düzeninin tamamı için gözetilmesi gereken bir koşuldur. (M. Tefik Özcan, "Yasama Faaliyeti ve Kamusal Alan", *Ankara Hukuk Kurultayı 2006*, Cilt 2, 2. Bası, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 407, 413, 423.)

¹⁸ Gözler, *Kurucu İktidar*, s. 59 vd.

mayan usullere müracaat edilerek yapılan bir anayasanın da hi toplumun değerlerinin, toplumdaki güç dengelerinin tesiri altında olacağını belirtir¹⁹.

Yine, Arendt'in argümanı da kalıcı kurumlar kurmanın gereği ve bunun ancak *populusa* itibarla mümkün olacağı şeklinde özetlenebilir. Diğer bir ifadeyle özgürlüğün anayasal kuruluşunun parolası istikrar ve meşruiyettir. Atay da, süreklilik ve meşruiyet ölçütlerini yerine getirmek durumunda olan kurucu iktidarın, evrensel hukuk kurallarına ve ilgili ülkenin tarihsel, siyasi, kültürel vb. özelliklerine dikkat etmek zorunda olduğu üzerinde durur²⁰.

Görüldüğü üzere, toplumsal özelliklerin belirleyiciliği hususunda pek de şüphe yoktur ve bunun dışında bir takım doğal hukukçu argümanların da kurucu iktidarın sınırı olarak zikredildiği tespit edilebilir. Sieyès'e göre ulusun doğal hukuka atıfla kurulduğunu belirtmiştik. Bu noktada doğal hukukçu açıklamaları iki şekilde değerlendirmek gerekir. Doğası gereği olması gerekene referans vermek ilk olarak hukukun doğasından ileri gelen kısıtları, ikincisi belirli bir doğa anlayışından türetilen belirli bir adalet anlayışının hukukta hakim olmasını ifade eder. Bunlardan ilki zaten çalışma boyunca takip ettiğimiz husustur. Hukuk hakkında bilimsel bir faaliyet yürüten herkes zaten bilinebilecek bir varlığı bu varlıkta tespit edilebilir yasaları yani ona hakim olan prensipler olduğunu kabul etmiş demektir. Nitekim hukukun doğası kendiliğinden bir sınır teşkil eder. İkincisinden yani belirli bir doğa anlayışına yaslanmak suretiyle gerekçelendirilen iyi hukuktan ise bir kısıt olarak ancak toplumun bu iyi hukuka ikna olması durumunda bahsedebiliriz. Yani hukukun doğası bir hukuka sahip olmak isteyen toplumların yüzleşmek zorunda olduğu bir kısıttır. Bu hukukun içeriğinin bir takım doğal hukukçu taleplere karşılık vermesi ise, toplumdaki ortak anlayışın ne ölçüde bu talepleri barındırdığı ile ilgilidir. Nitekim Gözler de, kurucu iktidarı sınırlandıran toplumsal koşulların

¹⁹ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 52.

²⁰ Atay, "Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması Ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki", s. 526.

her toplum için ne olduğunu önceden söylemenin mümkün olmadığını belirttikten sonra, bu koşulları biraz olsa da açtığını düşündüğü, Kapani'nin insan hakları, demokratik değerler, sosyal devlet, laiklik vb. kavramları özümsemiş bir toplumun aksi yöndeki anayasayı er veya geç reddedeceği yönündeki açıklamasını paylaşmıştır²¹. Demokrasi, insan hakları vb. anayasacılık hareketinin benimsediği kimi değerlerin karşılık bulduğu memleketlerde aksi istikametteki anayasaların muvaffak olamayacağını söylemek ile Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin ilan ettiği anlayışın bildirgeden önce toplum tarafından benimsendiğini hatırlatmak arasında bir fark yoktur. Hangi açıdan ifade edilirse edilsin temel mesele toplumsal kabul daha doğru bir ifadeyle toplumdaki hukuki bilinçtir. Anayasa da her kurumla aynı kaderi paylaşır; kendisine can verecek olan insan faktörünün bilinci, ilgili kurumun potansiyelini ortaya koyar. Kurucu iktidar da zaten bu insan faktörünü ima eder. Kaldı ki nihai olarak arkasında iktidar olmayan bir anayasayı hayal etmemiz için de bir neden yoktur. Dolayısıyla ilgili toplumun bilincini anayasanın maddi nedeni olarak işaret etmekte bir beis yoktur.

Anayasanın temelini araştırırken, kurgusal temel norm yerine toplumsal ve tarihsel bir bakış açısıyla konuya eğilip, sistemleştiren Schmitt olmuştur. Yine yukarıda ifade ettiğimiz üzere Schmitt, öncelikle toplumsal veçheyi vurgulayan mutlak ve pozitif anayasa kategorilerinden bahsetmiş daha sonra da kendi öğretisinde anayasa ifadesini pozitif anayasayı kastedecek şekilde kullandığını ortaya koyarken temel yasa/norm sorununu ele almıştır. Hatırlayacağımız üzere mutlak anayasa, siyasi birliğin formunun ilkesini, biçimleniş ilkesini, formların formunu, pozitif anayasa ise siyasi birliğin tipi ve formu hakkında verilmiş karar ifade ediyordu. Schmitt, temel yasa, temel norm, *Lex Fundamentalıs* teriminin ise mutlak ve pozitif anayasayı da içerecek şekilde dokuz farklı anlamda kullanıldığını ortaya koyar²²:

²¹ Gözler, *Kurucu İktidar*, s. 61.

²² Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 94.

- 1.Kabaca, Kaiser ile Alman estatlarının arasındakiler gibi, kişilerin yahut grupların ayrıcalıklarını düzenleyen tüm yasalar.
- 2.Mutlak olarak yürürlükten kaldırılamaz durumda olan norm.
- 3.Göreceli olarak yürürlükten kaldırılamaz normlar: ancak belirli nitelikli şartlarda, çatışan normlarca değiştirilebilir veya ihlal edilebilir olan.
- 4.Siyasi birliğin ve tüm düzenin nihai ilkesi, mutlak anlamda anayasa.
- 5.Temel haklar, erkler ayrılığı gibi devlet örgütüne ilişkin ilkelerin hepsi.
- 6.Normatif sistemin temeli olan norm.
- 7.Yargı örgütünü, devlet etkinliklerini düzenleyen prosedürler.
- 8.Devlet iktidarına yönelik sınırlandırmalar.
- 9.Yasal bir düzenlemeden ziyade siyasi birliğin kararı, pozitif anlamda anayasa.

Görüldüğü üzere farklılıklara rağmen temel norm nihayetinde siyasal birliği birleyen, oluşturan, karakterini veren ilke olarak düşünülmektedir. Bu minvalde bilhassa mutlak ve pozitif anayasalar (4. ve 9. madde), anayasa metninden ve anayasa hukukundan önce gelirler daha yerinde bir ifadeyle ilan edilen anayasa, anayasanın metniyken bunlar anayasanın kendisidir. Dahası bir şekilde mutlak ve pozitif anayasalar anayasa metninde kendisine yer bulduysa da, metindeki diğer maddelerle aynı nitelikte kabul edilemez; bunların değiştirilemez olduğu belirtilmese de ne oybirliği ne halkoyu ile değiştirilebilir ve diğer maddelerin ne anlama geldiğinin belirlenmesinde ölçüt konumundadır. Şayet diğer maddelerle eşit görülürlerse anayasa bu sefer diğer bir kategoriye, göreceli anayasa kategorisine dahil olur. Göreceli bir anlayışta da kurucu iktidarın, anayasanın toplumsal dayanaklarının kurulmuş iktidarlara eşitlenmesi durumu söz konusu olur. Bu durumun yol açacağı hukuki, siyasi ve toplumsal sıkıntılar ise malumdur. Dolayısıyla temel normun, ilan edilmiş anayasa öncesi ve ona üstün olduğu idrak edilmelidir.

Schmitt, bu anlamlardan bilhassa pozitif anayasa üzerinde durur. Bu bağlamda anayasa metninde ilan edilmiş mutlak ve pozitif anayasaya dair hükümlerin bağlayıcılığı, metinde yer

almalarından değil toplumsal ve siyasal kabullerinden ileri gelir. Dolayısıyla değiştirilemez hüküm olarak ayrıca kayıt altına alınmalarına gerek olmadığı gibi toplumsal ve siyasal kabuller değiştiğinde bu anayasa metnindeki kabulün de pratikte bir anlamı kalmayacaktır. Burada sorun, bir şekilde asli kurucu iktidarı temsil iddiasındaki fail nedenin, söz konusu toplumsal kabullerin yani temel normun değiştiğini iddia etmeleri durumunda ortaya çıkmaktadır. Nitekim Schunitt'in argümanı da her ne kadar toplumsal olana dikkat çekip anayasanın somut dayanaklarını deşifre etse de, ikinci ve üçüncü bölümlerde ifade ettiğimiz nedenlerden ötürü, pratikte kurucu iktidarın fail neden yanının maddi nedenin önüne geçmesine sebep olmaktadır. Böyle bir iradeci/kararcı anlayış ise kurucu iktidar anlatısının manasını ciddi ölçüde ortadan kaldırır zira bu anlatının temel esprisi kurulmuş iktidarların sınırlandırılmasıdır. Sınırlandırma iki aşamada söz konusudur. İlki kuruluş aşamasıdır; kurucu iktidarın oluşma biçimi ve uhdesinde barındırdığı temel norm, (kurucu karar, genel irade değil temel norm) hem anayasallığı temin eder hem de ilgili siyasi birliğe karakter verir. Bu sayede herhangi bir iktidar değil anayasa kurabilen iktidar söz konusu olur. Diğer türlü alelade bir iktidardan ve her anayasanın anayasal olduğundan bahsetmek durumunda kalırdık. Sınırlandırmanın ikinci aşaması ise kuruluşun tamamlandığı, temel normun anayasanın ruhu olarak ortaya çıkmak suretiyle anayasayı otorite kıldığı noktadır. Bu aşamaya bölüm sonunda döneceğiz. Şimdi kurucu iktidarın kaba güç değil belirli bir meşruiyet anlayışının da eşlik ettiği özel bir tip olduğunu ortaya koyabilmek adına Arendt'in karşı argümanlarını hatırlamak ve şimdiki bağlamımıza yerleştirmek gerekmektedir.

Arendt, iktidar ve tezahür sahasını tartışırken, tezahür sahasının insanların birlikte konuştukları ve eyledikleri her yerde ortaya çıktığını, kamusal alanın biçimsel olarak ortaya çıkışını ve yönetim biçimlerini öncelediğini belirtir²³. İnsanların birlikte eyledikleri ve konuştukları her yer demek, ortak anlama dikkat çekmektir. Sözü gürültüden, eylemi hareketten

²³ Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 291.

ayırır anlamdır. Birinci bölümde anayasanın onto-teleolojisi tartışırken temel normun neyin iyi, hakça, doğru olduğu yönündeki ortak anlayış, aynı iyiyi gerçekleştirmeye yönelik asgari ortaklık olduğunu bu normun iktidarın ilkesini yani auctoritası (otorite) verdiğini, iktidarın kullanımının yani potestasın bu ilkedan sadır olduğunu belirtmiştik; iktidar, potestas/potentia potansiyel gücü ifade eder ve anayasa en nihayetinde insanların bir arada yaşama potansiyellerini (potestas/potentia, dūnamis, iktidar) açığa çıkardıkları, edimselleştirdikleri (energeia/acutalitas/actualization) formudur.

Diğer bir ifadeyle temel normun anayasa öncesi oluşu, formun edimselleşmeden evvel insanların bir araya geldiği her yerde potansiyel olarak bulunduğunu ifade eder. Yani burada hem saklı, açığa çıkmamış bir güçten bahsediyoruz hem de bunu var edenin bir araya gelmiş insanların paylaştıkları ortak anlam dünyası olduğunu. Nitekim Arendt de bu görüşe paralel olarak iktidarın, söz ile edimin birbirinden ayrıldığı yani sözün kandırmak, aldatmak için değil gerçeği açığa çıkarmak için kullanıldığı ve edimin de bu gerçekleri yaratma hususunda söze eşlik ettiği yerde gerçekleştiğini, insanların sadece birlikte yaşıyor olmaları ile bilkuvve, potansiyel olarak var olacağını ve sadece potansiyel olarak, bilkuvve var olduğunu edimselleştiği müddetçe tezahür sahasının sürekliliğini temin ettiğini belirtir²⁴.

Arendt iktidar, güç, kuvvet ve otorite kavramlarının yeterince üzerinde durulmadan kullanıldığı düşüncesindedir ve belirli karşılıklar önerir:²⁵ Buna göre iktidar (*power*), insanın uyum içerisinde eyleme kabiliyetinin adıdır yani iktidar ancak bir ilişkiye ait olabilir bireysel olan kuvvettir. Kuvvet (*strength*), şeyin yahut kimsenin karakterine ait bireysel bir niteliktir. Güç (*force*) ise kaba güç anlamında fiziksel ve toplumsal hareketlerin neticesinde ortaya çıkan enerjiyi karşılamakta kullanılmalıdır, doğa güçleri yahut şartların gücü gibi. Otorite (*authority*), bir makamın yahut kimsenin diğer(ler)i üzerindeki kabul edilmiş üstünlüğüdür, öğretmen-öğrenci ilişkisin-

²⁴ Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 292 vd.

²⁵ Arendt, *Şiddet Üzerine*, s. 54 vd.

deki gibi ikna yahut baskı olmaksızın kurulan kabul edilmiş hiyerarşik bir ilişkiyi ifade eder. Arendt, şiddeti ise (*violence*) kuvvete yakın görür, belirli bir amacın gerçekleştirilmesi için uygulanan bir alet olarak kabul eder.

Kuruluş ve iktidar birbirine göbekten bağlı durumdadır. Kurucu iktidarın, görünüşte bir düzenin alelade faili olarak değil anayasallığı kurabilen iktidar olarak anlaşılması iktidarın şiddetten, güçten, kuvvetten farklı olduğunun bilinmesine bağlıdır. Her bitişin ardından bir başlangıç gelmez ve bir başlangıç sebep sonuç zincirine dahil değildir bilakis yeni ve eski düzenler arasında bir boşluk söz konusudur²⁶. İster hareket ettirici nedenle, ister Yaratıcı Tanrı tasarımıyla isterse de Arendt'in daha olumlu yaklaştığı Truva'nın yeniden kuruluşu olarak ölümsüz Roma kenti mitiyle olsun bu boşluk bir şekilde doldurulmak durumundadır ve her ne ile doldurulursa iktidara da anlamını o verir. Arendt'in mutlaklar bahsinde eleştirdiği, bu boşluğun kendinden menkul hakikatler, Ölümsüz Yasa Koyucu, Yaratıcı vb. ile doldurulmaya kalkılmasıdır. Halbuki ona göre başlatma eyleminin kendisi buna kabildir. Başlatma eylemi, kuruculuk burada ab-ı hayatı karşılar. Bu anlamın oluşturulamadığı durumda ise şiddetten bahsetmek gerekir. Şiddet iktidarın karşısına çıkabilse, onu ortadan kaldırabilse de inşai kapasiteden yoksun olduğu için iktidarın yerini alamaz²⁷.

Yunan kent devleti *polis*, şiddetin iktidar alanının dışına ait oluşunun örneklerini sergiler. Hukuk çitiyle çevrelenmiş *polis*in içi iktidar alanıydı; idam dahi kaba güçle icra edilmez, kişi baldıran zehrini içmeye ikna edilirdi²⁸. Haksız yere idam cezasına çarptırıldığını düşünmesine rağmen o vakte kadar içinde yaşadığı çitlere/yasalara ihanet etmemek adına yargı kararına uyan, baldıran zehrini içmeden önce baştan çıkmadığı için adak adayan Sokrates bunun anıtıdır. Aynı şekilde Romalıları da birarada tutan şey de şiddet değil anlamını Romalılık'ta bulan otorite idi²⁹.

²⁶ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 275, 276.

²⁷ Arendt, *İnsanlık Durumu*, s. 295.

²⁸ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 12, 13.

²⁹ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 47, 274-280.

Hükmetme gibi bir eylemin kaba gücün ötesine geçebilmesi için hem isabetli hem de muhatabının rızasına dayalı olması gereği iktidar yukarıdaki gibi anlaşıldığında, lüzumsuz bir tekrar olarak gözüktür. İktidar, güçten farklı olarak ancak bir topluluk içerisinde ortaya çıkan ve o topluluğu birbirine bağlayan ortak amaçlarla alakalıdır³⁰. Bu yüzdendir ki, kurucu iktidarın meydana getirdiği kurulmuş iktidar yönetiyorsa meşrudur, anayasaya dayalı yönetim meşruluk kaynağını böylece kurucu iktidarda bulur³¹. Anayasalar, iktidarın hangi şartlar altında ve nasıl kullanıldığı takdirde meşru olduğunu gösterir. Genel iyinin gerçekleştirilmesi adına kurumlar kurar, belirli hedefler koyarak arzu edilen siyasi birliğin temin edilmesini sağlar; kurumlar aracılığıyla soyut hedefleri somutlaştırır³².

Anayasa, her kurum gibi arkasında bir iktidar olmadan kurulamaz, yaşayamaz lakin bu iktidarla anayasanın eşit olduğu anlamına gelmez. Kurumların *energeia* kaynağı durumundaki insanların sürekli değişmesine rağmen kurumların aynı kalması başka türlü mümkün olamaz. Arendt, bu hususu iktidar ve hukukun ayrı kaynaklardan doğduğunu anlatarak izah etmişti. İşte bu başlık altında temel norm olarak işlediğimiz şey de hukukun, ilan edilmiş hukuk öncesi bu kaynağıdır. Aslen bir potansiyele (*potestas/potentia*) işaret eden iktidar, kullanılan bir şeydir dolayısıyla bu potansiyel edimselleşir, gerçekleşirken nefesin (*energeia*) balonu doldurması gibi bir şeye enerji verir, bir şeyi etkin kılar; bu da maddi nedenin taşıdığı formel nedendir. Formel neden bir şey ne ise onun bilgisini verir. Anayasa, Türkiye bir cumhuriyettir dediğinde formel nedeni ilan etmiş olur ve cumhuriyet formunu edimselleştirecek olan ise orada yaşayan insanlardır. Bu formülle düşünüldüğünde Schmitt'in mutlak ve pozitif anayasa kategorilerinin neden temel norm olduğu, fakat Schmitt'e rağmen niçin bir karara, seçime bağlı olmadığı anlaşılır. Temel norm, orada, ilgili topluluğun bağrında saklıdır, tıpkı kendini ger-

³⁰ Friedrich, *Sınırlı Devlet*, s. 31 vd.

³¹ Friedrich, *Sınırlı Devlet*, s. 171.

³² Breslin, *From Words to Worlds: Exploring Constitutional Functionality*, s. 15.

çekleştirme amacının iradenin konusu olmaması gibi kendisinin ne olduğunu söyleyen temel norm da keşfedilmeyi bekler. Eğer insanlar onu bulabilir, kendilerini tanıyabilirlerse.

4.2.Tanınma

Fiili olanın hukukileşmesi, fiili olana tarafların aynı anlamı yüklemesiyle mümkün olur; bu ortak anlam tanınma ilişkisi dolayısıyla olur. Fakat bu oluşmadan kasıt yoktan var edilmesi değil daha ziyade potansiyel olanın yani tanıma ilişkisine dahil olanlarda bilkuvve olanın bu ilişki aracılığıyla açığa çıkmasıdır diğer bir ifadeyle keşfedilmesidir. Dolayısıyla ne yoktan var edilir ne de tam bir belirlenim söz konusudur ve bu ilişkide hem fertler kendilerini ve birbirlerini tanır hem de toplum kendi kendisini tanır.

4.2.1. Toplumun Kendini Tanıması: Mit Aynası

Akal, mutlaklar konusunda Arendt'e yakındır. Arendt'e göre mutlaklar hem algılandığı gibi kendinde apaçık olan hakikatler olmadığı için hem de siyaseti bir üretim faaliyeti olarak ele almaya yol aştığı için uzak durulması gereken kökleşmiş bir hatadır. Kaldı ki başlangıç eyleminin kendisi yani kuruluşun ilkesi bu ihtiyacı pekâlâ karşılar. Ne var ki yukarıda izah ettiğimiz gibi aslında bu tavır da başlangıca bir kökenörnek -Pilgrimler- yerleştirmektedir ve bu kökenörneğin etrafında toplanan varsayımlar "We hold these truths to be self-evident..." örneğindeki gibi mutlak olmasalar bile ona inananlarca öyle algılanmaktadır. Dolayısıyla kökenörnek ve etrafında toplanan varsayımlardan meydana gelen temel norm öyle ya da böyle hukukiliğin başlatıcısı, kaynağı olmak durumundadır. Nitekim Akal da eserinin genelinde mutlakları karşılayacak şekilde, yaratılmış Hakikat'ten bahsetmektedir. Arendt'in mutlakları, mutlakların sahip olduğu iddialar bakımından ciddiye almaması gibi Akal'ın da bu büyük harfle yazılmış Hakikat'e hakikat olmak bakımından bir itibarı yoktur. Fakat Akal, bir hukukçu olarak, bize hukukiliğin doğuşu hakkında Arendt'ten fazlasını söylemektedir. Kökenörnek ve varsayımlar konusunda yorumcunun Arendt'i konuşturması

gerekmesine rağmen Akal, açıkça hukukiliğin kaynağında toplumun nihai anlatısı olan mitosun yer aldığını belirtir. Buna göre, karmaşık toplumlar yerine antropoloji aracılığıyla başlangıç toplumlarına bakıldığında Hakikat yaratan mitosun topluma ahlaki temelini kazandırdığı ve hukuki-siyasi-dini sistemi doğruladığı görülecektir ve esasında modern toplum için de geçerli olan bu durum toplumun inanmak durumunda kaldığı bir anlatının yine iradi olmayan bir şekilde ilgili toplumların hukukları için kaynak teşkil ettiği anlamına gelir hatta, hakların elde tutulması ya da devrine ilişkin usuller incelendiğinde bunların ilk kuruluş edimlerine, geleneğe referans verdiği belirtilir ³³.

Bu bağlamda tanınmayı, toplumun kendini tanıması anlamında kullanıyorum. Bu bir yanıyla temel normun da içinde yer aldığı yahut ondan çıktığı ortak anlam dünyasını, mitosunu ifade ederken diğer yandan mensupların yani topluluğu oluşturan sınıfların, grupların birbirini tanımasıdır zaten birbirleri arasındaki hukukları bu ortak anlam dünyasının uzantısıdır. Topluluk esasen, arasında çatışma olan bu kesimlerden müteşekkildir, bu kesimlerin birbirini kabul etmesi, çatışmanın bir dengeye kavuşması bir araya geldiklerinde nasıl bir birlik ihtiva edecekleri tanınmanın konusudur. Bu tanıma süreciyle ortaya çıkan anlam, payda esasen keşfedilen bir şeydir ve keşfettikleri esasen onun aracılığıyla kendilerini düşündükleri "Biz bir arada neye benziyoruz, biz kimiz, biz nasıl birarada olabiliyoruz?" vb. soruların cevabını veren mitosur; toplumun ortak anlatısı, paylaştığı anlamıdır. Örneğin mülkiyetin, anayasanın kutsallığı, modern öncesi dini otoritenin kutsallığının yahut başlangıç toplumunun mitosunun yerini alır. Kabilenin büyücüsünün, reisinin eli kolu ritüellerle nasıl bağlıysa yahut monark nasıl dini bir vazife olarak yönetme hakkına sahipse ve buradan direnme hakkına varınca ya kadar bir anlatı çıktıysa, anayasallığın muhafazası ile adil, etkin, uygun, yerli yerinde bir yönetim olacağı inancı ayrı şemayı paylaşır. Tanımayla fark edilen yahut çoğaltılan an-

³³ Cemal Bali Akal, *Hukuk Nedir?*, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2017, s. 214, 215.

lam sayesinde fiili/ olgusal olan normatif bir çerçeveye yerleşir. Şu hâlde güç ile iktidar ve otorite arasındaki fark bize olgu ile norm arasındaki farkı verir. Çok kabaca örnekleyecek olursak: Mülkiyet hakkının tanınması, malikin mal üzerinde sürekli olarak fiili hakimiyetini gereksiz kılar. Mülkiyet hakkının kutsallığı sadece bir kişinin malı üzerindeki hakimiyeti için değil karmaşık modern toplumun tamamı için hayati bir önem arz eder. Hırsız dahi mülkiyetin genel olarak korunduğu bir toplumun istisnasıdır, onun bir istisna olarak varlığı kurala bağlıdır. Tanınmada fark edilen anlam farklı güç odaklarını birleyen bir paydadır. Bu anlam havuzundan istifade edilerek arkasındaki iktidar sayesinde bir adlandırma faaliyetinde bulunulur. Bu da bize fiili olanın hukuki anlamını verir. Diğer bir ifadeyle paydaşlar arasında geçerli ve etkin olan bu nesnel anlama da hukuk diyoruz. Herhangi bir olgu, o toplulukta farklı odaklarca farklı anlamlara gelir; tanıma süreci bu subjektif anlamların ötesindeki objektif olanı açığa çıkarmakla ilgilidir. Fakat modernlik koşullarındaki yasama faaliyeti sanki bu süreçte iş gören, yoktan yaratan bir irade varmış yanılgısına yol açar. Herhangi bir fail nedenin iradesi hukuk yaratmaya muktedir değildir. Bilakis hukuku var eden maddi nedendir daha doğru bir ifadeyle hukuk maddi nedenden doğar. Hukukun bu maddi nedenin temin ettiği iktidarla etkinleşeceğini söyleyen onto-teleolojisi, hukuk sosyolojisinin argümanlarını dikkate almaya zorlar. Buna göre hukukta fail nedenin rolü asli değil ikincildir, toplumsal yaşamda kendiliğinden düzenlenen ve düzen temin eden bir hukuk vardır; hukuk sosyolojisi nazarında yasama faaliyeti zamansal olarak sonra geldiği gibi içerik olarak da bu somutluktan doğar, siyasal bir etkinlik olarak yasama faaliyeti hem toplumsal olana hem de hukuk sistemine göre ikincildir³⁴.

Yine de burada şu uyarıyı yapmamız gerekiyor: Maddi nedenin hukuku doğurması, kaynak teşkil etmesi anlamına gelir dolayısıyla olgu konumundaki maddi neden ile hukuku özdeşleştirmekten kaçınmak gerekir. Tanınma, maddi olanın

³⁴ Akal, *Hukuk Nedir?*, s. 180.; Özcan, "Yasama Faaliyetinin Sınır Olarak Hukuk Devleti", 559 vd.

formelleşmesindeki ilk basamağa denk gelir: İster çatışma ister uyum olarak okunsun toplumdaki kesimler arasında var olan ilişki biçiminin, istikrara kavuşması bir örüntü haline gelmesi ve tarafların bu hali beraber onamaları, razı olmaları ve buna bir ad koymaları, söz konusu ilk basamağı oluşturur. Diğer bir ifadeyle fiili olanın anlamı konusunda mutabakata varılması durumu tanıma ilişkisini tarif eder. Bu mutabakattan anladığım, tanımanın taraflarının eşit katılımından ziyade güç odakları arasındaki ilişkinin bir dengeye kavuşmasıdır. Anlam bir tarafça değil tarafların tamamınca paylaşıldığında nesnelleşir.

Ricoeur, tanımanın/tanınmanın yirmi üç farklı anlamda kullanıldığını ortaya koyar ve bunları üç grupta toplar; teşhis/tespit olarak tanıma, kendini tanıma, karşılıklı tanıma³⁵. Bunlardan karşılıklı tanıma çağdaş tartışmanın merkezinde yer alır ve birçok teori, konuyu ele alırken kendisi de Fichte'nin tesirinde kalmış olan Hegel'den yararlanır³⁶. Hegel'in "Olgudan, fiili olandan normatif, hukuki olana geçişi temin eden nedir?" sorusunu cevapladığını varsayabiliriz. Zira Hegel fiiliyata karşılık gelen Hobbesçu çatışma halinden, doğa durumundan nasıl olup da haklar ve ödevler fikrine ulaşıldığını sorgularken hukukun, tanıma ilişkisinin zorunlu bir sonuç olduğu düşüncesine varmıştır, bireyden hukuki kişiye geçiş toplumsal ontolojinin zorunlu sonucudur zira insan, doğasını ancak ve kaçınılmaz şekilde tanıyarak ve tanınarak aşar³⁷. Bu bağlamda Fichte ve Hegel'e yakından bakmak uygun olur.

³⁵ Bir şeyi yahut kimseyi akla getirmek, ona özgü bir işaret aracılığıyla daha önce görülmemiş bir şeyi bilebilmek, bir şeyin hakikatini keşfetmek, dikkate almak, doğru kabul etmek, takdir etmek, beyan etmek, itiraf etmek, kabul etmek vb. Paul Ricoeur, *The Course Of Recognition*, Massachusetts, Harvard University Press, 2005, s. 5 vd.

³⁶ Iser Mattias, "Recognition", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Ed.: Edward N. Zalta,

(<https://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/recognition/>)

³⁷ Axel Honneth, *Tanınma Uğruna Mücadele*, çev. Özgür Aktok, İstanbul, İthaki Yayınları, 2016, s. 80-82.

4.2.2. Fertlerin Birbirini Tanıması

4.2.2.1. Fichte

Fichte, düşüncesinin kalkış noktası olarak Ben'i alır; Ben, kendinin bilincine ancak bir ben olmayanla karşılaşarak varır; ben olmayan, Ben'in yöneldiğidir ve onu sınırlayandır³⁸. Ben'in rasyonel varoluşundan, onu kendisinin bilincine varıracak bir ben olmaya maruz kalmasıyla bahsedilebilir³⁹.

Fichte'nin Ben hakkındaki bu tasavvuru, hakkı/hukuku kavrayışını da belirler. Diğer bir ifadeyle hak kavramı, ilkesi kişinin kendisinin bilincine varabilmesinin gerekli koşuludur⁴⁰ ve ifadesini insanın, etik ve toplumsal varoluşunu konu alan bir ontolojide bulur⁴¹. Fichte, Ben ve ben olmayanın özgür eylem sahibi olan failer olarak karşılıklı konum almalarını hak/hukuk ilişkisi olarak tarif eder⁴². Sınırlı, rasyonel bir varlık olan fail, kendini gerçekleştirmek yönünde bir etkinlikte bulunur, fail diğerlerinin de kendisi gibi olduğunu farz etmek durumundadır ve kimse kendisini bu karşılaşmanın yani hak/hukuk ilişkisinin dışında tutamaz⁴³. Ben olmayanla ilişkiye girmek zorundayım ve bunu ancak Ben'i tanıyacağı varsayımı ile yapabilirim, o ise bunu ancak onu tanımam koşulunda yapar. Hak/hukuk ilişkisi dahilindeki her fail bu bağlamda belirleyen ve belirlenen konumundadır⁴⁴. Hak/hukuk ilişkisi

³⁸ Allen W. Wood, Fichte'nin Hukuk ve Etik Felsefesi, *Alman İdealizmi I*, çev. Kaan Özkan, Yay. Haz.: Eyüp Kılıçaslan- Güçlü Ateşoğlu, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2006, s. 365-367.

³⁹ Johann Gottlieb Fichte, *Foundations of Natural Right*, çev. Michael Baur, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, s. 4.

⁴⁰ James Alexander Clarke, "Fichte And Hegel On Recognition", *British Journal for the History of Philosophy*, Sayı: 17, Cilt: 2, 2009, s. 368.

⁴¹ Williams, Robert R., *Recognition: Fichte and Hegel On the Other*, State University of New York Press, 1992, s. 61.

⁴² Michael Nance, "Recognition, Freedom, and the Self in Fichte's Foundations of Natural Right", *European Journal of Philosophy*, Sayı: 23, Cilt: 2, 2015, s. 611.

⁴³ Fichte, *Foundations of Natural Right*, s. 18, 29, 39.

⁴⁴ Nance, tanınma ilişkisini basitleştiren bir örnek tasarlar: Ben bir öğrenciye derse katılım göstermesini söylüyorum, öğrenci beni bu konuda söz sahibi bir öğretmen, ben de onu iyi bir öğrenci olarak tanıyorum. Buradaki karşılıklılık tanınma ilişkisinin saygı ve takdirden farkını ortaya koyar. Benim öğretmenliğim ve onun öğrenciliği bu ilişkinin ikimiz tarafından bu şekilde ka-

karşılıklı bir tanınma ilişkisidir⁴⁵. Bir kimse karşı tarafça da tanınacağı durumda diğerini tanır, tanınma ancak karşılıklı olduğunda gerçekleşir⁴⁶. Şu hâlde söz konusu tanınma, somut, karşılıklı ve kuru bir bilme değil diğerinin özgürlüğünü kabul etme meselesidir⁴⁷. Buna göre 'hak ilkesine/kavramına' temel teşkil eden hukuk ilişkisi, Ben ile ben olmayanın, diğer bir ifadeyle tüm özgür, bilinç sahibi varlıkların karşılıklı olarak birbirlerini tanımalarını, birbirlerini kendilerinin sınırı olarak kabul etmelerini ifade eder; Ben özgürce eyleyebileceği bir alana açılabilme için bu alandaki ben olmayanları tanımak, onları da kendi gibi kabul etmek, kendisine nasıl davranılsın istiyorsa onlara öyle davranmak zorundadır; nihayetinde temel mülkiyet hakkı da aslında mülkiyetin konusu olarak düşünmeye alışık olduğumuz nesneye dair değil, Ben'in o nesne üzerindeki eylemine ilişkindir, hukuk ilişkisi özgür, bilinç sahibi Ben'in etkinliğinin kabul edilmesine dairdir ve bu, temel hakların da Ben'in bedeninin dokunulmazlığı ve özgürce eyleyebilme hakkı olduğunu duyurur⁴⁸. Nihayetinde doğal haklar, ceza yasası, medeni yasa ve anayasa hepsi hak/hukuk ilişkisindeki denge durumunun sürdürülmesidir⁴⁹.

Bu mantıki şemanın etkinliği herkesin tanınma ilişkisine dahil olmasına yani rıza göstermesine ve ihlali durumunda devreye girecek olan zor kullanımı için güçlerini aktarmalarına (mülkiyet, koruma ve birleşme sözleşmelerinde anlaşılmasına) bağlıdır⁵⁰. Fichte'nin şemasını ne sadece ahlaki bir gereklilik (normatif) ne de metafizik gerekliliğin her durumdaki

bul edilmesine bağlıdır ve bu kabuller karşı tarafça anlaşılır olmalıdır. (Nance, "Recognition, Freedom, and the Self in Fichte's Foundations of Natural Right", s. 612 vd.)

⁴⁵ Clarke, "Fichte And Hegel On Recognition", s. 369 vd.

⁴⁶ Fichte, *Foundations of Natural Right*, s. 42.

⁴⁷ Robert R., *Recognition: Fichte and Hegel On the Other*, s. 62.

⁴⁸ Wood, "Fichte'nin Hukuk ve Etik Felsefesi", s. 370 vd.

⁴⁹ Clarke, "Fichte And Hegel On Recognition", s. 370.

⁵⁰ Wood, "Fichte'nin Hukuk ve Etik Felsefesi", s. 372. Hem herkesin etkinlik alanı kabul edilmeli hem bu alanın ihlali durumunda hep birlikte mücadele edilmeli hem de sözleşme tek tek değil kişiyle ait olduğu topluluğun tamamı arasında olmalıdır. Söz konusu üç sözleşmenin ima ettiği budur. Wood, Fichte'nin Hukuk ve Etik Felsefesi, s. 376-377.

standart sonucu olarak görmek gerekir, daha ziyade rasyonel faillerin kendilerini gerçekleştirmesinin tanınma ilişkisinin etkinliğine bağlı olduğu düşünülmelidir⁵¹; zira bir yandan özgürlüğün gerçekleştirilmesi karşılıklı tanınmanın yetkin bir şekilde kurulmasına bağlıyken diğer yandan hak ilkesi faillerin ne derece bu yetkinlikte muvaffak olduğuna bakılmaksızın aynı yolla kurulur. Diğer bir ifadeyle metafizik gereklilik potansiyeli imler, sonrası tarihin olumsuzluğu dairesindedir. Hak yasası, özgürlük tarafından belirlenmiştir⁵².

Fichte'nin tanınma konusundaki düşüncelerinin kurucu iktidar literatürüyle uyumlu olduğu düşünülebilir. Zira o hem sisteminde bugünkü idare ve anayasa mahkemelerinin işlevlerini karşılayacak yani yöneticilerin edimlerini denetleyecek bir makam görmek suretiyle anayasallığı temin etmeye çalışmıştır hem de bu tedbir işlemediğinde, halkın kendi yarısına başvurmasının meşru olduğunu zira iktidarın kaynağının halk olduğunu, halktan üstün bir güç olmaması nedeniyle bunun isyan olarak nitelendirilemeyeceğini, halkın en üstün güç olması nedeniyle ancak kendi kendisine isyan ettiğinden bahsedilebileceğini yahut halktan üstün bir güç olarak tanınmanın işaret edilmesi ve hükümet ile tanınmanın özdeşleştirilmesi yoluna gidilebileceğini, bunların ise saçma olacağını belirtmiştir⁵³.

4.2.2.2. Hegel

Hegel'in şeması, Fichte'den sonra oldukça tanındık gelir. Tanınma hususundaki en önemli güncelleme Ben'in, birinci tekil şahsın sorunlarının toplumsal sorunlara aktarılması, tanınmanın ikinci evresi olarak kişi ile kişinin ötesine geçip kişi ile toplumsal kurumlar arasındaki ilişkiye odaklanmasıdır⁵⁴. Fakat temelde Hegel, Fichte'nin hakka dair transandantal çıkarımlarının yerine hakkın çatışma ve mücadeleden geçerek doğuşunu anlatan bir fenomenoloji yerleştirir⁵⁵. Hegel'de ta-

⁵¹ Krş: Nance, "Recognition, Freedom, and the Self in Fichte's Foundations of Natural Right", s. 615 vd.

⁵² Fichte, *Foundations of Natural Right*, s. 84.

⁵³ Wood, "Fichte'nin Hukuk ve Etik Felsefesi", s. 374 vd.

⁵⁴ Robert, *Recognition: Fichte and Hegel On the Other*, s. 84.

⁵⁵ Robert, *Recognition: Fichte and Hegel On the Other*, s. 87.

nınma ilişkisi dolayısıyla failer birbirlerini zorunlu olarak tamamlar, bu tamamlanma katlanarak tekrar eder ve her bir çatışma neticesinde taraflar kendilerinin bilincinin yeni bir boyutunu kavrar; Hegel, Aristoteles'in teleolojik yaklaşımını zemin olarak alır ve bilinci Hobbes'un çatışması ve Fichte'nin tanınması ile o zeminde yürütür⁵⁶.

Hegel'e göre kendinin bilincine varmanın temelinde istek vardır; kişi bir şeyi seyrederken kendini unutmuştur lakin istek kendine dairedir; seyir halindeyken ne kadar seyrettiğine dalmış gitmiş olsa da o şeyi istediğinde onu kendine çağırıyor yani kendinin farkına varıyor demektir⁵⁷. Diğer bir ifadeyle istek, kişiye istenilen şeyle birlikte istenilene sahip olmayan bir kendisi olduğunu fark ettirir. Kişi istenileni kendisine katmayı ister. Açlık gibi hayvansal bir istek, açlığı giderecek nesnenin ele geçirilmesinin akabinde istek sahibini yine eski pozisyonunda bırakır; biyolojik bir istek biyolojik bir eylemle karşılaşır, hayvan doyduktan sonra da önceki doğallığında bir değişiklik meydana gelmez yani kendinin bilincine değil kendinin duyusuna ulaşabilir⁵⁸. Ezcümle açlık benzeri isteklerle sınırlı olduğu için duyumun ötesine geçip kendisini karşıdan görece ve kendisi hakkında söz edebilecek potansiyel hayvanda bulunmaz, bu nedenle de kendisinin bilincine varamaz. İnsani istek söz konusu olduğunda istenilecek nesnenin ötesinde bir başka isteğe konu olma imkanından, yani isteği istemekten, istenilmek istemekten, isteğinin bir başkası tarafından tanınmasını istemekten bahsedilebilir⁵⁹. Bir başka açıdan ise şu şekilde ifade edebiliriz: insanlık yani özgür olmak, fail olmak her türlü belirlenimden yalıtılmış bir vaziyeti imlemez bilakis eylemlerimizde gerekçesi ortaya konulabilir normlara referans vermekle, diğer faileri tanıyıp ve onlar tarafından tanınup bu ilişkinin gereklerine bile isteye uymakla, ortak amaçların faili olmakla mümkün olur⁶⁰. Böylece tanın-

⁵⁶ Honneth, *Tanınma Uğruna Mücadele*, s. 41 vd.

⁵⁷ Alexandre Kojève, *Hegel Felsefesine Giriş*, çev. Selahattin Hilav, 4. baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2012, s. 41.

⁵⁸ Kojève, *Hegel Felsefesine Giriş*, s. 43.

⁵⁹ Kojève, *Hegel Felsefesine Giriş*, s. 44.

⁶⁰ Terry Pinkard, *Hegel*, çev. Mehmet Banş Albayrak, 2. Baskı, Türkiye İşbankası Yayınları, 2017, s. 470.

ma insanilik potansiyelini ortaya koyan eylem olarak gözü-
kür. Başka bir deyişle, Hegel’de tanınma, hukuki tanınma ha-
lini almadan evvel özne olmanın bir koşulu olarak sunulur;
özbilinç, kendinin bilincine varmak öteki tarafından tanın-
mak, kabul edilmek isteğine dayanır ve bir kimse ancak öte-
kiyle bunun mücadelesini vermek suretiyle özne olur⁶¹. Özne
olmak, başka bir özneye karşılaşmakla mümkün olur.

Hegel’in hukuk felsefesi de insan varoluşunu anlatan, aynı
üç başlığın ontoloji, etik ve epistemolojinin uzantısı konu-
mundadır. Hegel’e göre hukuk felsefesi, hukuk kavramının
edimselleşmesini konu edinir; hukukun kalkış noktası ise öz-
gür iradedir, hukuk düzeni edimselleşmiş özgürlüktür⁶². Di-
ğer bir ifadeyle hukuk felsefesinin konusu hukuk idesidir,
hukukun idesi ise özgürlüktür⁶³. Dolayısıyla öznenin kendini
bilişi, öznelerarası koşullarda hak sahibi oluşu, nihayetinde
özgürlüğün egemen olduğu bir alan olarak hukuk sisteminin
teşekkülü, hukuk felsefesinde inceleme konusu edilir. Diğer
bir ifadeyle, Hegel, hukukun temellerini, hukuka hakim olan
ilkeleri ortaya koymayı hedeflerken hukukun meşruiyetinin
bireylerin özgürlüklerini gerçekleştirebilmesine bağlı olduğu
varsayımına dayanır⁶⁴.

Hegel’e göre ahlaki yaşam bireylerin karşılıklı tanımları
ile kurulur; Ben kendisini bizde bilir, ancak diğerleriyle birlik-
te özgür olur⁶⁵ ve bu yaşamın, diğer bir ifadeyle özgürlük per-
formansının, modern toplumda kurumsallaşacağı üç alan, uğ-
rak bulunur: aile, sivil toplum ve anayasal devlet; aile, tanın-

⁶¹ Bilge Salur, “Hegel’in Kant Eleştirisi: Hukuk Felsefesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Yalvaç Akademik Dergisi*, Sayı: 1, 2016, s. 14.

⁶² Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §1, 4. Yararlanılan Nüshalar: *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, çev. Cernap Karakaya, Sümer Yayıncılık, İstanbul, 2015; *Anahatlarda Tüze Felsefesi*, çev. Aziz Yardımlı, 2. Baskı, İstanbul, İdea Yayınevi, 2013.

⁶³ Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §29. Hegel’e göre “Kavram ve varoluşu tıpkı ruh ve beden gibi ayrı ve birleşik iki yandır”, varoluş ve kavramın birliği de idedir, bu doğrultuda hukuk felsefesinin konusu olan hukuk idesi, özgürlüktür. (§1’in devamındaki ek.)

⁶⁴ Axel Honneth, *Bizdeki Ben: Tanınma Teorisi Üzerine İncelemeler*, çev. Özgür Aktok, İthaki Yayınları, İstanbul, 2018, s. 39, 40.

⁶⁵ Bahir Güneş Türközer, “Hegel’in Hukuk Sistematğine Özlü Bir Bakış”, *Özer Seliçi’ye Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 845.

marın ve ortak amacın ilk elden deneyimlendiği birliktir; sivil toplum, bireylerin kendi çıkarlarının peşinden giderken diğerleriyle karşılıklılık gözettiği ve kurumları⁶⁶ aracılığıyla tanınmayı temin ettiği alandır ve devlet, özgür bireyin özgür halka dönüştüğü aşamadır⁶⁷. Bir başka bilinç tarafından bilinme isteği sayesinde kendisinin bilincine varan insanların nihai uzlaşısı, karşılıklı tanınmanın evrenselleştiği devlet aşamasında mümkün olur⁶⁸. Öznel olan ilk olarak, duygusal bir bağlamda gerçekleşen tanıma ilişkisi aracılığıyla ailede nesnelleşmektedir, ikinci uğrak ise sivil toplumdur; ailenin sınırlarının ötesine geçilse de bu alanda bireyler sadece kendi öznel çıkarlarını gerçekleştirmenin peşindedir⁶⁹. Ailede bireyler en temel duygusal ve maddi ihtiyaçlara sahip kişilikler olarak tanıma ilişkisinde bulunurken tanınmanın ikinci aşamasında alışverişe girebilen malikler yani mülkiyetin meşru sahibi olarak tanınırlar⁷⁰. O halde bu aşamada mülkiyetine karışılması anlamında negatif özgürlük bağlamında da olsa artık hukuki ilişkiler kurulmuştur. Özgürlüğün ilk formu olan mülkiyette kişinin tanındığına dair ima bulunur⁷¹. Öznel olan

⁶⁶ Hegel, sivil toplum aşamasında tanınmanın kurumsal ayağını teşkil eden korporasyon üzerinde ayrıca durur; korporasyon üyeliği bencil çıkar ile özel refahın hak olarak tanınması arasındaki farka denk gelir. Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §253-255.

⁶⁷ Pinkard, *Hegel*, s. 166, 477-484.

⁶⁸ Tülin Bumin, *Hegel, Alan Yayıncılık*, İstanbul, 1987, s. 131.

⁶⁹ Bumin, *Hegel*, s. 146 vd.; Türközer, "Hegel'in Hukuk Sistematiğine Özlü Bir Bakış", s. 850 vd.

⁷⁰ Honneth, *Tanınma Uğruna Mücadele*, s. 44, 45.

⁷¹ Bumin, *Hegel*, s. 138. *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*'nin henüz sivil toplum konu edinilmediği soyut hukuk bölümünde Hegel, tanınma ve mülkiyet ilişkisine dair şöyle der: "Mülkiyet, şahsiyetin vücut bulmuş varlığı olduğuna göre, bir şeyin benim olmasını istemem veya içimden bunu geçirmem, o şeyin benim mülkiyetime geçmesi için yeterli değildir; ayrıca, o şeyin zilyetliğini de almam gerekir. İradenin böylece edindiği mevcudiyet başkaları tarafından tanınma imkânını da kendinde taşır." (Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §51). Zilyetlik ise bir şey üzerinde güce sahip olmakla, o şey üzerinde iradenin tesir etmesiyle, iradenin o şeyin dolayımından geçmesiyle tarif edilir (Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §45). Özgürlüğün mevcudiyet kazandığı asli zemin ise irade ile iradenin ilişkisidir; tıpkı iradenin bir şey üzerinde etkin olmasındaki gibi yine zorunlulukla irade başka iradelerle ilişkiye girer, bu sözleşme ilişkisine dahil olabilmek evveliyatla tarafların birbirlerini mül-

iradenin, gerçekleşmesindeki son aşama nesnelleşmenin nihayete erdiği devlettir; bu aşamada parça ile bütün senkronize olur. Modern devlette genel irade ile öznel olan örtüşür, kişi hem kendi özgürlüğünü gerçekleştirir hem de öznelliğinden kurtulur⁷². Devlet, objektifleşmenin, nesnelleşmenin sivil toplum sonrası bir uğrağıdır, sivil toplumla karıştırılmaması gerekir. Devlet, şahıs mülkiyetinin ve özgürlüğünün korunması amacıyla dahil olunan ihtiyari bir birlik değil bireyin ancak onun sayesinde nesnelleğe erişebileceği birliktir, bu bağlamda sözleşme ile kurulmaz bilakis öznel ve nesnel özgürlüğün örtüştüğü zorunlu bir aşama olarak görülür⁷³. Hegel'e göre devlet bir sonuçtan ziyade başlangıçtır; ancak devlet içinde ailenin sivil topluma geçişi mümkün olur, objektif olanın dolaysız hali, aileden ve bölündüğü sivil toplum aşamalarından geçerek devlete varışı, nihayetinde devletin ispatıdır⁷⁴.

"Devlet, somut özgürlüğün fiil halindeki realitesidir, imdi, somut özgürlük demek, şahıs olarak bireyin ve bunun özel menfaatlerinin tam gelişmişliklerine varmaları ve kendisi-için haklarının tanınması (aile ve sivil toplum sistemleri içinde) ve, aynı zamanda, kendiliklerinden genel menfaatle bütünleşmeleri, yahut onu bilinçli ve iradi bir şekilde kendi esprilerinin cevheri olarak kabul etmeleri ve onu kendi gayeleri olarak alıp, bu gaye uğruna faaliyet göstermeleri demektir."⁷⁵

Nitekim, tanıma ilişkisinin kiplerini tablodaki gibi özetlemek mümkündür⁷⁶:

kiyet sahibi olarak tanımalarını şart koşar, nitekim mülkiyet başka bir irade aracılığıyla sahip olunan bir şey olarak görünür, zilyetlik iradenin ifadesi de olsa ancak tanımının konusu olmakla hak alanı oluşturur (Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §71, 72, 84). Kendiliğinde hukuk, sivil toplum aşamasında kanun halini alır zira bu aşamada herkes tarafından tanınmıştır yani evrenselleşmiştir, kamusallaşmıştır. (Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §217.)

⁷² Bunun, Hegel, s. 152.

⁷³ Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §258.

⁷⁴ Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §256.

⁷⁵ Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §260.

⁷⁶ Honneth, *Tanıma Uğruna Mücadele*, s. 55.

NESNE

Birey

Kişi

Özne

(Somut İhtiyaçlar) (Bicimsel Özerklik) (Bireysel Özgüllük)

Tanuma Biçimi

Görü (Duygusal)

Aile

Kavram (Bilişsel)

Sivil Toplum

Akli Görü (Akılcılaştırılmış Duygu)

Devlet

Tablo 2: Tanıma

Hegel bir iradeci mi, yoksa hukukun temelinde akli mı görüyor yahut doğal hukukçu mu? Güçlü ve zayıf yanlarıyla bu soruların hepsine ayrı ayrı olumlu cevaplar veren bir Hegel literatürü mevcut⁷⁷. Bu soruya nihai bir cevap vermemize gerek yoktur zira bu çalışma bağlamında Hegel'in önemi, tanınmayı sisteminde merkezi kavramlardan biri olarak alması münasebetiyle, tanınmanın kendisini görece sistemli bir incelemenin konusu yapmış olmasıdır. Hegel'in eserinden hukukun ahlaki öncüllerini dikkate alma gereğini, bu toplumsal dayanağın iradecilik anlamına gelmediğini bilakis hukukiliğin nihayetinde bir nesnelleşme olduğunu öğreniriz. Hukuk, nesneldir; o, öncelikle bilincin konusudur, edimselleşmesi, evrensel olarak geçerli olan bir şey olarak bilinmesiyle ilişkilidir⁷⁸. Örf adet hukuku en başta muhataplarının bilincindedir fakat bu durum hukukun kodifiye edilmesiyle değişmez, yürürlükte olan kanunlar o milletin adettir; kodifiye etmek aslında dağınık, şekilsiz, bulanık olanı uzmanlar aracılığıyla şekillendirmek, düşüncenin süzgecinden geçirmektir⁷⁹. Bu yüzden, kendiliğinde olanla pozitif olan yani vaz'edilmiş olan örtüştüğü için konulmuş hukuk zorlayıcı olabilmektedir⁸⁰. Hukukun evrensel geçerliliğinin arkasındaki güç budur; uzmanın, düşünce ile yaptığı dağınık olanı, hukuk kurallarının iç mantığını göstererek dizgeleştirmek suretiyle evrensel kılmaktır. Böylelikle hukuk, kendiliğindenliğine ilaveten düşün-

⁷⁷ Bkz. Frederick Beiser, *Hegel*, New York, Routledge, 2005, s. 205 vd.

⁷⁸ Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §210.

⁷⁹ Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §211.

⁸⁰ Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §212.

cenin tesirine maruz kalmasıyla etkin ve nesnel olur⁸¹. Çatışan güçlerin dengesinden müteşekkil olan toplumun istikrarı diğer bir ifadeyle öznel olanların uyumlaştırılması ve nesnellik koşullarında korunması hukuk kurumunun yerini ifade eder⁸².

Tarınma ilişkisi sözleşme düşüncesinden iradi olmamasıyla, özneliği dışlamasıyla ayrılır. Bu ilişki tarafların serbest iradeleriyle dahil oldukları bir sözleşme yahut doğa durumunun terkinin konu edinen varsayımsal bir anlatı değildir. Burada sözleşme düşüncesindeki gibi taraflar atomize olmuş ve sadece biyolojik olarak hayatta kalmaya çalışan tekillikler değildir, tarınma mücadelesi öznelararası bir ortamda gerçekleşir ve etik bir içeriği vardır⁸³. Tarınma ve nihayetinde hukuk, özgürlüğün gelişmesi için zorunlu olan bir aşamadır⁸⁴. Hegel'e kadar, doğal hukuku temellendirenler, hatalı bir biçimde, biçimci yahut deneyci olmaları fark etmeksizin, toplumsal bağlamından koparılmış bireyi kalkış noktası olarak almışlardır⁸⁵. Hakkın/hukukun kuruluşunda tarınmanın rolü tam olarak da özne merkezlikten kaynaklı özneliğin, iradeciliğin, bireylerin iradesine bağlanan bir sözleşmeciliğin aşılmasına dairdir zira doğal hakkı transandantal argümanlarla açıklayan Fichte ile Kant ve ampirik argümanlarla açıklayan Hobbes ile Locke, Hegel'e göre reddedilmesi gereken bu paydada bir araya gelir⁸⁶. Kurumlar iradi sözleşmelerle kurulmaz⁸⁷. Kurumların yürürlüğe girmek, etkinleşebilmek için ih-

⁸¹ Hukukun otonom bir şey halini alması diğer bir ifadeyle özel iradenin, subjektif olanın karşısında konumlanması ise Hegel'e göre kanun şeklinde bir mevcudiyetten sonradır, bu aşamada kendiliğinde değil kendisi için mevcuttur ve kendisini evrensel olarak sunmak doğası gereğidir. Özel hallerde tarınmasını temin etmek ise mahkemenin işidir. (Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §219)

⁸² Türközer, "Hegel'in Hukuk Sistematiğine Özlü Bir Bakış", s. 855.

⁸³ Honneth, *Tarınma Uğruna Mücadele*, s. 42, 43.

⁸⁴ Jean Hyppolite, "Sunuş", (Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* içinde), s. 19.; Pinkard, *Hegel*, s. 469.

⁸⁵ Honneth, *Tarınma Uğruna Mücadele*, s. 32.

⁸⁶ Pinkard, *Hegel*, s. 163 vd.

⁸⁷ Sözelimi ne evlenme ne de devlet kurumu keyfi iradenin ürünü olarak görülemez, iradecilik özel mülkiyetin karakterini objektif ahlaklılık alanına taşımaktır. (Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §75.)

tiyaç duydukları iktidar, toplumdaki tanınma mücadelesince temin edilir⁸⁸. Kaldı ki hakları, kişilerin diledikleri zaman terk edebilecekleri sözleşmeyle kurmaya kalkmak, yükümlülüklerin altını oymak demektir; zaten normların nesnelleşmesi ki bu ortaya çıkması anlamına gelir, öznel olan iradeye değil akla dayanmaları nedeniyledir⁸⁹. Neticede, teleolojik yaklaşımı sürdüren Hegel için normlar, formel nedendir ve formel neden bir şeyin ne olduğunu hem ontolojik hem de normatif olarak söyler, ontolojik olarak bir şeyin ne olduğunu söylediği için normatif olarak ne olması gerektiğine dair söylemi kuruluş için öznellik barındırmaz, nesneldir; temelde iradi bir anlaşmanın öznelliğine bağlı değildir, sadece gelişiminde olumsuzluğa imkân tanır⁹⁰. Sözleşmenin, iradenin alanı, tanınma ilişkisinin fark edilmesi, bilincine varılmasından ibarettir, haklara sahip olma bilincine tanınma ilişkisiyle erişilir ve bu sayede yani karşılıklı olarak tüzel kişiliklerin tanınmasıyla bireyler uyum içerisinde yaşayabilir⁹¹. Nitekim Hegel'e göre esas olarak anayasayı yoktan varetmek gibi bir durum söz konusu değildir; insanların olduğu her yerde anayasa vardır, yazılı bir anayasa nesnelleşmiş toplumsal bilincin dile getirilmesinden ibarettir⁹². Bu bağlamda Hegel de Arendt gibi Rousseaucu kuruluşu sorun eder. Tıpkı Arendt'in mutlakı hedef alması gibi Hegel de yeni devletin kurucularının devlette sözde rasyonel bir temel vermeye kalkıştıklarını fakat önerilerinin kavram ve varoluşun birliği olan ideden yoksun soyut düşüncelerden ibaret olması nedeniyle teşebbüslerinin dehşetle sonuçlandığını belirtir⁹³. Hegel'e göre anayasayı kim

⁸⁸ Honneth, *Tanınma Uğruna Mücadele*, s. 22.

⁸⁹ Beiser, *Hegel*, s. 207, 208.

⁹⁰ Beiser, *Hegel*, s. 210, 211. Normatif olanın formel neden oluşunun açık bir görüntüsü devlet ile sivil toplum ve ailenin ilişkisinde de açıkça görünür: "Kişisel hak ve menfaat sferleri (aile ve sivil toplum) karşısında devlet, bir bakıma, bir dış zorunluluk ve daha yüksek bir otoritedir; onların kanunları ve menfaatleri, bunun tabiatına tabi ve bağımlı durumdadır. Fakat öte yandan, devlet onların immanent gayesidir ve gücünü, kendi nihai evrensel gayesiyle bireylerin özel menfaatlerinin birliğinden alır..." (Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §261.)

⁹¹ Honneth, *Tanınma Uğruna Mücadele*, s. 83, 92, 93.

⁹² Bunun, *Hegel*, s. 154 vd.

⁹³ Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §258.

yapar sorusu yukarıda eleştirilen görüşlerin hatalı varsayımına dayanan anlamsız bir sorudur; esas olan anayasanın zamanla ortaya çıktığı ve yapılmamış bir şey olarak görülmesi gereğidir⁹⁴:

“...siyasi anayayı kim yapar? İlk bakışta apaçık bir sorudur bu, ama yakından bakıldığında anlamsızlığı ortaya çıkar. Gerçekten de, daha önce herhangi bir siyasi anayayı bulunmadığı, yalnızca atomsal bireyler yığını bulunduğu hipotezini içerir bu soru. Bir yığın, nasıl olur da bir siyasi anayayı kavuşur? Kendi kendine mi, başkasının yardımıyla mı, bir lütuf eseri olarak mı, düşünce ya da kuvvetle mi? Nasıl olursa olsun önemli değildir bu, çünkü kavramın yığınla ilgisi yoktur. İmdi, eğer bu soru daha önce bir siyasi anayanın varlığını tazammun ediyorsa, o zaman “yapmak” sadece değiştirmek anlamına gelir ve böyle bir anayanın var sayılması, zımnen, bu değişikliğin yine ancak anayasasal bir değişiklik olabileceğini gösterir. Bunun için, genel olarak, siyasi anayanın, zaman içinde meydana gelmesine rağmen, hiç yaratılmamış bir şey olarak görülmesi esastır.”

Hegel’e göre bir millet zaten kendisi için uygun olan anayasaya sahiptir, ona ayrıca *a priori* bir anayasa vermeye lüzum yoktur, anayasa nihayetinde milletin bilincindedir ve bilincine bağlıdır⁹⁵. Şu hâlde nesnelleşmeyi ayrı zamanda milletin kendisinin bilincine varmak suretiyle anayasasını ortaya çıkarması olarak da ifade edebiliriz. Anayasaya varlığını veren de onun sürdürülebilirliğini temin eden de millettir⁹⁶.

Getirdiği açıklamada hukukun ve anayasanın kendiliğindenliği, ahlaki öncüllerine olan bağımlılığı, hem temel hem de gaye oluşu ve ortaya çıkışının tarınma ilişkisi bağlamında gerçekleşen bir nesnelleşme oluşu Hegel’i, bütün sorular için yeterli olan cevapmış gibi görmeye teşvik eder. Fakat burada yine sadece tek bir sorun vardır: Hegel. Zira Hegel’in idealizminde tek bir mitos evrensel tarih olarak bilinir ve belirli bir hukuk, hukukun kendisine eşitlenir. Yine belirli bir kişi,

⁹⁴ Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §273.

⁹⁵ Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §274.

⁹⁶ Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018, s. 256.

monark millet haline gelebilmektedir⁹⁷. Fakat Hegel idealizminin eleştirisi bu çalışmanın gündemini karşılamaz, kapsamını aşar. Kaldı ki Hegel'le sev ya da terk et ilişkisi kurmaya mecbur değiliz. Tanınma ilişkisini illaki tinin evrenselleşmesinin, nesnelleşmesinin kipleri, uğrakları, aşamaları olarak kabul etmemiz dolayısıyla da tinin bir kişide cisimleştiğini ve o kişinin kurucu iktidar olduğunu söylememiz gerekmez. Kaldı ki ne potansiyel-edimsel derinliğini temin eden teleolojik bakışa ne de tanınmaya dair fikir edinebileceğimiz tek kaynak Hegel idealizmi değildir. Tanınma ilişkisinin sezgisine, fenomenolojinin uğraklarından bihaber, karşılıklı kabul ve denge durumunu ima edecek şekilde birçok yazarda rastlayabiliriz.

4.2.3. Denge Olarak Tanınma İlişkisi

Uzak bir örnek, modern devletin sosyolojik gelişimini açıklayan Poggi, tanınmanın içinde değerlendirdiğim denge

⁹⁷ Bundan başka Hegel, tam da meşruti monarşideki hükümlanlığın yasallığını, keyfi olmadığını, yetkilerin şahsi ve öznel değil nesnel olduğunu anlattığı esnada Schmitt'in egemenin istisnaya karar veren olduğu yönündeki iradeci söylemine paralel olarak "devletin idealitesi, hakiki realitesine ancak bu gibi tehlike zamanlarında kavuşur", "devletin kurtuluşu hükümdarın takdiline bırakılır" demek suretiyle kurucu iktidar benim deme gafletinde bulunmuş Napolyon'u mutlak tin ile nasıl karşıtarabileceğinin de izahını vermiş olur. (Bkz. Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §278) Nitekim bir sonraki paragrafta devletle hükümdarı özleştirmek suretiyle kitap boyunca inşa ettiği nesnelliği tehlikeye düşürecek şekilde "devletin şahsiyeti ancak bir şahıs olarak gerçektir (reel) ve bu şahıs monark'tır" der. Bir devlet başkanı en kritik anlarda kendiliğinde ve kendisi için olan anayasasının ne olduğuna karar verdiğinde, Hegel'in şahıs, gerçek vb. kelimeleri kendi diyalektiğine özgü bir bağlamda kullandığı yönündeki açıklamalar Jena'daki bira ve şarap doktorlarının işiteceği türden savunmalar olmayacaktır zira hükümdar, hükümlan olarak onarılmıştır bir sefer. Öte yandan Hegel, monarktan bahsederken muhayyilesinde miras yoluyla intikal eden devlet başkanlığı vardır. Monarka seçimle karar verilmesi ihtimalinin nesnelliğe karşıt olduğunu ve sivil toplum aşamasına ait olan iradeciliği, öznelliği prensip haline getireceğini ve yetkileri özel mülkiyete çevireceğini söyler. (Bkz. Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §281) Hegel'in monarka sisteminin birleyicisi ve muhtevasının belirleyicisi olma vazifesini yükledikten sonra sadece seçim veraset farkıyla iradeciliğin tehlikesinin nasıl bertaraf edilebileceğini düşündüğünü anlamak güçtür. Buna bir de yargurun yürütme içinde değerlendirmesini eklediğimizde monarkın "organik" sınırlarını tespit edebilmek imkan dahilinde değildir.

durumunu “çatışan çıkarlar arasında bir *modus vivendi* sağlanmasının tarihsel gerekliliğine” atıfla ifade etmekte bir beis görmez⁹⁸. Daha doğrudan bir örnek Schmitt ve Hegel’in dış ilişkileri, uluslararası hukuku ele alışlarında tespit edilebilir. Hegel ve Schmitt’in ifadeleri harici tanınma kavramı içinde değerlendirilebilir⁹⁹. Hegel, tanınma meselesini uluslararası hukuka doğru genişletirken şu ifadeleri kullanır:

“Başka bir devlet için bu şekilde var olmak, yani onun tarafından tanınmak, bir devletin birinci ve mutlak meşruiyet şartıdır. Ancak, bu aynı zamanda formel bir meşruiyettir; ve bir devletin yalnızca devlet olduğu için tanınmasını istemek, soyut bir şeydir...meşruluk yine de başka devletlerce tanınmakla, tam ve nihai geçerliliğini kazanır. Fakat, bu tanınma, aynı zamanda, bir garantiyi de getirir ki, bu tür tanınan devletin, aynı şekilde, kendisini tanıyan öteki devletleri tanıması, yani onların bağımsızlığına saygı göstermesidir.¹⁰⁰”

Tüm yaklaşım farklarına rağmen Schmitt’in aşağıdaki açıklamaları Hegel’den ne kadar uzağa düşer?

“Devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen uluslararası hukukun bir parçası olan savaşta düşman eşit bir egemen olarak tanınır. Uluslararası hukukta tanınma, belirli bir içeriği olması kaydıyla, savaş hakkına sahip olmayı, buna bağlı olarak da meşru düşman sayılmayı kapsar. Düşmanın bir statüsü vardır: o halde düşman haydut değildir.¹⁰¹”

Her ne kadar, kuruluşu siyasal birliğin homojenliği de temin eden kararına bağlasa da Schmitt tanınma konusuna büsbütün yabancı değildir. Homojen grupların bir yandan

⁹⁸ Gianfranco Poggi, *Modern Devletin Gelişimi*, çev. Şule Kut-Binaz Toprak, 5. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 117.

⁹⁹ Ralf Michaels, Hart’ın tanıma kuralını dahili tanıma olarak tarif ederken, hukuk sistemlerinin birbirlerini tanıması bağlamında harici tanıma olarak ifade ettiği yeni bir kavram önerir. Bkz. Ralf Michaels, “Law and Recognition – Towards a Relational Concept of Law”, *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, ed. Nicole Roughan, Cambridge University Press, 2017, s. 90.

¹⁰⁰ Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, §331.

¹⁰¹ Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 41.

ötekiyle yaşam mücadelesi verirken kendilerini gerçekleştirmelerinin mümkün olmadığını düşünen Schmitt'in bu durumdan ancak bir grubun diğer grupların kendi alanlarına dair mülkiyet haklarını tanımalarına bağlı olduğunu ve tanıma ilişkisinin gerçekleştiği mücadele sürecinin ötekiyle kurulan hukukta daha doğrudan bir ifadeyle *nomosun* tesisinde yeri olduğunu düşündüğü belirtilir¹⁰². Tanınmanın anayasal meşruluk bağlamında değerlendirilmesine yönelik daha doğrudan argümanları ise Arendt'te buluruz. Arslan, meşruiyet ve demokrasi bahsini tartışırken, Arendt'in yasalara itaat edilmesinin gerekçesi olarak insanların tanınmaları sayesinde o yasada yabancı bir iradeye değil kendi iradelerine tabi olduklarını düşündüğünü belirtir ve bunu Kantçı özerklik anlayışıyla birlikte değerlendirerek tanıma ve farklılığı biçimsel meşruiyetin talep ettiği demokratik katılımın unsurları olarak ortaya koyar¹⁰³. Gerçekten Arendt, yukarıda yeterince üzerinde durduğumuz gibi maddi nedenin katılımı zorunlu görmekte ve Avrupa'daki kimi ülkelerin uzmanlara yazdırdıkları anayasalarla Amerikan anayasası arasındaki farkın bu olduğunu iddia etmektedir, dolayısıyla da John Adams'ın, anayasanın ancak anlaşıldığında temel bir norm, bir *bağ* olabileceğini ifade eden sözlerini alıntılarında beis görmemektedir¹⁰⁴. Bu pozisyonun hukuk ve kuruluş için anlamını Arendt'in, Roma yasası *lex* hakkındaki düşünceleriyle birlikte değerlendirmek gerekir. Buna göre *lex* köken olarak sıkı *bağ*, ilişki anlamına gelmektedir ve *Romanus populus*, böyle bir ilişkinin, bağın ürünüdür, Oniki Tablet yasaları soylular ile avam arasındaki ittifakın ürünüdür, bu bağlamda savaşı sonlandıran ve yeni bir bağ kuran ittifakı imler *lex*¹⁰⁵. Bu denge ve ittifak vurgusu dikkatimizi olması gereken yere çeker. Öyle ki 18. yüzyıl itibarıyla anayasanın liberal-demokratik bir içerikle tanımlanması esasen burjuvanın tanınmasıdır¹⁰⁶. Buradaki il-

¹⁰² Zeybekoğlu, "Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı", s. 172.

¹⁰³ Arslan, *Anayasa Teorisi*, s. 47, 48.

¹⁰⁴ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 193.

¹⁰⁵ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 252, 282.

¹⁰⁶ Bkz. Oder, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, s. 33 vd.

ke, adı Clarendon Anayasaları olmasına rağmen ana kuruluşa dair bir içeriği olmadığı için sadece etimolojik bir referans kaynağı olarak görülen 1164 tarihli belgenin oluşumundakinden farklı değildir¹⁰⁷. Zira esas teşkilat düzeyine gelmese de bu belge de dini mahkemelerin yetkilerini belirlemesi, kayıt altına alması anlamında iktidarın kullanımına dair, dini mahkemelerin pozitif olarak tanınmasına ilişkindir. Anayasacılık hareketinin de tesiriyle, anayasaların liberal-demokratik bir içerikle tanımlanması temel hakların ve erkler ayrılığının kurumsallaşmasına bağlanmıştır. Erkler ayrılığı da, bugün her ne kadar tek bir iktidarın, devlet iktidarının sınırlandırılması işleviyle okunmakta olsa da denge ve ittifakın kurumsallaşmış ifadesinden fazlası değildir. Anayasanın amacı, anayasacılığın telosu, anayasallığın temininin şartı olarak görülen sınırlı iktidar bağlamında erkler ayrılığı esasen maddi nedenin bir bütün olarak edimselleştiği formun adıdır. Bunu hem düşüncenin hem de siyasetin tarihi onaylar: Daha önce de ifade edildiği gibi üç büyük imparatorluk: Roma, İngiltere ve ABD¹⁰⁸, karma anayasa ilkesine sahip yönetimlerdir. Erkler ayrılığı, karma anayasanın modernlikteki adıdır ve üç imparatorluğun cumhuriyet olarak da zikredilebilmelerini sağlayan, yönetimin, farklı grupların birbirini tanıyıp, dengelemek suretiyle birlik/cumhur/populus oluşturmalarını sağlayan bu formudur. Burada özetlenen, felsefenin sunduğu ideal devlet önerisinin billurlaşmasıdır. Platon'dan Montesquieu'ye kadar ilke değişmemiştir. Temelde rasyonelleşmeyi/nesnelleşmeyi öneren bir anlayış için başka türlü de düşünülemez. Elbette en akılcıca yönetim aklın yönetimidir. Başka başka eşleşmelerle: kararın değil hakikatin, öznel ahlakın değil nesnel ahlakın, parçanın değil bütünün, iradenin değil hukukun, maddenin değil formun belirleyici olduğu anlayış hep aynı öneriyi getirir. Platon'un felsefenin krallığı önerisinden Montesquieu'de güncel adlandırılmasına, çoğu kez farklılıklara odaklanırken gözden kaçırılan bu ortak ilke gizli saklı da değildir. Yönetim

¹⁰⁷ Krş. Oder, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, s. 28.

¹⁰⁸ ABD'de kurucu iktidar ve karma anayasa tartışması için bkz. Spang, *Constituent Power and Constitutional Order*, s. 39-41.

biçimlerinin Platon'dan beri yapılagelen klasikleşmiş tasnifi hep bir üçlemeye dayanmaktadır ve iyi yönetim bu üçlemenin akıllıca bir araya getirilmesi şeklinde sunulur. Başka branşlarda olduğu gibi burada da Aristoteles'in şemalaştırdığı haline aşınayız. Şema iki ilkeye göre oluşur: iktidar kimde ve onu nasıl kullanıyor? Bir kişide yahut kitlede değil de gruptaysa oligarşi, yasada tecessüm eden ortak iyi uyarınca yani aklın rehberliğinde kullanılıyorsa aristokrasi gibi. Bu doğrultuda her bir grubun bir organda temsil edildiği ve yasayla idarenin esas olduğu *politeia*'nın en iyi form olduğuna inanıldı. Loewenstein, bu doğrultuda, karma anayasayı Roma özelinde kutsayan Polybius, Thomas Aquinas, Püriten İngilteresi, Harrington, Locke, Montesquieu isimlerinden bir hat oluşturur¹⁰⁹. Bu hata De Re Publica'da karma anayasayı savunan Cicero'yu eklemekte tereddüt etmeyiz. Elbette Antik Yunan'da ve Roma'da erkler ayrılığı yoktu, burada işaret edilen sadece modernde denge ve kontrol mekanizması, erkler ayrılığı gibi isimler bulan anlayışla karma anayasanın temin etmeye çalışığının hep aynı denge olduğudur. Böyle bakıldığında sınırlandırma gibi negatif bir tutumdan ziyade bir kuruma iktidar temin eden grupların pozitif anlamda birbirini dengelemesi görülebilir. Arendt'in Amerika devrimi övgüsünde Montesquieu'nun kurucular için rehber niteliğinde olmasına dikkat çekmesinin bir önemi de buradadır ve o da bu hattın Aristoteles'e hiç olmadı Polybius'a kadar izinin sürülebileceğini ifade eder¹¹⁰ ve dahası iktidarın anayasal düzenle-

¹⁰⁹ Loewenstein, *Political Power and Governmental Process*, s. 21vd.

¹¹⁰ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 198 vd. Arendt ileride (s. 239) Malden Kasabası Yönergeleri'nden alıntı yapar: "Bir Amerikan Cumhuriyeti...kurulu görmek istediğimiz tek yönetimdir; zira engin irfana, iyiliğe ve doğruluğa sahip ve sınırsız bir iktidarı elde tutmaya yaraşan tek kişi olmadığı sürece bir Kral'a asla isteyerek tabi olmayız." İster aklın yolu bir diyelim, ister kolektif bilinç dışına atıfta bulunalım, ister Roma'nın yeriden keşfi diyelim, bu satırlar ile Platon'un *Devlet Adamı* (301e) diyalogundaki şu satırlarda aynı aklın konuştuğunu görmek durumundayız: "O halde gerçekten kentlerde bir an kovanından çıkar gibi doğuştan üstün ruh ve bedene sahip bir kral olmadığı için, en doğru devletin yolundan giderek kanunlar yazmak için bir araya gelmeliyiz." İşte, cumhuriyet ile yasalı yönetim arasındaki ilişki bu akıldadır. Bu yüzden kurucular tam da Platoncu adalet yani "yönetimi kişiler arasında bö-

nişinin nihayetinde monarşi, aristokrasi, demokrasi döngüsünü karma anayasa sayesinde en yüksek noktasında durdurup, ölümsüz/istikrarlı bir kent kurma manasına geldiğinin farkındadır¹¹¹.

lüştüren ve her birinin ehil olduğu uygun işleri onlara dağıtan" bir düzen olmadan cumhuriyetçi yönetimin esasına uyulmayacağını ve ABD'nin sözde cumhuriyetçi olacağını ifade etmiştir. (Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 340.)

¹¹¹ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 311. Aristoteles, *politeia* adını almaya en yatkın modelin karma anayasa olduğunu savlarken ne monarşiyi muhafaza etmek ne aristokratları sakinleştirmek ne de halkın ağzına bir parmak bal çalmak niyetindeydi. Karma anayasa bir çeşit orta yoldur. İktidarın kullanımının ne sağda ne solda, ortada olduğu yoldur. Bir toplumdaki gruplar ne ölçüde temel normca kapsanıyorsa ilgili toplumun esas teşkilatının etkinleşme ihtimali o denli yüksektir zira ihtiyaç duyulan iktidar bu gruplardan temin edilir, norm daha az direnişle karşılaşır, ihlali durumunda daha fazla kesimden karşılık verilir. Böylelikle dengesini görece bulmuş toplumlar felsefeye müjdelenen yetkin formu benimseme, edimselleştirme yönünde eğilim sergiler. Dengeden maksat bundan ibarettir yoksa felsefecilerin akılla kavramaya çalıştığı, siyasetçilerin temini için kurumlar oluşturmaya gayret ettiği sonsuz istikrarı ima etmiyoruz. Bu bağlamda denge durumunun *equilibrium* adıyla özel bir yer işgal ettiği antropolojiye bir parantez açmak işlevsel olur. İngiliz işlevselcileri için toplum bir denge sistemidir; tespit edilmeye çalışılan, farklı grupların birbirini dengelemesiyle sonuçlanan istikrarlı yapının nasıl mümkün olduğudur. (Bkz. Ted C. Lewellen, *Political Anthropology*, 3. Baskı, Praeger, s. 6 vd.) Marshall'ın, dengenin, toplumun aynı zamanda dinamik bir karakteri olması hasebiyle yerinde bir kullanım olmadığı itirazına kimyacılar, ekonomistler, sosyologlar, biyologlar için nasıl bir zorluk teşkil etmiyorsa durumun antropoloji için de farklı olmasının gerekmediği yönünde cevabı Gluckman'ın açıklamalarıyla bir bütün oluşturur zira Gluckman da antropologların bir toplumu denge durumu söz konusuysa incelemelerinden maksadın sıkıca sabitlenmiş ilişkilerden ziyade bir bozulmadan, karışıklıktan sonra eski duruma dönebilme eğilimi olarak anlamak gerektiğini belirtir. (Bkz. Marshal Sahlins vd., *Evolution and Culture*, 6. baskı, The University of Michigan Press, 1970, s. 60; Max Gluckman, *Ritual in Tribal Society*, Basil Blackwell Oxford, 1965, s. 279 vd.) Elbette disiplinin iç tartışmalarının tüketileceği yer burası değildir ve elbette antropolojinin ve bu çalışmaların denge durumunu kullanışlarının tam bir çakışma içinde olması beklenemez lakin hukukun doğum yeri olarak toplumun anlaşılması onto-teleolojik şema için bir zorunluluk olduğu nispette antropoloji görmezden gelinemez. Örneğin Driberg'in Afrika hukuku çalışması anlayışınıza derinlik kazandıracak niteliktedir. Söz gelimi, hukukun, dengenin sürdürülmesini temin eden tüm davranış kurallarını içerdiği, tüm amacının dengeyi korumak olduğunu ve bu bağlamda yapılması yasak olanları değil yapılması gerekenleri söylediğini ve yaptırımların yeniden tesise yönelik olduğunu belirtir. (Driberg, "The African Conception of Law" s. 231-233.) Yazılı hukuk kurallarının yokluğunda, örf adet,

Velhasıl tarafların, bir denge durumunun sonucu olarak, fiili olana ortak bir anlam atfetmesi neticesinde tanınma ilişkisi hukuki adlandırma ile yani objektif/nesnel bir anlamla neticelenir. Bourdieu'nün yargılamanın duruşma evresine odaklanan satırları hukuki adlandırma ve tanınma meselesini özetleyen bir resim çizer¹¹²:

"...duruşma, birbirinden farklı, hatta birbirine zıt dünya görüşlerinin karşı karşıya geldiği toplumsal yaşama içkin sembolik çatışmanın paradigmatik bir sahnelenişini temsil eder. Sahip olduğu bireysel otorite aracılığıyla çatışmanın taraflarından her biri, tanınma ve dolayısıyla kendi kendini gerçekleştirme imkânı peşindedir."

Tıpkı başlangıç toplumlarını modernlerin inceleyişi gibi, sayet bize yabancı bir medeniyet de modern dünyayı ziyaret edecek olsa konum alışlar, takınılan tavırlar, giyilen kıyafetlerle duruşmanın bir tanınma ve adlandırma ritüeli olduğunu söylerdi. Her gün gerçekleştirilen yüzlerce duruşmada olduğu gibi anayasanın her güncellenişinde ve nihayetinde kuruluş aşamasında tarafların birbirlerinin haklarını kabul ettiği, ortak bir anlamın tesis edildiği daha doğru bir ifadeyle keşfedildiği bir tanınma ilişkisi bulunur. Tarafları bir arada tutan bu ortak anlamdır. Karmaşıklaşan toplum yapımızda işbölümü gereği hükümetlere, yasama meclislerine ihtiyaç duyduğumuzu hissediyor oluşumuz bu temel gerçeği fark etmemizi engellememeli; Hocart'ın tüm üyelerinin bir yüz yüzelik ilişkisi içinde olan toplumların ayrıca bir sisteme, emirlere ihti-

dingenin mümkün olduğu davranış kalıplarını ifade ederek hukuk olarak algılanır. Dolayısıyla hukuk sadece dengenin sürdürülmesine yönelik bir araç değil aynı zamanda dengenin sonucudur da. Driberg'in, Avrupa hukukuyla farklı olduğunu iddia ettiği yanlar muhtemelen kendisinin liberal bireyci pozisyonundan kaynaklanmaktadır ve esasen birer ilke olarak önerdiği statü ve yedek kategorileri, oyun yahut birlikte yaşamın koşulları olarak hukuk anlayışına hizmet edebilecek durumdadır. Hele ki hukukun sosyal dengeyi temin etmeye yönelik olmasından dolayı yaptırma ihtiyaç duyulmadığını belirttiğinde. (Driberg, "The African Conception of Law", s. 237)

¹¹² Bourdieu, "The Force of Law", s. 837'den aktaran Gürler, *Hukukun Gücü: Bourdieu Sosyolojisinde Hukuk Alanının Oluşumu ve İşleyişi*, s. 125.

yağ duymadan karşılıklı anlayışla ayakta duruşlarını ve anayasanın yeni bir şey olmadığına ikna edecek şekilde kralı meşru, adil bir şekilde yönetme konusunda uyaran törenlere sahip toplumları, yağmur yağdırabilmek için kendisinden önce var olan, protestolarla karşılaşınca kadar haberdar dahi olmadığı kurallar uyarınca bir hasır üzerinde yedi gün geçiren ve yetmeyince topraklarına on beş günde bir yağmur yağın (başka bir kralın) Dhananjaya'nın uyduğu Kuru hukuku uyarınca kendi kendisini yargılayan Kalinga kralını dikkatimize sunuşundan istifade etmeliyiz¹¹³. Akal, bu doğrultuda:

“İnsan toplulukları toplum diye adlandırılacak bir bütün oluştururken, kendilerini ve toplumlarını *anlamlandırma* için, zorunlu olarak bir Yasa odağı yaratır, karşılıklarına bir *Ayna* oturturlar. *Ortak model*, toplumla bu odak arasındaki *Anlam* bağıdır: Toplumların kaderlerini bağlayıp, itaat etmek ve saygı göstermek zorunda oldukları üstün bir ilkenin ya da otoritenin *tanınması* demek olan bağ... Söz konusu bağın iki değişik biçimde kurulmasıyla ortaya çıkan iki toplum tipi arasındaki “*anlamlandırma*” farkı diğer farklılıkları gölgede bırakır.¹¹⁴”

der ve toplumları temelde yaratıcısı olmadıkları düşünülen ve yaratıcısı oldukları düşünülen Yasa'yla yönetilen toplumlar olarak ayırırken¹¹⁵ başlangıç toplumları ve modern toplumu, her toplumun Anlama muhtaç oluşu ile birler. Buna göre her toplumun anlamlı olduğuna inandığı bu yüzden kaba güç olarak görmediği bir Yasası vardır, modernlerin farkı bu yasayı kendilerinin yarattığını düşünmeleridir. Bu çalışma, Akal'ın satırlarında Yasa odağı olarak ifadesini bulan yerde, toplumun muhtelif kesimlerinin girdiği tanınma ilişkisi dahilinde oluşan denge durumunu anlamlandırışlarını, hukuki adlandırmanın gerekçesini temin eden, bu anlamda bir aynaya bakar gibi o muhtelif kesimlerin aslında birbirlerini ve bir arada temin ettikleri birliği tanıyışlarını bulmaktadır. De-

¹¹³ Arthur Maurice Hocart, “Krallar ve Danışmanları: Yasa”, *Devlet Kuramı*, 2. Baskı, çev. Başak Baysal, Barış Erman, ed. Cemal Bali Akal, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, s. 72, 83, 91.

¹¹⁴ Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 356, 357. Vurgular bana ait.

¹¹⁵ Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 355, 356.

mek ki olgudan norma geçiş değeri atfı ile olur. Değer bir uygunluk ölçütü temin eder. Böylece bu ölçüte uygun olan edimler bu değeri benimseyenlerin desteğini haiz olur. Ölçüte uymayanlar ise gayri meşru addedilir ve hukuk adı verilen çitin dışında kalır. Tanıma ilişkisinde açığa çıkan ortak anlam bir meşruiyet havuzudur. Meşruiyet ise elbette bir edimin haklılığını ifade eder yani edimi tanıyan öteki bir kişi ile ilişkilidir, bir edimin meşru olması o toplum nezdinde uygun, münasip görülmesi anlamına gelir, davranışının gerçekleştirmek istediğim amaç için uygun olması yahut kendimi haklı bulmam değildir ve bundan dolayı da meşruiyet ilk elden hukuka ilişkindir, benle değil bizle ilgilidir. Ferdi değil toplumsaldır¹¹⁶. Ferdi değil toplumsaldır.

Toplumları bir arada tutan anlam uyarınca belki sözleşme yerine bir eğretilme ile anlaşmayı tercih etmeliyiz. Nitekim Aristoteles'in dediği gibi *politeia*, anayasa bir yatırım değildir, mal ve hizmet sözleşmeleri gibi kurulmaz öyle olsa aralarında bu tip sözleşme olanları bir devlet saymak gerekirdi halbuki yasanın kurduğu bağda değiş tokuşun ötesinde neyin meşru ve adil olduğunun da ölçüsü bulunur¹¹⁷.

Bu anlam, meşruiyetin temin edildiği alandır ve kurucu iktidar anlatısının ortaya atıldığı günden beri üstlenmek zorunda kaldığı görev de tamamen bununla ilgilidir: Meşruiyet anlayışının referans verdiği otorite makamının sistemin dışından içeri çekilmesi.

4.3. Otorite

4.3.1. Kurucu İktidar ve Otorite

Bu bölümün ilk başlığında temel normun siyasal birliğin *potentiası* olduğunu ifade etmiştik. Bu potansiyel, tanınma ilişkisinde edimselleşir, bu ilişkide siyasal birliğin mensupları birlikteliğin anlamını keşfeder. Bu anlama verilen referans, hukukun gücünü kaba güçten ayırır. Bu *potentianın* edimselleşmesi, siyasal birliğin formunun açığa çıkışıdır. Anayasa

¹¹⁶ Caniklioğlu, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, s. 21, 46.

¹¹⁷ Aristoteles, *Politika*, 1280 a, b.

metninde form ilan edilir; böylece anayasa *auctoritas*ın taşıyıcısı konumuna gelir, anayasada düzenlenen ikincil iktidarlar da *potestas*a sahip olur. Otorite, tıpkı iktidar gibi bir şey yapabilme potansiyelini işaret ederken, bunu cebren değil normativitesiyle yapar, otorite gereklilikten (normdan) bahsetmektir, otorite sorusu normatif bir sorudur¹¹⁸.

Kurucu iktidar anlatısı, modernlikte yitirilen sistem dışı otorite kaynağını temin etmeye yöneliktir. Modern anayasal yönetim hem yönetimin halka dayandığı yani insanlar tarafından yapıldığı hem de aynı yönetimin ve yasaları yapan insanların kurallarla bağlı olduğu iddiasını taşır. Fakat otoritenin/yasanın kaynağının, iktidarla/iktidarın kullanımıyla aynı elde toplanması bir paradoks ortaya çıkarır. Nasıl olur da insanlar kendi yaptıkları yasalarla bağlı olabilirler? Kurucu iktidarın, kuruluş eyleminin pozitif hukuk öncesindeki konumu idrak edildiğinde yahut pozitif hukukun muhatabı olan kimselerce yani yurttaşlarca tıpkı doğal hukuk kaideleri veya ilahi birtakım hükümler gibi kutsal, erişilemez algılandığında daha doğru bir ifadeyle kuruluştaki tecessüm eden değerlere inanıldığında bu değerleri ilan eden anayasa, muhataplarının üzerine çıkar. Dolayısıyla normatifliği, anayasallığı temin eden anlamdır, meşruiyettir. Meşruiyeti temin eden ortak anlam, tarafların üzerinde konumlandığı için otoriteden beklenen formel özellikleri sergiler yani tarafların rızasına sahiptir

¹¹⁸ Nicole Roughan, *Authorities: Conflicts, Cooperation, and Transnational Legal Theory*, New York, Oxford University Press, 2013, s. 20 vd.; Norman P. Barry, *Modern Siyaset Teorisi*, çev. Mustafa Erdoğan, Yusuf Şahin, 3. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, 2012, s. 160. Otorite, muhatabına bir şeyi yapması gerektiğini söyleyebilen bir makamdır. Bu gereklilik ifadesine, karşı çıkılabilmek ihtimalinin varlığına rağmen uyulması otoritenin alametidir. Kojeve bu bağlamda hak ve otoritenin benzerliğini ve farkını vurgular: bir kimse hem hak hem otorite ilişkisi durumunda ondan istediğim edimi yerine getirir fakat hak, bir karşı çıkış durumunda yok olmazken (örneğin alacak hakkım, karşı tarafça kabul edilmezse dava yoluna gidebilirim) talebime karşılık alamam otoritemin olmadığını işaret eder, otorite güç kullanma ihtiyacı duymadan bir şey yaptırabilmekle alakalıdır, dolayısıyla her otorite meşrudur. (Alexandre Kojeve, *Otorite Kavramı*, çev. Murat Erşen, İstanbul, Bağlam Yayıncılık, 2007, s. 15, 16.) Ve bu durum normun meşruiyetle ilişkisini ortaya koyar.

ve hiyerarşik olarak üstte yer alır. Anayasayı otoritenin taşıyıcısı yapan da bu anlamı ilan ve muhafaza etmesidir.

Modern öncesinde iktidarın ilkesi, otoritenin kaynağı yani "Hangi hakla yönetiyorsun?" sorusuna verilen cevap ilahi bir adresteydi¹¹⁹. Toplum sözleşmesi düşüncesi, insanların ilahi bir adres yerine kendi kendilerine referans vermek suretiyle "Ne hakla yönetiyorsun?" sorusunu cevaplamaları yönünde bir teşebbüstü, zaman içerisinde meşruiyet kaynağına yönelik açıklamalar dünyevileşti ve modern toplum kendisini yasasının yaratıcısı olarak düşünmeye başladı¹²⁰. Sol elindeki kılıçla düzenin yürütücüsü olan Leviathan'ın sağ eline de otorite sembolü olan asayı alması onu Ortaçağın Tanrısı gibi düzenin kıyısına taşıdı¹²¹. Leviathan dünyalı olsa da dünyevi değildir. Tıpkı Yunanların kendilerinin ölümsüz formlarının yer aldığı tanrılardan kurulu Olympos'u yaratması gibi modern çağın ulusları da kendi içlerinden yeni düzenin tanrısını yaratmıştır. Modern kanun koyucu ulus-devlet, yeni düzende iyinin ve kötünün adresi olan kadiri mutlakdır¹²². Sekülerleşme neticesinde Kilisenin otoritesini yitirince hukuk, kendisine yeni bir meşruluk kaynağı bulmak zorunda kalmıştır; Bodin ve Hobbes mutlak egemen monarkı işaret etmiş, akabinde Fransız devriminde billurlaştığı üzere monarkın kendisiyle de yüzleşilmiş ve Sieyès'in kurucu-kurulmuş iktidar ayrımı tam olarak bu bağlamda, egemen tanrıdan monarka oradan da ulusa geçişte ortaya çıkmıştır¹²³.

Bu, yani iktidarın ilkesinin ve kullanımının aynı adreste toplanması aslında otoritenin de yitişi anlamına gelmektedir. Bir sözleşmeci olan Rousseau'nun çemberi kareleştirmeye denk gördüğü yasayı insanın üzerine çıkaramamak meselesi bu bağlamda modern bir sorundur. Sieyès'in kurulmuş iktidarların üzerinde bir referans noktası olarak kurucu iktidar

¹¹⁹ Bkz. Spang, *Constituent Power and Constitutional Order*, s. 15; Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 16.

¹²⁰ Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 17, 320, 355.

¹²¹ Kaya, *Schmitt ve Strauss'ta Politik Olan*, s. 113.

¹²² Esgün, "Carl Schmitt", s. 501.

¹²³ Breen, "Law beyond Command? An Evaluation of Arendt's Understanding of Law", s. 19.

ve onun doğal hakkını işaret etmesini bu sorun ile birlikte düşünmek gerekir. Kalıcılığı ve sürekliliği temin edecek kurumlar inşa edebilmek için kuruluş eylemini otorite kaynağı olarak işaretleme ihtiyacı hasıl olmuştur¹²⁴. Kuruluş bir otorite adresi olarak “neden böyle yapmalıyız?” sorusuna “Çünkü biz buyuz.” diyerek cevap verir. Roma’da romanın kuruluşunun tüm Roma tarihi boyunca hakim olması, Roma’dan sonra kilisenin yeni bir başlangıca referans vermesi gibi¹²⁵.

Schmitt, modern kanun koyucudan egemen olarak bahsedilmesinin sadece dilsel bir alışkanlıktan ileri gelmediği, aynı akıl yürütmenin sürdürüldüğü konusunda tam da bu yüzden uyanda bulunmuştur¹²⁶ ve Arendt’in kurucu iktidarın mucidi Sieyès’e yönelik “Kralın egemenliği yerine millet egemenliğini geçirmekten başka ne yaptı?” eleştirisinin bağlamı tam olarak buradadır; devrim çağı, ortaçağın ilahi referansını yeni bir Demiourgos ile millet/ulus egemenliğiyle değiştirdi, bu dağlımda kurucu iktidar anlatısı hem yasallığın temin edildiği adres olarak temel normu hem de aynı sebepten kuruluş öncesinde konumlanışıyla hukukun kendisine referansla temin edebileceği otoritenin adresi olmayı dener¹²⁷. Arendt için bu durum mutlak arayışını sürdürmek manasına gelir ve tanrısal iktidarın ikamesi olacak yeni bir mutlak arayışı nafiledir¹²⁸. Buna yönelik tartışmayı yukarıda yapmıştık. Burada kurucu iktidarın yeni otorite adresi oluşu ve bunun, yani sistemin hem maddi hem formel olarak dışında yer alan otoriteden maddi olarak içinde fakat formel olarak yine dışında bir otorite olmanın ne anlama geldiği üzerinde durmak gerekmektedir. İktidarın kaynağı ve hukukun otoritesi yahut yukarıda zikredildiği haliyle iktidarın ve yasanın/hukukun kaynaklarını eşitlememek, birbirine karıştırmamak için üzerinde durmamız gereken budur. Otoriteyi veren kuruluş eyleminin kutsallığı, iktidarın halktan geldiğine inanıldığı zamanlarda da mümkündür. Arendt bunu yeterince ikna edici bir şekilde

¹²⁴ Arendt, “Otorite Nedir?”, s. 132.

¹²⁵ Arendt, “Otorite Nedir?”, s. 172.

¹²⁶ Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 43.

¹²⁷ Bkz. Spang, *Constituent Power and Constitutional Order*, s. 109-113.

¹²⁸ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 49.

savundu. Kurucu iktidar, bu bağlamda, hukukun içeriğine dair, maddi bir doğal hukuk referansı içermek zorunda olmadan anayasanın yasallığını ve üstünlüğü temin eder ve böyle bir bağlamda halk egemenliği ve hukukun üstünlüğü bir paranın iki yüzü olarak görünür¹²⁹.

4.3.2. Anlamın Bağlayıcılığına Antropolojik Örnek

Bir önceki başlıkta anlam bahsi hakkında açıklamalarda bulunurken başlangıç toplumlarına değinilmişti. Anlamın bağlayıcılığı, etki kabiliyeti hususundaki sıra dışı örneklerden birini Benedict Anderson verir: Cava kralı II. Amangkurat kendisine bir veliaht tayin etmeden ölür, tahta aday olanlar ve saray ahalisi vefat etmiş kralın başındayken adaylardan biri olan Prens Puger, kralın penisinin sertliğini ve ucunda parlayan meniye fark edip atik davranarak sıvıyı içer, penis sertliğini yitirir, bu olay krallığın ışığının kendisine geçtiğinin ve onun artık III. Amangkurat olduğunun delili olarak alınır¹³⁰. Modernler kendilerine irrasyonel gözükecek böyle bir geçerlilik kriterinin varlığından asıl olanın inanılan, benimsenen anlamın bağlayıcılığını çıkarmalıdır. Cavalar irrasyonel değildir. Ya da koca bir ülkeyi bir kağıdın üzerine çiziktirilmiş şekillerle idare etmeye kalktığımızı düşünen Kızılderililerin nezdinde modernlerin olduğundan daha akıl dışı değildir diyelim¹³¹. İlk defa yazıyla karşılaşan bir başlangıç toplumunun anayasayı büyümlü bir metin olarak tahayyül etmesi pek muhtemeldir. Bunun gibi Cavalar'da irrasyonel bulduğumuz da inan-

¹²⁹ Spang, *Constituent Power and Constitutional Order*, s. 164.

¹³⁰ Benedict Anderson, *Sınırları Aşarak Yaşamak: Bir Sosyal Bilimcinin Yaşamından Anılar*, çev. Ayet Aram Tekin, İstanbul, Metis Yayıncılık, 2017, s. 105.

¹³¹ Wilkins'in anlattığı öyküye göre bir Kızılderiliye bir sepet inciri birisine teslim etmesi söylenir. Kızılderili incirlerin bir kısmını yer fakat sepette, bir de teslimat sahibine yazılmış bir mektup vardır dolayısıyla incirlerin eksik olduğu anlaşılır. Fakat Kızılderili suçlamayı kabul etmez ve mektubun yalancı şahitlik yaptığını ileri sürer. İkinci teslimatta incirlerden yine bir iki tane yemeden önce mektuba yakalanmamak için, mektubu büyük bir taşın altına saklar. Fakat elbette yine incirlerin eksik olduğu anlaşılır ve Kızılderili artık mektubun, yazının kutsallığını kabul eder! (Wilkins, *Mercury, Or, the Secret and Swift Messenger*, s. 3-4'den aktaran Eco, *Yorum ve Aşırı Yorum*, s. 49)

dıkları anlamdır. Fakat burada önemli olan husus, bağlanılan şey değil, daha ziyade onunla kurulan bağdır; her toplum kendi mitosuna irrasyonel bir şekilde bağlanır zira ona inanır, onu akıl etmez. Bu temel norm kabul edildikten sonraki çıkarımlar, formel bir rasyonelliği sürdürür. Dogonların otorite figürü olan Hogon'a kimse dokunamaz ve tek başına yaşamak zorundadır; bu yalnız kral, ortak anlamın yani meşruiyetin bağlayıcılığının bir örneği olarak asıl olanın kralın cisminde ziyade krallık olduğunu, kralın krallığın anlamı altında ezildiğini gösterir.

Bu ve benzeri toplumlarda önder eriyip sembolik iktidarın bir bileşeni olmuştur; sıradan bir toplum üyesinin taşıyamayacağı yükümlülükler onun bireyselliğini ortadan kaldırır, gündelik yaşamının her aşamasında, yaşamın en temel bileşenleri olarak görülen beslenme, barınma, cinsellik unsurlarına varıncaya dek tercihlerini değil toplumun beklentilerini yaşamak zorunda kalır¹³². Bir önderin neler yapmak zorunda kalacağı inanılan mitosa göre değişir fakat mitos önderi hep kısıtlar ve mitosla kurulan bağ inançtır. Ve bu inanç sayesinde mitos kralları yemeden, içmeden, uyumadan bile alıkoyabilir.

Meşruiyetin, hukuki-siyasi birliğin temeli olduğunu, görece basit olan başlangıç toplumlarında görmek modern topluma nazaran daha kolay olabilir. Bu durumda Arendt'in uyarısına kulak vermek dikkatimizi toplayabilir. Halk hiçbir zaman devletlerin elindekilerden daha tesirli araçlara sahip olamamıştır fakat buna rağmen devrimleri muvaffak kılan iktidar yapısının çözülmesidir, yani amirin emrinin alelade bir komut olarak görülmesi ve itaat edilmemesi, üstün araçlara sahip olan polisin, ordunun araçları halka karşı kullanamamasıdır¹³³. Arendt, otoritenin olduğu yerde silahlı güçler sivilere tabidir, devrimler ancak otoritenin çöküşü neticesinde ortaya çıkan sonuçlardır¹³⁴, derken aslında popüler kültürdeki hikâyeyi onamaktadır: Bir odada üç büyük kişi; kral, rahip ve

¹³² Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 22, 23.

¹³³ Bkz. Arendt, *Şiddet Üzerine*, s. 59.

¹³⁴ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 150.

altınlarıyla beraber bir zengin oturmaktadır ve üçü de odadaki, kılıç kuşanmış olan dördüncüden diğer ikisini öldürmesini ister. Biri kralın emriyle, diğeri Tanrının buyruğuyla, ötekiyse kazandıracağı altınlarla gerekçelendirir isteğini. Bu durumda kim ölür kim kalır? İktidar kimdedir? Kimde olduğuna inanılıyorsa...

4.3.3. İnancın Değişmeyen Rolü ve Otorite

Ortaçağdaki ilahi menşei hukuk, meşruiyeti sistem dışına referans vererek temin eder. Roma'da da, Roma şehrinin kuruluşu aynı işlevi görür; iktidarın kullananlarca el uzatılamayacak, değiştirilemeyecek bir kaynağı vardır. Gelgelelim modern çağda hukuk kendisine referans verir. Sistemin dışında bir referans noktasının kalmaması iktidarın kullanımının ve ilkesinin eşitlenebileceği algısına yol açar. Erkler ayrılığının arka planında, gelenekselleşmiş monarşi, aristokrasi, demokrasi ayrımındaki her bir unsurun toplumsal dengeyi yansıtmak üzere uygun bir formülle bir araya getirildiği karma anayasanın olduğunu işaret etmiştim. Bu formül sayesinde çatışan grupların her biri anayasal bir pozisyona sahip oluyordu ve anayasa bu toplumsal dayanağı ile meşru görülüyordu. Bunun sonucu anayasanın getirdiği tahditlerin siyasi iktidarca alt edilememesi oluyordu. Schmitt tam da bu yüzden gelenekselleşmiş ayrımı değil kanunilik ve meşruiyeti eksen alır ve normativizmin kapalı sistem kanuniliğe dayalı hukuk kabulünde unsurlar arası bir çatışma algılamadığını, yasama devletinin bir otoriteye yahut meşruiyete ihtiyacı yokmuş gibi davranıp, sadece yasallıkla ilgilendiğini ve böyle bir biçimci anlayışta yasal olanın anayasal olmayabileceğini yahut tam tersi anayasal olanın yasal olmayabileceğini belirtir¹³⁵. Biçimcilik prosedürel bir adalet temin eder. Uygun görülen yasama usulünün halkın rızasını yansıtmaması nedeniyle meşru yasaların koyulmasını temin ettiğini iddia eder. Kurucu iktidarın ayırdına varmamızı sağlayacağı mesele tam da budur. Kurucu iktidar bir yandan iktidarın kaynağı olarak toplumu işaret ederken bir yandan da kurucu iktidar ve ku-

¹³⁵ Schmitt, *Kanunilik ve Meşruiyet*, s. 7-12.

kurulmuş iktidarlar arasında bir ayrım yaratarak iktidarın kullanımını ikincilleştirir. Sadece yasama yürütme ayrımı için geçerli değildir bu durum zira neticede yasama da bir yasanın yürütülmesidir nihayetinde. Kuruluş hem geridedir hem de kurulmuş olanın temellerini ihtiva eden değerleri barındırır. Ortaçağın otorite bakımından sahip olduğu avantaj buydu. Hukuk eski ve iyi olmak zorundaydı, aksi takdirde devletçe koyulmuş olsa da hukuk değildi¹³⁶. Nitekim bir kez kurulduktan sonra hukuk artık en azından genel prensipler bakımından konulacak bir şey değil bulunacak bir şeydir. Bu elbette hukuk koymakla yetkili kurulmuş iktidarların genel prensiplere inanmasını gerektirir. Diğer bir ifadeyle bir toplumda *auctoritas* yoksa kuruluş da gerçekleşmemiş demektir. Böyle bir toplumda kişiler kendilerini kurumların üzerinde görür. Platon'un Antik Yunan polisi için yapmaya çalıştığı tam olarak buydu. Hem polisler arası çatışmanın sürdüğü hem de Atina polisinde herkesin herkesle savaşının sürdüğü, geleneksel sözün çözüldüğü bir dönemde felsefi hakikati herkes için geçerli objektif bir norm olarak tedavüle sokmaya kalkıştı. Bugün İngilizler içgüdüleriyle¹³⁷ bu bilgiyi gelenekselleştirmeleri sayesinde anayasal bir devlettir, Amerikalılar en az İngilizlerin geleneklerine bağlı oldukları kadar anayasalarına inanmaktadırlar. Bu bağlamda değerlendirilebilecek şekilde Derrida, "Yasaların otoritesi, onlara güvenilirlik atfedilmesine dayanır sadece. Onlara inanılır, bu onların tek temelidir"¹³⁸ demiştir. Yasal düzen kendisine inanılması sayesinde etkinleşebilir sadece; kendisine inanıldığı için otorite olabilir. Otorite, ne zora ne iknaya ne tartışmaya başvurur¹³⁹. Başlangıç toplumuyla modern öncesi uygarlıkların yahut modern toplumun bu bağlamda bir farkı yoktur. Derrida'nın otoritenin mistik temeli olarak adlandırdığı irrasyonel bağlanışın diğer tarafında Schmitt, siyasal mitosu görür. Yunanların kahra-

¹³⁶ Fritz Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages*, çev. S. B. Chrimes, Basil Blackwell, Oxford, 1939, s. 149 vd.

¹³⁷ Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s. 3.

¹³⁸ Jacques Derrida, "Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli", *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, çev. Zeynep Direk, İstanbul, Metis Yayınları, s. 56.

¹³⁹ Mendel, *Bir Otorite Tarihi*, s. 30, 31.

manlığa, Hıristiyanların kıyamete, Fransız devrimcilerin erdem ve özgürlüğe inanıp, şehit olma gücüne eriştiğini ve tarihin devindirici gücü olabildiklerini belirtir Schmitt ve Schmitt, modern mitosunu yaratma potansiyelinin nerede olduğuna yönelik bir arayışa girmişse, bu para ve mülk derdine düşmüş septik burjuvazinin sokaklarının açıldığı parlamentarizm meydanına inanmayışındandır¹⁴⁰. Diğer bir ifadeyle çağdaşlarıyla inancın konusunu paylaşmaz. Fakat her hâlükârda siyasetin arkasındaki mitosunu tanır ve ona yalnızca inanılabileceğini bilir¹⁴¹. Yine otoritenin aşkını tartışan Mendel, meşruiyeti temin eden aşkın Fransa mitosuna yapılan göndermenin nasıl olup da kişileri bu Fransa için hayatlarını verecek kadar tesirli olduğunu sorar¹⁴². Velhasıl mühim olan inanılan şeyin ne olduğundan önemlisi ona inanılıyor olmasıdır, dolayısıyla artık ilahi bir içeriği olmasa da modernlikte de otorite aşkın/üstün olandır, sistemin dışında değil belki üstünde yer alandır. Anayasanın değiştirilemez maddelerinde bu bağlam daha iyi anlaşılır. Daha önce ifade ettiğimiz üzere Schmitt'e göre kurucu iktidarın siyasal birliğin formu hakkındaki iradesinin yansıdığı anayasa yahut anayasanın özü, anayasadaki diğer hükümlerle bir değildir. Sözgelimi anayasanın yönetim biçiminin cumhuriyet olduğunu ifade eden maddesi diğer anayasa maddelerinden yukarda yer alır ve değiştirilemez hüküm olarak ifade edilmemiş olsa da öyledir zira anayasa değişiklikleri kurulmuş iktidarın alanıken bu madde kurucu iktidara aittir. Kurucu iktidar değişmeden bu madde değişmez; bu bağlamda Schmitt'in maddi ve pozitif anayasaları, ilan edilmiş anayasa metninden, oradaki hükümlerden farklı olarak anayasada gösterilen usullerle dahi değiştirilemez. Değiştirme usullerinde müracaat edilen halk da anayasa tarafından kurulmuş bir iktidardır ve mutlak ve pozitif anayasa tüm kurulmuş iktidarların üzerinde onların kendisine karşı gelmesi mümkün değilken eylemde bulunur. Kurucu iktidara mündemiç olan değerler, onun inandığı, kendisini anımlan-

¹⁴⁰ Schmitt, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, s. 101, 102.

¹⁴¹ Esgün, "Carl Schmitt", s. 503.

¹⁴² Mendel, *Bir Otorite Tarihi*, s. 117.

dırdığı temel anlatı bu bağlamda kutsal, tanrısalıdır. Daha doğrusu otorite konumunda oluşunun anlamı budur. Otorite bu bağlamda tanrısala yaklaşır: tıpkı tanrısal olan gibi, ona karşı çıkma olasılığının olmaksızın benim hakkımda eylemde bulunabilendir otorite¹⁴³.

Modern kendisini aydınlanmış, erginleşmiş olarak görse de toplumu hala birleyen, inandığı mitostur. Mitosla girilen ilişki, üç yaşındaki bir çocuğun çok da kalın olmayan bir iple tonluk fili sağa sola götürmesi gibi topluma istikamet verir. Anlamın bağlayıcılığı derken kastedilen budur. Başlangıç toplumlarında da modern toplumda da ortak olan meşruiyetin bu konumudur. Yoksa elbette tabakalaşmanın, iş bölümünün yarattığı sonuçları görmek durumundayız. Elbette modernlikle birlikte söz konusu edilecek bir kopuş, elbette modern ile modern öncesi arasında kendisini dayatan bir fark vardır, otoriteye dikkat çekmek bunu reddetmek değil bilakis bu değişimde yitirilenin ne olduğuna odaklanmaktır. Sadece meşruiyeti olan, fiziki zor uygulama imkanından yoksun olan otoritenin ve nihayetinde meşruiyetin kendisinin zayıf, kırılabilir olduğunu düşünebiliriz fakat toplumun kendisi meşruiyetin yokluğunda daha zayıftır. Hatta belki daha doğrusu ortada hakkında konuşulabilecek bir birlik olmadığından bahsetmek gerekir. Bu doğrultuda her toplumda otorite ve iktidara veya iktidarın ilkesine ve kullanımına yahut Yasa ve uygulama kategorilerine rastlamak mümkündür¹⁴⁴. Kurucu iktidar anlatısının ortaya çıktığı toplumun farkı, iktidarın ilkesi ve kullanımının aynı adreste toplanmasıdır¹⁴⁵. Kendi yasasını ilahi bir adrese referans vermeyip kendisinin yapması modern toplumun alametidir ve bu durum bir yanıyla yasa

¹⁴³ Kojeve, *Otorite Kavramı*, s. 18.

¹⁴⁴ Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 323.

¹⁴⁵ Akal bu doğrultuda bir şema ortaya koyar ve yasa-uygulama ilişkisi bakımından toplum tiplerini ayırır. Buna göre eski devletsiz toplumlar ile yeni devletli toplumları ayıran esas ayrım ikincilerin bölünmüş toplum olması değil dünyevi bir yasasının oluşudur. Diğer bir ifadeyle ayrım uygulama bakımından değil yasa ekseninde yapılır. (Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 358.) Fakat Akal'ın açıklamaları burada işlediğimiz şekliyle yasanın sınır oluşuyla tam bir çakışma ihtiva etmez. (Karş. Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 315-362.)

yapmaya yetkili başka bir kaynak tanımamak anlamında sınırsızlığı fakat diğer yanıyla da kendi kendini sınırlandırmayı ilan eder; kurucu iktidar özgürlüğün gerçekleştirileceği ve bu yoldan olası sapmaları engelleyecek bir anayasayı kurar, bu yüzden de halk egemenliğinin temsil edildiği yasama meclisinin dahi üstünde konumlanır¹⁴⁶.

Avrupa özelinde meşruluk, iktidar mücadelesinin bir tarafı olan kiliseden devralınarak hukuka verildi. Bu bir zorunluktukü çünkü kilise bir taraf olduğu için ve dini içerik çözüldüğü için otorite konumunda olamazdı. Bunun yerine modern hukuk inşa edildi, içeriği ise seküler söylemlerle dolduruldu. Ne ki hala teba olanla otorite arasındaki ilişki bir inanç ilişkisi olmayı sürdürür. Burada değişen kurum ve içeriktir, form değil. Hukuk bu anlamda dünyevi değildir. O, muhatapları onun aracılığıyla birbirlerini tanıdıkları yani onu meşru kabul ettikleri için tarafların üstüne çıkar ve böylece norm oluşur. Kutsal, erişilemez olduğu için kutsaldır biraz da. Ve kutsalı imleyen son sözcüklerden otorite, her zaman tezahür sahasının dışında bir ilkeyi ve bu ilkeye rasyonel olmayan bir bağlanması ifade eder¹⁴⁷. İradenin merkezileşmesi ise hukukun doğasındaki nesnelliğin ve bu nesnelliğin etkinleşmek için ihtiyaç duyduğu otoritenin, meşru ve yukarıda erişilemez yerde olma gereğinin önüne geçmek suretiyle elden kaçmasına yol açar. İradenin yerine doğuran bir doğa olarak kurucu iktidarın yani anayasanın maddi nedeninin geçirilmesi pozitif düzenin kısıtlarını idrak için zaruridir.

Tam da böyle bir toplumda, dünyada kurucu iktidar bu dünyanın dışında kalan kaynaktır. Bu dünya yaşam oyununu oluşturur. Modern dünyada yasa ve uygulama / iktidarın ilkesi ve kullanımı bir arada ve dünyevi içeriklidir fakat "we hold these truth" ifadesinin manası daha önce de açıklandığı gibi onu tutan ellerin dünyalı olduğu fakat bu ellerin onu yine yukarı kaldırdığıdır; kuruluşun ilkesi baş üstüne çıkarılır, kutsanır. Diğer bir ifadeyle müracaat edilecek kendinden menkul, apaçık hakikatlerin olmadığı durumda modernler,

¹⁴⁶ Spang, *Constituent Power and Constitutional Order*, s. 18, 28 vd.

¹⁴⁷ Mendel, *Bir Otorite Tarihi: Süreklilikler ve Değişiklikler*, s. 12, 27, 173.

kendi pratiklerinden normatif ilkelere varmak durumunda kalır¹⁴⁸. Aksi durumlarda Yunan *aletheias*ının kaderini paylaşır; hakikatin yerine geçen kanaat –doksa-, imtiyazlıların ağzından çıkacaklara bakmaktan azat ettiği için, ulu orta konuşulduğu yani agoranın sesi olduğu için sevinçle karşılandı, meşru görüldü fakat sonra filozofun otorite devşirmeyi umduğu *epistêmê* dahi yasaların ihtiyaç duyduğu ortak anlamı ve hiyerarşik üstünlüğü temin edemedi. Fransızların da sürekli yeni yasalar yapmaya ihtiyaç duyması bundandı¹⁴⁹. Ancak normatif sistemin olgusalıktan görece bağımsızlığı durumunda, siyasal terör yolu kapanabilir¹⁵⁰. Aksi yönde en iyi ihtimalle sürekli bir devrim durumu söz konusu olacaktır ve kurucu iktidarın devrimci rolü anayasa kurma işlevinin önüne geçecektir¹⁵¹. Dolayısıyla ilke kutsal algılanmadığı müddetçe, ki bunun için kesinlikle kutsal bir içeriğe ihtiyaç duymaz, yaşam oyununu dışarıdan ayırt edecek çit haline gelemmez. Yani nesnelleşemez, benim için iyi olanın ve öteki için kötü olanın üstünde bir otorite olarak görülemez, kısıt oluşturamaz. Tersten söyleyecek olursak kısıt oluşturabilecek denli nesnelleşebilecek olan sadece kısıtlanacak olanların içlerinde

¹⁴⁸ Spang, *Constituent Power and Constitutional Order*, s. 57 vd. İster Habermas gibi iletişimsel rasyonaliteye başvurulsun ister pratik aklın diğer sonuçlarından bahsedilsin isterse de bambaşka yollardan felsefi olarak içeriklendirilsin her hâlükârda modernlik koşullarında bu konularda ölçüt olacak bir hakikati inşa etmek durumunda kalır. Bu bağlamda daha önemli olan Avrupa'nın, amaçlar olmadan araçların göreceleştğini idrak ettiği için iletişimsel rasyonalite tartışmasına girebilmiş olmasıdır. Sadece değiştirme araçlarında, usullerinde zorlaştırmaya gidilmek suretiyle anayasaya hiyerarşide bir üstünlük temin etmek mümkün değildir. Anayasal kısıt için formu tanımlayan amaçların bilinmesi, tarınması gerekir.

¹⁴⁹ Arendt, *Devrim Üzerine*, s. 246. Yukarıda yasallık ve meşruiyeti ayırmama neticesinde yaşanan sıkıntıya dair Schmittçi argümanı anmıştık. Mendel de otoriteyi tartışırken yasallık ve meşruiyeti ayırmanın gereği üzerinde durur ve Fransızlara dair ilginç bir örnek seçer: trafik kuralları. Fransızların bu ayırımı yapamaması neticesinde trafik kurallarına uyma konusunda başarısız olmaları ile devrim yapmak zorunda kalmaları arasında kültürel bir bağ bulan Mendel'in açıklamasındaki tafsilat bir yana şu konuda Mendel de hemfikir: Yasal olan meşru olmak zorunda değildir, meşruiyet otoritenin kaynağıdır. (Mendel, *Bir Otorite Tarihi*, s. 36-42.)

¹⁵⁰ Oder, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, s. 76.

¹⁵¹ Bkz. Spang, *Constituent Power and Constitutional Order*, s. 13 vd.

saklı olandır. Konu zaten onların özgürlüğünün yani saklı olan potansiyellerinin açığa çıkması, bir forma kavuşması olarak kavrandığında bu mantıklı bir sonuçtur. Otoritesiz, ilkesiz bir düzen düşünülemez; iktidarı düşünürken zorlama kadar gönüllü kulluğu da hesaba katmalıyız, her toplum otoriteye ihtiyaç duyar ve her toplum otorite kabul ettiğine inanır, bu inancı ölçüsünde meşruiyete sahip olan kurallar da kaba gücün, zorun değil gerekliliğin ifadesi olarak görülür¹⁵². Norm dediğimiz de gereklilik ifadesinden başka bir şey değildir. Sieyès'in, kurulu anayasal düzenin dışında kalacak bir kurucu iktidardan bahsetmesi, her türlü farklı bakış açılarını aşacak şekilde, tam olarak yitirilen otoriteye yani iktidara anlam verecek, sınır çizecek ilkeye ilişkindir: Kurulu iktidarların erişemeyeceği bir meşruiyet kaynağı olarak kurucu iktidar. Ne toplumdan ayrılmış hükümetler ne yasama meclislerinin varlığı iktidarın kullanımı ile ilkesini eşitlemez. Olsa olsa iktidarı ilkesiz bırakır. İktidar ile onu yetkilendiren adres bile bu kaynağın karşısında ikincildir. Bu yüzden önceki başlıklarda anayasa öncesi varsayımlar ifadesine gerek görülmüştür. Özgürlüğün anayasal formda edimselleşmesi, ancak birlikte yaşamının toplumsal koşullarının idraki ile mümkündür. Bu idrak sübjektif iyinin ve kötünün ötesinde olan birlikteliğin objektif anlamını içerir. Biraraya gelişin anlamını, birliğin hizmet ettiği amacı, ilkesini barındırır. Hukukun zoru ile kaba zoru ayıran bu ilke, hukukiliğin/normatifliğin de adresidir, anayasa ile anayasallığın farkı da burada bulunur.

4.3.4. Kurucu İktidar ve Anayasanın Otoritesi

Önce potansiyel halde iktidar vardı nihayetle ise yetkilendirilmiş iktidar. Yetkilendirilmiş iktidardan bahsedebilmek için geçişi izah etmek gerekir. Arada otorite bulunur. Otorite, tanınma ilişkisiyle açığa çıkar kaynağını ise temel normda bulur. Diğer bir deyişle kabul edilmiş anlama referans vermek suretiyle yapılan işlem yetkiyi haizdir. Bu anlamın dışına taşan işlem ise yetkisizdir, zordur, şiddettir. Kurucu iktidarda saklı olan anlam yeni düzenin kaynağı, norm doğuran doğa,

¹⁵² Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 351.

normlar yeni düzenin çitleri ve anayasa bu düzenin haritası-yken çember kurucu iktidarın ağzı konumundaki anayasa yargısıyla tamamlanır.

Sennett, Hegelci tanınma-otorite ilişkisine dair psikolojik bir tahlilde bulunur¹⁵³. Kojeve ise fenomenolojik çözümleme içinde efendi-köle diyalektiği bağlamında bir analiz sunar¹⁵⁴. Bu çalışmada ise tanınma, tanınma ilişkisi bağlamında toplumdaki grupların birbirini tanınması ve ortak anlama/mite dayanan anayasa dolayımıyla kendi birlikteliklerini tanınması doğrultusunda kullanılmıştır zira odakta bir grubun değil grupların maddi dayanak olduğu anayasanın otoritesi vardır. Daha yerinde bir ifadeyle kurucu iktidarın otoritenin ilkesi, anayasanın ise otoritenin taşıyıcısı olması söz konusudur. Birlikteliğin anlamı yani kendilerini nasıl tanımladıkları; neyi doğru, adil, haklı kabul ettikleri ezcümle meşruiyet anlayışları anayasada ifade bulduğu, anayasa bu anlayışın teminatı olduğu için anayasa dolayımıyla meşru olan, otoriteye dönüşür. Anayasanın otoritesi ise Kojeve'nin fenomenolojik tasnifinde yargıcın, daha yerinde olarak hakemin otoritesidir. Bu bağlamda dört tip otorite vardır¹⁵⁵: Geçmiş taşıyan babanın otoritesi (skolastik açıklama), tanınma uğruna ölümü göze alan, geçmiş geleceğe bağlayan şimdinin egemeni efendinin, köle üzerindeki otoritesi (Hegelci açıklama), öngörüye yani geleceğe sahip reisin, rehberliğini kabul eden grup üzerindeki otoritesi (Aristotelesçi açıklama) ve dün, bugün ve yarın adaleti tesis edeceğine inanılan yargıcın otoritesi (Platoncu açıklama)¹⁵⁶. Anayasal yönetimde yargı, yargıcın; yasama reisin; yürütme ise efendinin otoritesini imlerken geçmiş yani babanın otoritesi *politeia*nın dışında kalır -kurucu iktidar, ku-

¹⁵³ Bkz. Richard Sennett, *Otorite*, çev. Kamil Durand, 3. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011, s. 129-166.

¹⁵⁴ Bkz. Kojeve, *Otorite Kavramı*, s. 23 vd.

¹⁵⁵ Kojeve, *Otorite Kavramı*, s. 21 vd.

¹⁵⁶ Bunlar temel tipler olup çeşitlemeleri mevcuttur. Babanın otoritesi geleneğin, yaşlıların, yazarın, ölümün otoritesini içerir. Efendinin otoritesi, soyluların, askerın, galibin, erkeğin otoritelerini içerir. Reisin otoritesi, yöneticinin, hocanın, kâhinin vs. otoritesini içerir. Yargıcın otoritesi hakemin, denetçinin, sansürcünün, günah çıkarcının, adil insanın otoritesini içerir. Dahası bir kimsede bunların kombinasyonları da bir araya gelebilir.

rucu babalar örneğindeki gibi hatırlamanın konusu olmazsa-
bu durumda da tıpkı Schmitt gibi Kojeve de reis in otoritesine
bağımlı kalınacağını ifade eder¹⁵⁷. Diğer bir ifadeyle kurucu
iktidarın hatırlanmaması, yasamaya bağımlılık doğurur. Bu
durumda da dün ün, bugün ün ve yarın ün evrensel otoritesi
olacak yargı eksik kalır. Yargının otoritesi anayasallığı temin
edecek şekilde ancak kurucu iktidar hatırlandığında tamamlanır.
Kojeve de kurucu iktidarın baba otoritesi olarak düşün-
nüldüğü, kurucu babalar gibi soyut bir otoriteyi hesaba kat-
masa da bu çalışmada Arendt vesilesiyle dikkat çekilen iki
örnekten (ABD ve Roma) ikincisini mülkiyet, aristokrasi, se-
nato hattını takip ederek baba otoritesinin dahil olduğu *poli-
teia* olarak onar¹⁵⁸. Fakat soyut baba otoritesi olarak kurucu ik-
tidarı hesaba katmadığı için babasız bıraktığı anayasal yöne-
timde yine de yargıç otoritesinin yasama (reis) ve yürütme
(efendi) unsurlarına karşı konumlanmasının anayasallığın
doğal eğilimi olduğunu ifade eder, nitekim değiştirilemez
maddelere duyulan ihtiyacı ve anayasa mahkemesinin bu
maddelerin ağız, eli olduğu görüşünü paylaşır¹⁵⁹. Dolayısıyla
anayasa kurucu iktidara dayanmak suretiyle, kurulmuş ikti-
darların her birine otoriteden pay verir. Anayasallığın temin
edilebilmesi, bu paylaştırmanın pay sahiplerinin ulaşamaya-
cağı bir makamca yapılmasını ve bu paylaştırmaya karşı ha-
reket edenler olduğunda onları hizaya çekecek bir makamı
gerektirir. Aslen tüm bunlar aklın gereğidir; herhangi bir
anayasada özellikle belirtilmesine gerek yoktur, her unsurun
sahip olduğu yetki anayasaca belirlenir ve anayasanın yerine
getirilip getirilmediğini de anayasa mahkemesi denetler. Ku-
rucu iktidarın payına düşen baba otoritesi kurucu iktidarcı

¹⁵⁷ Kojeve, *Otorite Kavramı*, s. 60-74. Aslında tarih bize reislerin babanın otori-
tesini de taşımaya kalktığını gösteriyor. Kurucu iktidar olduğunu iddia eden
Napolyon'un ayrık bir örnek olmadığını düşünmemiz doğru olur. Tıpkı
Arendt'in Amerika ve Fransa'yı karşılaştırması gibi Mendel de meşruluğu
sorgulanırken, bir partizan olmasına rağmen tüm milletin başkanı olduğunu
iddia eden Fransa cumhurbaşkanlarından Mitterand'ın karşısına anayasayı
koyar. (Mendel, *Bir Otorite Tarihi*, s. 48) Fransa'da seçilmiş olan babalığa so-
yunurken, Amerika'da meşruiyetin cisimleştiği yer anayasadır.

¹⁵⁸ Bkz. Kojeve, *Otorite Kavramı*, s. 82.

¹⁵⁹ Kojeve, *Otorite Kavramı*, s. 92.

yapılmış anayasanın kendisini, otoriteden pay almış diğerlerinden yukarıda bir konuma yerleştirir, yargı otoritesinin sıradan normların ihlaliyle sınırlı kalmayıp anayasal denetimi de yapabilmesi anayasanın özünü saklayan kurucu iktidarın hatırlanmasını gerektirir. Diğer bir ifadeyle anayasallık potansiyelin edimselleşmesi anayasanın otoritesini gerektirir. Anayasanın, otoritenin taşıyıcısı olması ise kurucu iktidarda bulunan ilkeyi ilan etmesine ve bu durumun sürekliliği ise anayasa yargısına bağlıdır. Son tahlilde denilebilir ki hukukun yönetimi, hukuki muhakemeyi icra ile vazifeli en yüksek makamın saygınlığına bağlıdır.

Sonuç

Anayasal bir yönetim nasıl doğar, bir ülke nasıl hukukla yönetilmeye başlar? Hukuk nasıl etkinleşir, fiili olandan normatif olana nasıl geçilir? Cevabını aradığımız soru buydu. Anayasallık, normatif olanın doğasını anlamak için eşsiz bir örnek sunar zira bu kavramla ifade edilen görünüşte yasa koyma kudretine, imkanına sahip olanın yasayla sınırlı olmasıdır. Normatiflik ise yapılacak olana, fiziki imkanlara bakılarak değil nesnel gereklilikler dikkate alınarak karar verilen bir alanı işaret eder. Anayasal yönetim, gücü yettiği için yapabil- diği için yapan değil bu hususta yetkili olduğu için yapandır. Yönetim, anayasa tarafından yetkilendirildiği için yapabil- mektedir. Fakat anayasa bu yetkiyi nerden haizdir? Bir yasa, başka bir yasaya dayanılarak çıkarılıyorsa ilk yasa neye da- yanır? Bu sorunun anayasa özelindeki cevabı, anayasaya yet- kinin kurucu iktidar tarafından verildiğidir.

Schmitt, normatif düzenin temelinde varsayımsal bir temel norm tasarlamak yerine realist bir tutum takınulması gerektiği hususunda uyarılarda bulunmuştur. Bu bağlamda anayasa- nın varoluşsal kavranışına en çok yaklaşan yazar olmuştur. Etkin bir normatif düzenin bu düzeni taşıyabilecek özellikleri haiz siyasal ve toplumsal arka planın ürünü olduğunu ifade etmiştir. Öngörülebilir, hukuk güvenliği olan, istikrarlı ez- cümle işlerin olağan akışında devam etmediği zamanlarda herkesin herkesle savaşını sonlandıracak ve düzeni tesis ede- cek olan egemendir. Diğer bir ifadeyle Schmitt'e göre, somut düzensizlik ortamında egemen, verdiği kararla hiç yoktan normatif düzeni kurar. Bu raddeden sonra egemen neye iyi diyorsa iyi odur. Başka bir deyişle, egemen düzeni kurmadan önce eylemlerin iyi-kötü olarak yargılanmasını sağlayacak bir ölçüt yoktur. Schmitt, egemenliğin adresi olarak ise kurucu iktidara işaret etmiştir. Bu bağlamda her siyasi birliğin kendi varoluş tarzını ifade eden, ontolojik bir kategori olarak mut- lak anayasadan ve siyasi birliği kuran kararı konu edinen po-

zitif anayasadan bahsetmiştir. Bu kategoriler anayasayı geliş güzel bir araya gelmiş bir kurallar demeti olarak görölmekten kurtarıp, ona pozitif bir içerik kazandırır. Bu içerik anayasasının, kurucu iktidarın kararını belirten maddelerini diğer maddelerin üzerine çıkarır ve diğer maddelerin yorum ilkesini verir. Bu bağlamda diğer maddeler kurucu iktidarın kararını açıklayan maddeler uyarınca yorumlanmak zorundadır. Bunun anlamı diğer maddelerde tanınan yetkilerin sınırının bu maddelerde oluşudur. Bununla birlikte bu maddeler otoritelerini kurucu iktidardan aldıkları için ayrıca bir değiştirilemezlik maddesine ihtiyaç duyulmaksızın mutlakdır.

Egemenin hiç yoktan bir düzen kurduğunun düşünölmesi, normatif düzenin gerisinde sınırsız, keyfi bir iradeyi varsaymak demektir. Zira kararcılığın açıklamasında ne kuruluşu haklılaştıracak bir ilkeye ne de düzeni kurmak için uzlaşmak zorunda olduğu bir ötekine rastlanmaz. Schmitt'in egemeni tıpkı otoritenin eski adresi Tanrı gibi bir kadiri mutlakdır. Arendt, bu bağlamda, yasal/hukuki düzenin kaynağında kadiri mutlak bir egemenin olduğunu varsaymanın anayasal kuruluşun önünde bir engel teşkil ettiğini iddia etmiş ve bu yolu takip eden Fransız devrimcilerin başarısız olduğunu ifade etmiştir. Egemen gibi kadiri mutlak bir iradenin hukuki düzenin temelinde görülmesi Arendt'e göre üç açıdan sorunludur. Bir mutlağa dayanması, kurucu iktidarın doğa durumunda yani keyfi olması ve iradeci olmasıdır. Bu bağlamda Fransızlar, kadiri mutlak tanrının yerine sadece ulusu koyarak sorunu çözmeyi denemişler, akıl yürütme biçimini değiştirmemişlerdir. Bu kendisi sınırsız olan bir kaynaktan sınırlı yönetimi doğurmasını beklemek gibi çelişik bir durumdur. Bir grup yahut bir kimse tıpkı Tanrı'nın yeryüzündeki temsilcisi olduğunu iddia edebileceği gibi şimdi de kendisinin kurucu iktidar olduğunu söyleyerek sınırsız bir yetki talep edebilir. Arendt'e göre hukuki düzenin kaynağında iradeyi görmek, hukuku emir olarak algılamak demektir halbuki yasaların gerisinde müteakabiliyet bulunur; yasalar anlaşmaların hukuki ifadeleridir. İradeci bir anlayış yöneten-yönetilen ayrımı kurup zorlama olarak hukuk kavrayışına yol açar. İrade hiçbir sınır tanımadığı için ne istikrar temin edebilir ne de

esasen sınır demek olan hukuka kaynaklık edebilir. Nitekim Arendt'e göre Fransa'da kendisi anayasal olmayan genel irade, sürekli yeni yasalar çıkarsa da düzen inşa edememiştir. Amerika ise tıpkı Roma gibi kuruluşu bir otorite makamı olarak kabul ederek Fransa'dan ayrılır. Roma kentinin karakteristik özellikleri Roma Cumhuriyeti için bir kaynak teşkil ettiği gibi aynı zamanda Roma'nın genişleyip serpilmesinde rehber olmuştur. Romalılığın dışına taşan eylemler meşruiyetten yoksun kalma tehlikesi taşımıştır, kuruluşun güncel ağzı konumundaki senato, denetleyici bir makam olma işlevi sergilemiştir. Bu işlevi Amerika'da anayasa ve Yüksek Mahkeme yerine getirmiştir. Amerika örneğindeki kökenörnek ise Pilgrimler'dir. Tıpkı Roma yasası *Lex*'in bağ anlamına gelişi gibi Pilgrimler de kendi aralarında kurdukları sözleşmeyle Amerikan anayasacılık geleneğinin başlatıcısı olmuştur. Bir iradenin emriyle değil kamusal müzakereyle gerçekleşen kuruluş ve onun etrafında toplanan değerler Amerikan Devrimi'nin dayanağı olmuştur. Yani bu devrim diğeri gibi bir iradenin, şiddetin değil insanların belirli bir amaç için bir araya gelmesinin, bir başka deyişle iktidarlarının ürünüdür. Bu söz vermenin istikrara kavuşması ise otorite makamı ile mümkün olmuştur. Arendt'e göre nasıl Roma Senato'su Roma kuruluşunun otoritesini taşıyorsa, Yüksek Mahkeme de anayasada tecessüm eden değerlerin ağzı konumundadır.

Belirli bir hukuk sisteminin dayanmak zorunda olduğu temel norm meselesi Schmitt'te irade ile Arendt'te ise uzlaşma ile açıklanmaktadır. Tarih her ikisini de doğrulayan örnekleri sunmaktadır. Bizim için ise konu irade yahut uzlaşma değil anayasa metni ile siyasal birlikte, potansiyel olarak bulunan temel norm arasındaki mesafedir zira anayasanın etkinliği ile bu mesafe arasında ters orantı vardır. Bu bağlamda uzlaşma seçeneğinin normun isabetle takdir edilmesi bakımından daha elverişli olduğu mantık gereğidir. Fakat uzlaşma da hala kuruluşu daha ziyade siyaset ekseninde değerlendirir.

Schmitt'in perspektifinde sadece iradenin adresi değişmiştir. Aşkın otorite dünyaya yerleşmiştir fakat dünyevi değildir zira o hala sınır tanımaz bir yasa kaynağıdır. Tam da bu nedenle aşkın otoritenin gördüğü işlevi yerine getiremez, huku-

kun üstünlüğünü temin edemez. Kaynak konumundaki irade, hüküm altına aldıkları gibi bir iradedir neticede ve o kurduğu dünyanın sınırında konumlanır. Dünyeviliği açıklayabilen, buna müsaade eden bir açıklama getiren ise Arendt'tir. Zira üstün bir iradeden değil otorite olan anayasadan bahseder. Anayasa otorite konumunda olduğundan bir kısıt oluşur, kaynağı ahde vefa olduğu için de dünyevidir. Arendt'te şaibeli olan ise ahde vefanın iradi niteliğidir. Her ne kadar Arendt siyaseten irade özgürlüğüne karşı çıkmışsa da birlikte yaşama koşulu olarak hukuk ile ahde vefanın ürünü olan hukuk tam bir çakışma ihtiva etmez. Koşul olarak hukuk nasıl kendini gerçekleştirme olarak özgürlüğe yakınsa ahde vefa da irade özgürlüğüne yakındır. İradelerin serbestçe başka bir hukuk yaratabileceği yanılışına yol açar. Rıza vurgusu hukuku, yapının değil isteğin ürünüymüş gibi algılama tehlikesini taşır. İstek/irade fail nedene aittir. Halbuki maddi neden anne gibidir, annenin çocuğunun göz rengi, cinsiyeti vb. konularda ne istediğinin bir önemi yoktur fakat çocuk anneye benzer.

Hukukun kaynağında, oluşumunda bir irade aramaktansa onun doğuşunu anlamak gerekir. Bu bağlamda ilk olarak hukukun kendiliğindenliğini ikinci olarak her toplumda bir hukuk olması bakımından hukukun, daha doğrusu hukuk ihtiyacının evrenselliğini ve her bir hukukun aynı prensiplerle işlenmesi bakımından bir olduğunu yani hukukun doğallığı yanında bir de doğası olduğunu ve ancak bu doğanın bilincinde olunmak suretiyle etkin bir hukukun mümkün olacağını, tıpkı bir hukuk ve hukukun kendisi gibi her toplumun farklı olan karakterini edimselleştirmesinin böyle bir hukukla mümkün olabileceğini, bunun her toplumun toplum olmak bakımından diğerleriyle ortaklaştığı özellikleri olduğu hakikatini dışlamadığını ve nihayet hukukun da ait olduğu toplumda gerçekleştirilmesi tercihe bağlı olmayan keşfedilecek, kendisinden kaynaklanan bir amacı olduğunu ifade etmek gerekir.

Birçok kimse, hayatın çatışmacı agnostik yapısının tesirinde kalıp her şeyin siyasi olduğu kanaatine varır. Bunun sonucu öyle ya da böyle hukukun araçsallaşmasıdır ki bu esasen

hukukun ölüm fermanıdır. Otonomisi olmadığı müddetçe hukuktan bahsetmenin esaslı bir anlamı yoktur. Bu gerilim temelde *ratio* ve *voluntas* gerilimidir. Yaşamı nihai olarak siyasi görenler yine son kertede iradeci olmak durumundadır. İradenin son sözü söylediğine inanılan bir iradeyle hukukun açıklanması mümkün değildir. Kurucu iktidarı sınırsız bir irade olarak algılamak hukuku doğası itibarıyla uyumsuz olduğu bir keyfiyete, göreliliğe mahkûm eder. Kuruluş öncesiyle sınırlı da olsa doğal hukuku idrak edebilmek hukukun nesnel doğasıyla uyumlu olandır. Burada iki doğal hukuku ayırmak durumundayız. Birincisi hukukun doğasıdır diğeri ise taraftarlarınca pozitif hukuka üstün olduğu iddia edilen hukuktur. İkinci tür olan doğal hukuk, hukukun doğasından değil genel doğa anlayışından türetilir. Doğadan phususunu anlarsanız doğal/üstün hukuk odur. Nomosu anlarsanız nomoiye, mekanik bir doğayı anlarsanız da mekanik bir devlet/hukuk anlayışına varırsınız. Fakat bunlar hukukun doğasından farklıdır. Burada kastedilen ise hukukun doğasıdır. Hukukun doğasını dört neden üzerinden açıklayacak olursak, formel neden yani hukukun formu, normdur. Maddi neden ise, toplum daha doğru bir ifadeyle toplumdaki hukuki bilinçtir. Yasama ve hukuk uzmanları fail neden, maddi nedenin potansiyelini açığa çıkarmak da teleolojik nedendir.

Hukukilik olguya, fiili bir duruma değil normatifliğe işaret eder. Kurma edimi, kurucu iktidardaki normatif potansiyeli açığa çıkarmaya yöneliktir. Kurucu iktidar adı verilen maddi neden, norm oluşturma potansiyeli nispetinde *formul/normatif çerçeveyi* açığa çıkarır. Politika, *polis*'in sınırları içerisinde icra edilir. *Polisin* öncesinde, dışında hukuki meşruiyetten istifade eden politik edimden değil hukuktan uzaklaştıkça savaşa yaklaşan bayağı olgudan, şiddetten bahsetmek gerekir. Hukuk, *topostaki* alelade bir iktidar değil yarışan iktidatların hakemliğini kabul ettiği bir üçüncüdür. Kurucu iktidarın kurma edimi öncesi onda potansiyel olarak bulunur. Kurucu iktidarda bir arada bulunan ayrı iktidar odaklarının birbirini tanıması ile bu tanımın ifadesi olan anayasa onların üzerinde bir üçüncü olarak yükselir ve otoriteyi haiz olur. Hukukun tarafların üzerinde yer alması, taraflardan ayrı, onları bir arada

tutan bir çerçeve işlevi görebilmesini sağlar. Görünüşte birliklerde ayrı iktidar odaklarından bir tanesinin üstün gelmesi de aynı hiyerarşiyi temin eder. Lakin bu durumda etkinleştirilmeye çalışılan normatif çerçeve sınırlı olacağı için normun dışında kalan iktidarlarca sürekli olarak direniş gösterilir. Bu direniş onun etkinleşmesinin önüne geçer. Dolayısıyla kendini gerçekleştiremez. Ezcümle hukuk kaynağı olarak kurucu iktidar, siyasi bir performansı değil anayasal normun toplumda potansiyel olarak bulunduğunu ifade eder. Bu bağlamda konu, bir toplumun potansiyelini açığa çıkarabilmektir. Bir millette saklı olanın açığa çıkarılması bu neviden her tecellide olduğu üzere belirli sınırlara uyulmasını gerektirdiği için anayasal kuruluş adıyla anmak en doğrusudur zira günümüzde, aslında doğası gereği sınırlı olanı anlatmak için, daha iyisi yoktur.

Hareket ve sabitlik, irade ve akıl, istek ve yasa, olgu ve norm, siyaset ve hukuk, kurucu iktidar ve anayasa; bunlar soyuttan somuta, genelden özele her büyük değişim çağında tekrar anlamamız gereken eşleşmelerdir. Thesmoinin yerini nomoinin aldığı bir vakit diliminde nasıl ki filozof mağaraya dönüp herkesin herkesle savaşını felsefi hakikatin haklılığı ile sonlandırmaya çalıştıysa şartların bizi bugün icbar ettiği şey de budur; ya etkiye tepkiyle karşılık vererek gerçek anlamda zorunluluğa tabi olacağız ve savaşta duygularımıza karşılık gelen bir saf bulacağız ya da insan yapımı olduğu için herhangi bir kutsallık bulamadığımız yasanın, iyinin (benim) ve kötünün (ötekinin) ötesindeki meşruiyetini idrak edeceğiz. Bu eşleşmelerdeki ilişkiyi idrak etmeden sorunumuzu çözemeziz. Durumu Avrupa tarihi bakımından somutlaştıracak olursak; Kiliseyi ve/veya Kralı alt edip yasalar yapmak işin kolay kısmıydı. Zor olan "Yasaları ancak halk yaparsa meşru olur." dedikten yani Kilisenin ve/veya Kralın yerine halkı koyduktan sonra yasaları yapanın yasalarla neden bağlı olacağını söylemektir. Diğer bir ifadeyle hukuk kendisi dışında bir alana söz gelimi ilahiyata referans vermeden kendi kendisine meşruiyeti temin etmeye çalışırken ortaya çıkan otorite boşluğu nasıl doldurulabilir? Bu Tanrının yasası değildir, bu senin yahut benim yasamdır, öyleyse ben, bu yasaya neden

inanmalı neden uymalıyım, daha açık söyleyecek olursak bunu neden senin bir isteğin olarak değil de yasa olarak algılamalıyım? Bu isteği hakim kılan senin benden güçlü olman ise ne sen ne de ben, bunu ikimizin de üzerinde bir yasa olarak algılamayacağız demektir; sen kendi koyduğunu ihlal etmekte beis görmeyecekken ben ise sıramı bekleyeceğim bu durumda da aslında yasasız olacağız. Yasa, emir ve öğütün ötesinde iktidar ve meşruiyetin her ikisine birden sahip olarak durur. Halktan biri diğerine yukarıdaki gibi seslendiğinde verilecek cevap yoktur. Aynı durum halk kendi kendisine böyle düşündüğünde de geçerlidir. Halk hiçbir zaman egemenliğini anayasaya devretmeyecektir, halk egemenliği, anayasanın meşrulaştırıcı elementi görünürken onun altını oyan bir unsura dönecektir. Yunan *polis*inin dağılmaya yüz tuttuğu herhangi bir istikrar alametinin görülmediği bir devirde nomosunun çözülmesine karşı bir panzehir olarak felsefe kuruldu. Felsefe kişilerin değiştiremeyeceği idealleri insan pratiklerinin bir ölçütü olarak *polis*in hizmetine sundu. Arendt'in belirttiği gibi Yunanların teorideki başarısını pratikte icra eden Roma oldu. Roma, Roma *polis*inin/sitesinin kuruluşunu bu neviden bir mutlak olarak gördü. Kuruluşun bilgisine haiz olmak habesiyle otorite sahibi olan Senato bir kurum olarak iktidarı sınırlandırdı. Roma'dan sonra ise Kilise bu sefer Hz. İsa'nın doğumunu kuruluş tarihi olarak işaret etse de içerikteki farklılığa rağmen formül aynı kaldı. Yine iktidarı sınırlandıran, iktidara meşruluk veren iktidarı kullananlar dışında bir kaynak oldu. Modern dönemde ise bu adres kurucu iktidar olarak işaret edildi. Anayasa kurucu iktidara dayandığı için meşruydu ve kurulmuş iktidarlar onun iradesi sınırında kalmak durumundaydı. Buradan alınacak mesaj otoriteye dairdir. Modern bir kavram üzerinden açıklayacak olursak anayasaya her insanın yaşam hakkına sahip olduğunu yazdığımızda, bu hakkın etkinleşebilmesi için anayasanın otorite konumunda olması diğer bir ifadeyle yaşam hakkının tıpkı filozofun ideası, papazın vahyi gibi bir mutlak olarak telakki edilmesi gerekmektedir. Bu ise anayasaların kurucu iktidarda mündemiç olanı açığa çıkarmadaki başarısına bağlıdır. Kurucu iktidar bu bağlamda yitik otoritenin yeni adresidir. Onu güncel kılma-

nın iki yolu bulunur; biri halkın kurucu iktidar olarak siyasete katılımının maksimize edilmesi, diğeri ise anayasa mahkemeleridir zira anayasayı kuran iktidar olarak kurucu iktidar anlatisının esprisi hiçbir odağın anayasanın üstüne çıkmamasıdır. Anayasa mahkemeleri sadece belirli bir anayasanın içeriğini korumakla değil genel olarak anayasallığı korumakla görevlidir. Anayasallık da halk iktidarının tanınmasını, kurucu iktidarın yegâne otorite olmasını ve herkesin aynı kurallarla bağlı olduğunu ima ettiği için meşrudur. Bu bağlamda yasa- ma ve diğer siyasete katılım yollarının yanında bir diğer kurulmuş iktidar olan anayasa yargısı, kurucu iktidarın sesi olmak bakımından vazgeçilmez bir konumdadır.

Kurucu iktidarın otorite kaynağı olarak tarif edilmesinin anlamı, otoritenin yasa yapmak için haklı olması gerektiği varsayımıyla anlamlıdır. Yoksa tali kurucu iktidar yani yasa- ma yahut şu an tahayyül edemediğimiz bir rejimde, bir başka makam bir şekilde yasa ilan edebilir, bu olgusal bir meseledir. Biz bunu değil normatif bir sistemin kuruluşunu tartışıyoruz. Bu ise anayasallığı teminle yakın ilişkidedir. Anayasallık güce sahip olup şiddete başvurarak temin edilemez. Anayasallığı temin etmeyen anayasa maddesinin, hukukiliği temin etmeyen basit yasanın anlamsızlığı, haksızlıkları noktasında bir ve aynıdır. Şu hâlde hakların edimselleşmesini ifade eden hukuk sistemi ve özelde anayasa, hakları gözetmediği müddetçe amacını gerçekleştiremez, istenilen form açığa çıkamaz. Böylelikle formel olarak, meşruluğun zorunluluk oluşu ortaya konmuş olur, neyin meşru olduğu ise başka bir meseledir. Bu çalışma meşruluğa ilişkin sadece formel ölçütler ortaya koymuştur. Bu ölçütler, ilgili toplumun temel anlatisına ve hukukun doğasına yani nesnellğine uygunluktur.

Velhasıl anayasanın maddi ve fail nedeni olarak kurucu iktidarı ortaya koymanın getirileri şu şekilde özetlenebilir: Kurucu iktidarı dikkate almak anayasanın özü ile diğer anayasa maddelerini ayırıştırır, anayasa maddelerinin yorumunda ve türetilmesinde kullanılacak ilkeyi verir. Diğer bir ifadeyle kurulmuş iktidarlara kaynağını ve sınırını açıklar. Anayasanın, kurucu iktidarın yani maddi nedenin formu olarak görülmesi adillik, geçerlilik ve etkinlik arasındaki ilişkiyi

açıklar. Anayasaların etkinliği ile maddi nedenin edimselliği arasındaki paralelliği anlaşılır kılar zira kurucu iktidar normatif olanın maddi dayanağı, temel normudur. Anayasa, zaten saklı olanı açığa çıkarıyorsa yani potansiyeli edimselleştiriyorsa adil görülecektir ve etkinleşme sorunu yaşamayacaktır. Nitekim kurucu iktidarın maddi neden olarak görülmesi hukukun iradi bir yaratımdan ziyade doğum metaforuyla anlaşılabilirliğini ifade eder. Bu doğum, bir tanınma ilişkisi dahilinde cereyan ettiği için ihtiyaç duyduğu iktidarı bu ilişkinin taraflarından temin eder; anayasa, kaynağının korumasına sahip olur. Nitekim tarafların paylaştığı ortak anlam onların meşruiyet anlayışlarını ortaya koyar bu yüzden modern dönemde otoritenin, iktidarın ilkesinin yitirilmemesi sistemin formel olarak dışında yer alan kurucu iktidarın hatırlanmasıyla mümkün olur. Kurucu iktidarın maddi ve fail neden olarak ayrılması otorite adresinin anayasayı bilfiil yapanlar değil anayasaya kaynaklık eden hukuki bilinç olduğunu belirtme ihtiyacını karşılar. Böylelikle hem anayasa otoritenin taşıyıcısı olarak belirtilir hem de bu adres kişileştirilmez, genelliği korunur. Kurucu iktidarın iradi bir edim değil rahim olarak görülmesi hukukun kendiliğindenliğini ortaya çıkardığı için hukukun rasyonelleşmesinde yasamanın rolünün uzmanlara nispetle tali olduğuna da dikkat çeker. Yasa herhangi bir grubun iradesinin ürünü olarak görülemeyeceği için yasanın ağız konumundaki anayasa mahkemesinin yasayı kurucu iktidarın temin ettiği ilke doğrultusunda konuşturma ve koruma görevi de belirginleşir; bu görev tali kurucu iktidarlarca tevdi edilmiş bir yetki değil doğal bir ihtiyaç olarak görülür. Bunun mümkün olabilmesi için ise nihayetinde hukuka inanılması ve inanılan değerlerin hukukta yer alması gerektiği ifade edilmiş olur.

Egemenlik kavramının tüm çekiciliğine rağmen fail nedenin maddi nedenle, maddi nedenin ise kendisi ve hukukun doğası ile sınırlı olduğu böylelikle ortaya konmuş olur. Özgürlük nasıl başı boşluk anlamına gelmiyorsa anayasallık da toplumun kendini gerçekleştirdiği bir form olarak kurallı bir yapıdır. Kurucu iktidar anayasa yapan değil anayasallığı temin edebilen iktidardır.

Kendisine yeni bir düzen kurabilen toplum, öncelikle toplum olmanın bilincine sahiptir. O toplumu toplum yapan, fertlerini birleyen, onları bir paydada toplayan değerler ve bunların yanı sıra doğru bildiği bir iş görüş biçimi vardır. Fertler birbirini tanımak suretiyle aslında toplumunu ve toplumda miti aracılığıyla kendi hikayesini bilir. Bu ortak anlam, bundan dilerseniz ideoloji dilerseniz dünya görüşü dilerseniz mit olarak bahsedin, hukuki adlandırmanın dayandığı hakikat rejimini temin eder. Diğer bir ifadeyle bir adlandırma faaliyeti olan hukukun dayandığı bir hakikat rejimi, doğru-yanlı pusulası vardır. Bu rejimin gerekçesini verdiği şekilde hukuk bir şeyin adını koyduğunda artık sadece bir değer, inanç yahut alışkanlık değil ülkedeki herkes için geçerli bir kural haline gelir yani nesnelleşir. Söz gelimi bir uyumsuzlukta taraflar, bir konuda anlaşamadığında yargıç tarafların üzerinde yer alan nesnel anlamı dile getirir. Fakat biz burada genel olarak normatif düzenin özelde de anayasal düzenin kuruluşunu kavramsal düzeyde açıklarken aslında sadece yargıca konuşuyor değiliz. Genelde hukukun, özelde anayasallığın doğuşunu konu ediniyoruz. Tek tek kuralların geçerliliğini yani bir kuralı hukuk olarak kabul etmeyi gerektirecek olan işareti aramıyoruz, hukuk düzeninin doğuşu ve yetkinleşmesiyle ilgileniyoruz. Böylelikle hukuku çelişmezlik ilkesiyle kavrama tuzağına düşmüyoruz. Hukuk nedir sorusunu geçerlilik kriterine indirgemek, hukuki olanın dakik, kesin bilgisine ulaşmak için önemli dursa da “var”dığı “yer”de hukukun varlığını kırık bir aynada göstermektedir. Esasen bu yönelim varlık sorusunu, bilgi sorusunun gölgesinde bırakan teşebbüslerin ortak yazgısıdır. Hukukun varlığını tüm yönleriyle açıklamaktan uzak olduğu gibi pratikte “bu hukuktur ya da değildir” kısırlığına mahkûm etmektedir. Ne var ki oluş halindeki hiçbir şeyden ne var ne de yok olarak bahsedilebilir. Bir ayağı ötekilerden kısa olan masanın henüz montajı tamamlanmamış olana nispetle daha çok, dört ayağı da eşit olana göre daha az masa oluşu gibi. Bu üç masanın dışında, bir de masanın marangozunun vakıf olduğu masa fikri vardır ki onu ne ayakları kısadır ne de zamanın tesiriyle eskir. Masanın ne olduğunu bilen marangoz yeni ve bir ayağı kısa ol-

mayan bir masa yapabilir. Tıpkı marangozun vakıf olduğu bilginin duyuya konu olan masaya önce gelişı gibi hukukun varlığını idrak etmiş bir kimse de edimselleşmiş yani etkin olan hukuku eleştirme, iyileştirme imkanına sahiptir. Bu kim-seden *jurisprudent* olarak bahsederiz: Bir olaya baktığında hu-kuki olanı görebilme yetisine sahip kişi. Verili düzendeki ko-numu ister yasa koyucu ister yargıç isterse de bu neviden ayrıcalıklı bir pozisyonu olmayan herhangi bir yurttaş olsun ba-siretle eyleyecektir, yasayı türetirken, yasayla yargılarken, ya-sayı eleştirirken...Hukukun kendisinin üzerinde olduğunu bilen, hukukun gereğini yapan yani tezahür sahasındaki adı ne olursa olsun aslı yargıç olandır. Yargıcın otoritesi, geçmiş i yani deneyimi taşıyan babayı, geleceği öngörebilen reisi, geçmişle geleceği bağlayan şimdide muvaffak olan efendiyi cem eder; dün, bugün ve yarın adil olduğuna inanılır. Bu sa-yede üçünün de üzerindedir; üçünü de içinde taşır, üçüne de hak ettikleri yeri verir. Ağacın tohumda saklı olması gibi, bu-günün hukuku kaynağını dün bilinmiş olanda bulur, dün bi-linmiş olan her gün tekrar edilir, her günkü tekrar tohumu gelecekteki ağaca bir gün daha yaklaştırır. Dün kurucu ikti-darda potansiyel olan bugün kurulmuş iktidarda açığa çıkar, her gün anayasada görünür.

Kaynakça

ACAR Ali: "Yeni Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir? Hukuki Pozitivizmden Yarutlar", *Çankaya University Journal Of Law*, 8/2, 2011, ss. 109–131.

AKAL Cemal Bali: "Grundnorm'un Yolları Sonsuzdur", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, 2014, ss. 19-30.

—*Hukuk Nedir?*, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2017.

—*İktidarın Üç Yüzü*, 3. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2005.

ALLEN, Danielle S.: *Platon Neden Yazdı?*, çev. Ayşe Batur, İstanbul, İletişim Yayınları, 2011.

ANDERSON Benedict: *Sınırları Aşarak Yaşamak: Bir Sosyal Bilimcinin Yaşamından Anılar*, çev. Ayet Aram Tekin, İstanbul, Metis Yayıncılık, 2017.

ARATO Andrew: *The Adventures of Constituent Power: Beyond Revolutions?*, Cambridge University Press, 2017.

ARATO Andrew, COHEN Jean: "Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt", *Constellations*, cilt: 16, sayı: 2, 2009, s. 307-330.

ARENDT Hannah: *Devrim Üzerine*, çev. Onur Eylül Kara, İstanbul, İletişim Yayınları, 2012.

—*"Hakikat/Doğruluk ve Siyaset"*, *Geçmişle Gelecek Arasında*, çev. Bahadır Sina Şener, 4. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2012, ss. 271-319.

—*Özgürlük Nedir?"*, *Geçmişle Gelecek Arasında*, çev. Bahadır Sina Şener, 4. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2012, ss. 195-231.

—*"Otorite Nedir?"*, *Geçmişle Gelecek Arasında*, çev. çev. Bahadır Sina Şener, 4. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2012, ss. 127-193.

—*İnsanlık Durumu*, çev. Bahadır Sina Şener, 7. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2013.

—*"The Great Tradition: Law and Power"*, *Social Research*, Cilt: 74, Sayı: 3, ss. 713-726.

—*Şiddet Üzerine*, çev. Bülent Peker, 7. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2014.

—*"Introduction into Politics"*, *The Promise of Politics*, ed. Jerome Kohn, New York, Schocken Books, 2005, ss. 93-200.

ARISTOTLE: *Politics*, çev. H. Rackham, 4. Baskı, Loeb Classical Library No. 264, Harvard University Press, 1959.

ARİSTOTELES: *Politika*, çev. Furkan Akderin, 2. Baskı, İstanbul, Say Yayınları, 2015.

—*Metafizik*, çev. Ahmet Arslan, 3. Baskı, İstanbul, Sosyal Yayınları, 2010.

ARSLAN Kahan Onur: "Türk Anayasa Hukuku'nda "Anayasa" Terimi Ve "Anayasa Hukuku" Kavramı", *EÜHFD*, Cilt: XV, Sayı: 1-2, s. 59-74.

ARSLAN Zühtü: *Anayasa Teorisi*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2008.

ATAR Yavuz: *Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Konya, Mimoza Yayınları, 2000.

ATAY Ender Ethem: "Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması Ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, 2008, Sayı: 1-2, ss. 503- 549.

BADIOU Alain: *Felsefe ile Politika Arasındaki Gizemli İlişki*, çev. Murat Erşen, İstanbul, MonoKL Yayınları, 2011.

BARRY Norman P.: *Modern Siyaset Teorisi*, çev. Mustafa Erdoğan, Yusuf Şahin, 3. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, 2012.

BAŞGİL Ali Fuat: *Esas Teşkilat Hukuku*, Cilt 1, İstanbul, Baha Matbaası, 1960.

BEISER Frederick: *Hegel*, New York, Routledge, 2005

BEZCİ Bünyamin: *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası*, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2006.

— "Schmitt ve Siyasal Kavramı", *Siyasal Üzerine Konuşmalar*, ed. Ahmet Okumuş, Metin Demir, İstanbul, Küre Yayınları.

Black's Law Dictionary, Ed. Bryan A. Garner, 8. Baskı, 2004.

BLUNTHSCHLI Johann Kaspar: *The Theory of the State*, Kitchener, Battoche Book, 2000.

BOBBİO Norberto: "Kelsen ve Hukukun Kaynakları", *Devlet Kuramı*, çev. Bilge Açımız, Der. Cemal Bali Akal, 2. Baskı, Ankara, Dost Yayınevi, 2005, ss. 459-469.

BOURDIEU Pierre: *Seçilmiş Metinler*, çev. Levent Ünsaldı, 3. Baskı, Ankara, Heretik Yayınları, 2016.

BREEN Keith: "Law Beyond Command? An Evaluation of Arendt's Understanding of Law", *Hannah Arendt and Law*, Hart Publishing, 2012, ss. 15-34.

BRESLIN, Beau: *From Words to Worlds: Exploring Constitutional Functionality*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2009.

BRUNKHORST Hauke: "Power and the Rule of Law in Arendt's Thought", *Hannah Arendt and Law*, Hart Publishing, 2012, ss. 215-228.

BRYCE James: *Studies History and Jurisprudence*, Cilt 1, New York, Oxford University Press, 1901.

BUMİN Tülin: *Hegel*, Alan Yayıncılık, İstanbul, 1987.

CAN Osman: *Kurucu İktidar*, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 2013.

CANIKLIOĞLU Meltem Dikmen: *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

CARBONNIER Jean: "Kuramsal Hukuk Sosyolojisinin Temel Varsayımları", *HFSA Kitap I*, çev. Ahmet Haluk Atalay, İstanbul, Nüans Basın Yayın, 1993, ss. 107-120.

CEVİZCİ Ahmet: *Felsefe Sözlüğü*, 7. Baskı, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2010.

CLARKE James Alexander: "Fichte And Hegel On Recognition", *British Journal for the History of Philosophy*, Sayı: 17, Cilt: 2, 2009, ss. 365-385.

COLON-RIOSS Joel: "The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform", *Osgoode Hall Law Journal*, Cilt: 48, Sayı: 2, 2010, ss. 199-245.

CRISTİ Renato: "Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt: 10, Sayı: 1, 1997, ss. 189-201.

CHRISTODOULIDIS Emilios, SCHAAP Andrew: "Arendt's Constitutional Question", *Hannah Arendt and Law*, Hart Publishing, 2012, ss. 101-116.

ÇELEBİ Aykut: *Devlet, Toprak, Egemenlik: Carl Schmitt'in Düşüncesinde Siyasal Kavramı ve Kurucu İktidar Sorunu*, Ankara, İmaj Yayınevi, 2008.

DERRIDA Jacques: "Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli", *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, çev. Zeynep Direk, İstanbul, Metis Yayınları, ss.

DOSTOYEVSKİ Fyodor Mihayloviç: *Karamazov Kardeşler*, çev. Nihal Yalaza Taluy, İstanbul, Türkiye 16. baskı, İşbankası Kültür Yayınları, 2017.

DİAMOND Larry: "Demokrasinin Üç Paradoksu", *Devlet ve Hukuk*, çev. Mehmet Turan, İstanbul, Gündoğan Yayınları, 1996, ss. 163-184.

DİCEY Albert Venn: *Introduction To The Study Of The Law Of The Constitution*, 9. Baskı, The MacMillan Press Ltd., 1979.

DIGESTA <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest50.shtml>

DEMİRKENT Dinçer: "Anayasal Kuruluş Konusunda Kapanmayacak Tartışma: Hannah Arendt ve Carl Schmitt'te Kurucu İktidar Sorunu", *Mülkiye Dergisi*, 39(3), ss. 89-122.

DRIBERG J. H.: "The African Conception of Law", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, cilt. 16, sayı: 4, 1934, s. 238.

ECO Umberto: *Yorum ve Aşırı Yorum*, çev. Kemal Atakay, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2016.

ERDOĞAN Mustafa: *Anayasal Demokrasi*, 11. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2014.

EROĞUL Cem: "Anayasa ve Tüze Dilinin Türkçeleşmesi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 49, Sayı: 3, 1994, s. 119-148.

— *Anatüze Giriş*, 14. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2014.

ESGÜN Toros Güneş: "Carl Schmitt", *Siyaset Felsefesi Tarihi: Platon'dan Zizek'e*, Ed. Ahu Tunçel, Kurtul Gülenç, 2. Baskı, Ankara, Doğu Batı Yayınları, 2014.

FICHTE Johann Gottlieb: *Foundations of Natural Right*, çev. Michael Baur, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

FOUCAULT Michel: *Bilme İstenci Üzerine Dersler*, çev. Kerem Eksen, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012.

FRED D. Miller, Jr: "Aristotelian Statecraft and Modern Politics", *Aristotle's Politics Today*, Ed. Lenn E. Goodman, Robert B. Talisse, State University of New York Press, 2007.

—Aristotle: *Ethics and Politics*, *The Blackwell Guide to Ancient Philosophy*, Ed. Christopher Shields, 3. Baskı, Blackwell Publishing, 2006.

FRIEDRICH Carl J.: *Sınırlı Devlet*, çev. Mehmet Turan, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1999.

FULLER Lon: *Hukukun Ahlakı*, çev. Engin Ankar, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2016.

GOLDONI Marco, MCCORKINDALE Chris: "The Role of the Supreme Court", *Hannah Arendt and Law*, Hart Publishing, 2012, ss. 117-131.

GÖZLER Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2011.

—*Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, 2. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1999.

—*Kurucu İktidar*, 2. Basım, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2016.

—"Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa: 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/4, ss. 25-36.

GÖZTEPE Ece: "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in Anayasa Öğretisi", *İÜHFİM*, C. LXXXIII, sayı: 1, 2015, ss. 129-180.

GİRİTLİ İsmet, SARMAŞIK Jale: *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Der Yayınevi, 1998.

GLUCKMAN Max: *Ritual in Tribal Society*, Basil Blackwell Oxford, 1965.

GUTHRIE W.K.C.: *İlkçağ Felsefesi Tarihi*, çev. Ahmet Cevizci, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1999.

GÜNAL Hüseyin: *Hannah Arendt ve İnsanlığa Karşı Suçlar*, Ankara, Dost Kitabevi, 2015.

GÜRLER Sercan: *Hukukun Gücü: Bourdieu Sosyolojisinde Hukuk Alanının Oluşumu ve İşleyişi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

HEGEL, G.W.: *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, çev. Cenap Karakaya, Sümer Yayıncılık, İstanbul, 2015.

—*Anahatlarda Tüze Felsefesi*, çev. Aziz Yardımlı, 2. Baskı, İstanbul, İdea Yayınevi, 2013.

HIRST Paul: "Carl Schmitt's Decisionism", *Telos*, Sayı: 72, 1987, s. 15-26.

HOCART Arthur Maurice: "Krallar ve Danışmanları: Yasa", *Devlet Kuramı*, 2. Baskı, çev. Başak Baysal, Barış Erman, ed. Cemal Bali Akal, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, ss. 71-95.

HONNETH Axel: *Tanınma Uğruna Mücadele*, çev. Özgür Aktok, İstanbul, İthaki Yayınları, 2016.

—*Bizdeki Ben: Tanınma Teorisi Üzerine İncelemeler*, çev. Özgür Aktok, İthaki Yayınları, İstanbul, 2018

HONIG B.: "Declarations of Independence: Arendt and Derrida on the Problem of Founding a Republic", *The American Political Science Review*, cilt. 85, sayı: 1, 1991, ss. 97-113.

İŞIKTAÇ Yasemin: "Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları", *Özer Seçili'ye Armağan*, Seçkin Yayıncılık, 2006, ss. 789-810.

—*Hukuk Felsefesi*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018.

İŞSEVENLER Vahdet: *Platon'da Varlık ve Yasa*, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2015.

KALYVAS Andreas: "From Act to Decision: Hannah Arendt and the Question of Decisionism", *Political Theory*, 2004, ss. 320-346.

KARDEŞ Ertan: *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi*, İstanbul, İletişim Yayınları, 2015.

KAYA Funda Günsoy: *Felsefe ve Teolojinin Kargaşasında Carl Schmitt ve Leo Strauss'ta Politik Olan*, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2010.

KELSEN Hans: "On the Basic Norm", *California Law Review*, Sayı: 47, 1959, ss. 107-110.

—*Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul, 2016.

KERN Fritz: *Kingship and Law in the Middle Ages*, çev. S. B. Chrimes, Basil Blackwell, Oxford, 1939.

KOSELLECK Reinhart: *Kavramlar Tarihi: Politik ve Sosyal Dilin Semantiği ve Pragmatik Üzerine Araştırmalar*, çev. Atilla Dirim, 2. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, 2013.

KOJEVE Alexandre: *Hegel Felsefesine Giriş*, çev. Selahattin Hilav, 4. baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2012.

—*Otorite Kavramı*, çev. Murat Erşen, İstanbul, Bağlam Yayıncılık, 2007.

KUBALI Hüseyin Nail: *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971.

LEWELLEN Ted C., *Political Anthropology*, 3. Baskı, Praeger, ty.

LINDAHL Hans: "Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood", *The Paradox Of Constitutionalism: Constituent Power And Constitutional Form*, Ed. Martin Loughlin, Neil Walker, Oxford University Press, 2008.

LISKA Vivian: "A Lawless Legacy: Hannah Arendt and Giorgio Agamben", *Hannah Arendt and Law*, ed. Marco Goldoni, Christopher McCorkindale, Hart Publishing, 2012, ss. 89-97.

LOUGHLIN Martin, WALKER Neil: *The Paradox Of Constitutionalism: Constituent Power And Constitutional Form*, Ed. Martin Loughlin, Neil Walker, Oxford University Press, 2008.

LOVELAND Ian: *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights*, 5. Baskı, Oxford University Press, 2009.

LOEWENSTEIN Karl: *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, University of Chicago Press, 1965.

—*The Governance of Rome*, The Hague, Nijhoff, 1973.

LUTZ Donald S.: *Principles of Constitutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

MCCORMICK John P.: "The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers", *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 10, sayı: 1, 1997, s. 165. ss. 163-187.

MACCORMICK Neil: "The State and The Law", *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, 2. Baskı, 2002, Oxford, ss. 17-26.

MATTA ve YUHANNA

MATTİAS, Iser: "Recognition", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

MCCORKINDALE Chris, GOLDONI Marco: "Introduction", *Hannah Arendt and Law*, Hart Publishing, 2012.

MCILWAIN Charles Howard: *Constitutionalism, Ancient and Modern*, Gözden geçirilmiş baskı, Cornell University Press, New York, 1947.

MENDEL Gerard: *Bir Otorite Tarihi: Süreklilikler ve Değişiklikler*, çev. Işık Ergüden, İstanbul, İletişim Yayınları, 2005.

MICHAELS Ralf: "Law and Recognition – Towards a Relational Concept of Law", *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence*, ed. Nicole Roughan, Cambridge University Press, 2017, ss. 90-115.

MORRIS-JONES W. H.: "On Constitutionalism", *American Political Science Review*, Cilt: 59, Sayı: 2, Haziran 1965, ss. 439-440.

MOUSOURAKIS George: *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Cornwall, Ashgate, 2003.

MULDOON James: "Arendt's Revolutionary Constitutionalism: Between Constituent Power and Constitutional Form", *Constellations*, 2015, ss. 1-12.

NEGRİ Antonio: *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*, çev. Maurizia Eoscagli, University of Alinnesota Press, 1999.

NANCE Michael: "Recognition, Freedom, and the Self in Fichte's Foundations of Natural Right", *European Journal of Philosophy*, Sayı: 23, Cilt: 2, 2015, ss. 608-632.

NIETZSCHE Friedrich: *Ahlakın Soykütüğü*, çev. Ahmet İnam, 4. Baskı, İstanbul, Say Yayınları, 2010.

ODER Bertil Emrah: *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, İstanbul, Anahtar Kitaplar Yayınevi, 2004.

ÖZCAN Muttalip: *Aristoteles Felsefesi: Temel Kavramlar ve Görüşler*, Ankara, Bilgesu Yayıncılık, 2011.

ÖZCAN Mehmet Tefrik: *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011.

—*"Yasama Faaliyetinin Sınırı Olarak Hukuk Devleti"*, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Adalet Yayınevi, 2010, ss. 529-566.

—“Yasama Faaliyeti ve Kamusal Alan”, *Ankara Hukuk Kurultayı* 2006, Cilt 2, 2. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, 2006, ss. 387-446.

ÖZDEMİR Hakan: *Cumhuriyet Dönemi Boyunca Hukuk Dilindeki Değişmeler ve Gelişmeler*, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2014.

PAINE Thomas: *Ortak Akıl, İnsan Hakları ve Tarımsal Adalet*, Yay Haz. Jessica Kimpell, çev. Faruk Gültekin, İstanbul, Doruk Yayıncılık, 2013.

PASQUINO Posquale: “Classifying Constitutions: Preliminary Conceptual Analysis” *Cardozo Law Review*, Cilt: 34, Sayı: 3, 2013, ss. 999-1019.

PHILLIMORE John George: *Principles and Maxims of Jurisprudence*, 2. Baskı, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2001.

PINKARD Terry: *Hegel*, çev. Mehmet Barış Albayrak, 2. Baskı, Türkiye İşbankası Yayınları, 2017.

PLATON: *Yasalar*, çev. Candan Şentuna-Saffet Babür, 3. Baskı, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2007.

—*Devlet*, çev. Sabahattin Eyüboğlu-M. Ali Cimcoz, 20. Baskı, İstanbul, Türkiye İşbankası Yayınları, 2010.

—*Devlet Adamı*, çev. Furkan Akdemir, İstanbul, Say Yayınları, 2011.

POGGİ Gianfranco: *Modern Devletin Gelişimi*, çev. Şule Kut-Binnaz Toprak, 5. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009

RATNAPALA, Suri: “The Idea Of A Constitution And Why Constitutions Matter”, *Policy: A Journal of Public Policy and Ideas*, Cilt: 15, Sayı: 4, 1999-2000, ss. 3-10.

RENAN Ernest: *Ulus Nedir?*, çev. Gökçe Yavaş, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2016.

RICOEUR Paul: *The Course Of Recognition*, Massachusetts, Harvard University Press, 2005.

ROUGHAN Nicole: *Authorities: Conflicts, Cooperation, and Transnational Legal Theory*, New York, Oxford University Press, 2013.

ROUSSEAU Jean-Jacques: *Toplum Sözleşmesi*, çev. Ali Timuçin, İstanbul, Bulut Yayınları, 2007.

SAHLINS Marshal vd.: *Evolution and Culture*, 6. baskı, The University of Michigan Press, 1970.

SALUR Bilge: “Hegel’in Kant Eleştirisi: Hukuk Felsefesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Yalvaç Akademi Dergisi*, Sayı: 1, 2016, ss. 12-20.

SARTORI Giovanni: “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, *The American Political Science Review*, Cilt. 56, Sayı: 4, Aralık., 1962, ss. 853-864.

SCHAUER Frederick: “Amending the Presupposition”, *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, der. Sanford Levinson, Princeton University Press, Princeton, 1995, ss. 145-161.

SCHEUERMAN William E.: “Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt’s Challenge to Carl Schmitt”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt: 10, Sayı: 1, 1997, ss. 141-161.

SCHMITT Carl: *Constitutional Theory*, çev. Jeffrey Seitzer, London, Duke University Press, 2008.

—*Dictatorship: From The Origin Of The Modern Concept Of Sovereignty To Proletarian Class Struggle*, çev. Michael Hoelzl and Graham Ward, Polity Press, 2014.

—“Hobbes ve Descartes’ta Bir Mekanizma Olarak Devlet”, *İÜHFM*, çev. Emre Zeybekoğlu, cilt: 23, sayı: 1-2, 2003, ss. 969-980.

—*Kanunilik ve Meşruiyet*, çev. Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki Yayınları, 2016.

—*On The Three Types of Juristic Thought*, çev. Joseph W. Bendersky, Praeger Publishers, 2004.

—*Parlamenter Demokrasinin Krizi*, çev. Emre Zeybekoğlu, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2014.

—“Roma Katolikliği ve Politik Form”, *Tarih ve Siyaset Üzerine İki Deneme: Roma Katolikliği ve Politik Form & Kara ve Deniz*, çev. Gültekin Yıldız, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2009.

—*Siyasal Kavramı*, çev. Ece Göztepe, 3. Basım, İstanbul, Metis Yayınları, 2014.

—*Siyasi İlahiyat*, çev. A. Emre Zeybekoğlu, 5. Baskı, Ankara, Dost Yayınevi, 2016.

—“Somut ve Çağa Bağlı Bir Kavram Olarak Devlet”, *Devlet Kuramı*, der. Cemal Bali Akal, çev. Bertil Emrah Oder, 2. Baskı, Dost Yayınları, Ankara, 2005, ss. 245-254.

—“Tarafsızlaşma ve Depolitizasyon Çağı”, *İÜHFM*, çev. Emre Zeybekoğlu, cilt: 63, sayı: 1-2, s. 359-372.

SHAPIRO Scott J.: *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

SENNETT Richard: *Otorite*, çev. Kamıl Durand, 3. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011.

SEZER Devrim: “Hannah Arendt”, *Siyaset Felsefesi Tarihi*, ed. Kurtul Gülenç, 2. Baskı, Ankara, Doğu Batı Yayınları, 2014.

SIEYES Emmanuel-Joseph: *Üçüncü Sınıf Nedir?*, çev. İsmet Birkan, Ankara, İmge Kitabevi, 2005

SKINNER Quentin: *Modern Siyasal Düşüncenin Temelleri*, çev. Eren Buğlalılar-Barış Yıldırım, II. Cilt, Ankara, Phoenix Yayınları, 2016.

SPANG Mikael: *Constituent Power and Constitutional Order: Above, Within and Beside the Constitution*, Palgrave Macmillan, 2014.

STACEY Richard: “Constituent Power And Carl Schmitt’s Theory Of Constitution In Kenya’s Constitution-Making Process”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt: 9, Sayı: 3-4, 2011, ss. 587-614.

TELLEGEN Couperus Olga: *A Short History of Roman Law*, New York, Routledge, 2003.

TUNAYA Tarık Zafer: *Siyasal Kurumlar ve Anayasa*, 5. Baskı, İstanbul, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, 1981.

TURAN Mehmet: “Anayasa ve Anayasacılık”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 3 (Eylül 1994), s. 3-12.

—*Anayasal Devlet*, 4. Basım, Ankara, Naturel Yayınları, 2005.

—“Anayasanın Ön Varsayımlarını Değiştirmek: Frederick Schauer’ın Hukuk Sisteminin Hukuksal Olmayan veya Hukuk Dışı Temellerinin Değişimi Konusundaki Görüşleri”, *Çankaya University Journal of Law*, Sayı: 8/1 Mayıs 2011, ss. 1-20.

TURİNAY Faruk: *Dil, Hukuk, Siyaset Bağlamında Anayasa Düşüncesi: Anayasanın Etimolojik Kökeni, Hukuki Anlamda Anayasa, Toplum Sözleşmesi*, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2012.

TÜRKÖZER Bahir Güneş: “Hegel’in Hukuk Sistematiğine Özlü Bir Bakış”, *Özer Seliçi’ye Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.

UMUR Ziya: *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1975.

VANDER Valk Frank: “Decisions, Decisions: Carl Schmitt on Friends and Political Will”, *Rockefeller College Review*, Cilt: 1, Sayı: 2, ss. 38-53.

VERSLUIS Arthur: *Yeni Engizisyonlar: Heretik Avı ve Modern Totaliter-yanizmin Entelektüel Kökleri*, çev. Mıhrıban Şenes, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2014.

VOLK Christian: “From Nomos to Lex: Hannah Arendt on Law, Politics, and Order”, *Leiden Journal of International Law*, Cilt: 23, Sayı: 4, 2010, ss. 759-779.

WHEARE K.C., *Modern Anayasalar*, çev. Mehmet Turan, 2. Baskı, Değişim Yayınları, 1985.

VILLEY Michel: *Roma Hukuku Güncelliği*, çev. Bülent Tahiroğlu, Der Yayınları, İstanbul.

WILLIAMS Robert R.: *Recognition: Fichte and Hegel On the Other*, State University of New York Press, 1992.

WILKINSON Michael A.: “Between Freedom and Law: Hannah Arendt on the Promise of Modern Revolution and the Burden of ‘The Tradition’”, *Hannah Arendt and Law*, ed. Marco Goldoni, Christopher McCorkindale, Hart Publishing, 2012, ss. 35-61.

WOOD Allen W.: *Fichte’nin Hukuk ve Etik Felsefesi, Alman İdealizmi I*, çev. Kaan Özkan, Yay. Haz.: Eyüp Kılıçaslan-Güçlü Ateşoğlu, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2006, ss. 363-399.

WOLF Phillips Leslie: *Comparative Constitutions*, Macmillan Press, 1972.

ZEYBEKOĞLU Emre: “Carl Schmitt’in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2009.

KURUCU İKTİDARIN ELEŞTİRİSİ

ANAYASANIN MADDİ VE FİİLİ NEDENİ

O. VAHDET İŞSEVENLER

"Kurucu iktidarın dayanacağı pozitif bir hukuk olmadığına göre onun eylemini hukuk kılan, hukuk ilan edebilmesini sağlayan nedir? Diğer bir ifadeyle olgu, fiili olan, nasıl norma dönüşür ve böyle bir iktidarın kendi yarattığı norma tabiiyeti nasıl açıklanır, anayasal bir devlet nasıl kurulur?"

"Anayasal bir yönetim nasıl doğar, bir ülke nasıl hukukla yönetilmeye başlar? Hukuk nasıl etkinleşir, fiili olandan normatif olana nasıl geçilir? Anayasallık, normatif olanın doğasını anlamak için eşsiz bir örnek sunar zira bu kavramla ifade edilen görünüşte yasa koyma kudretine, imkanına sahip olanın yasayla sınırlı olmasıdır. Anayasal yönetim, gücü yettiği için yapabildiği için yapan değil bu hususta yetkili olduğu için yapandır. Yönetim, anayasa tarafından yetkilendirildiği için yapabilmektedir. Fakat anayasa bu yetkiyi nerden haizdir? Bir yasa, başka bir yasaya dayanılarak çıkarılıyorsa ilk yasa neye dayanır? Bu sorunun anayasa özelindeki cevabı, anayasaya yetkinin kurucu iktidar tarafından verildiğidir."

Eser, yukarıdaki sorular eşliğinde, kurucu iktidarı bir hukuk kaynağı olarak ele almakta ve bu bağlamda Carl Schmitt ve Hannah Arendt'in görüşlerinin değerlendirilmesinden hareketle anayasal devletin doğuşunun kavramsal izahına yönelmektedir.



ISBN : 978-605-9460-94-1



pinhanyayincilik.com

/pinhanyayincilik

/pinhankitap

38 ₺(K.D.V.'den muafdir)