

YASALARIN RUHUNA DAİR BİR TARTIŞMA: SAVIGNY, SCHMITT VE KELSEN'İN DÜŞÜNCESİNDE "YASALARIN RUHU"*

A Discussion on the Spirit of the Laws: "The Spirit of the Laws" in Savigny's, Schmitt's, and Kelsen's Thought

Av. Alkan Hazar ARKAN**

Öz: Yasaların ruhlarının olup olmadığına dair tartışma, doğal hukuk düşüncesinin ortaya çıkışından bugüne kadar devam eden önemli bir tartışmadır. Doğal hukuk düşüncesinin önemini kaybederek özellikle hukuki pozitivism akımının hukuktaki hâkim paradigma hâline gelmesi ise bu tartışmayı daha da derinleştirmiştir; çünkü doğal hukuk ilkelerinin reddiyle beraber hukukun içeriksiz, bağsuz ve meşruiyetten yoksun kalması, yasaların da ruhsuz ve içi tamamen boşaltılmış teknik metinlere dönüşmeleri riskini doğurmuştur. Bu riski gören kimi düşünürler bu durumu aşmak için özellikle yasaların siyasal bağlamı ve meşruiyeti noktasında çeşitli fikirler öne sürmüşlerdir; ancak bugünün hâkim hukuk paradigması olan hukuki pozitivism bu problemi çözme noktasında yeterli bir yapıda olduğunu iddia etmek de pek mümkün değildir. Bu araştırmada hukukun meşruiyetine dair problemlerin çözümünü noktasında; tarihsel hukuk okulunun kurucusu olan Friedrich Carl von Savigny'nin, bir hukuki pozitivist olan Hans Kelsen'in ve son olarak da bu iki düşünürün arasında bir yol izlemeye çalışan kararçı Carl Schmitt'in düşüncelerine yer verilerek yasaların meşruiyeti ve ruhu meseleleri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yasaların ruhu, Carl von Savigny, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Meşruiyet

Abstract: The debate about whether laws have spirit is an important discussion that has continued since the arise of natural law theory. The fact that natural law theory lost its status and especially legal positivism became the dominant paradigm in law further advanced this discussion; The rejection of natural law principles caused that laws being lack of content, context and legitimacy. And because of that laws be at risk of turning into spiritless and completely dull technical texts. Some thinkers who see this risk have tried to overcome this situation in various ways, especially through the widely used political context and legitimacy. However, it is not possible to claim legal positivism which is today's dominant legal paradigm, has a good idea to solve this problem. In this paper, in the context of the legitimacy of law, the ideas of Friedrich Carl von Savigny, the founder of the historical school of law, Hans Kelsen, a legal positivist, and, finally, Carl Schmitt, a decisionist who followed a path between these two thinkers, will be compared. And In this regard the issues of legitimacy and spirit of laws will be discussed.

Keywords: Spirit of the Laws, Carl von Savigny, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Legitimacy

* Bu çalışma Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan "1982 Anayasası'nın Politik Psikanalizi" isimli doktora tez araştırmasından üretilmiştir.

** Doktora Öğrencisi, Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı, alkanarkan@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5583-0173.

Makale Geliş Tarihi: 01.07.2023, Makale Kabul Tarihi: 08.08.2023

DOI : 10.57083/adaletdergisi.1391748

GİRİŞ

Doğal hukuk okulu; İlk Çağ, Orta Çağ ve Yeni Çağ boyunca etkili olmuş önemli bir hukuk akımıdır. Doğal hukukçulara göre doğal hukuk, insanın doğasından kaynaklanır ve tüm zamanlarda ve mekanlarda geçerli evrensel ilkeler şeklinde kendini gösterir. Bunlar, insanın aklı sayesinde keşfedebileceği ilkelerdir ve pozitif hukuka da kaynaklık ederler. Bu ilkelerin en önemli özellikleri ise “olanı” değil “olması gerekeni” göstermeleridir; yani örneğin “adalet” ve “ahde vefa” gibi kavramlar doğal hukuk ilkeleridir ve bu nedenle de bu ilkelere aykırı olan bir şey, aynı zamanda hukuka da aykırı olacaktır. Pozitif hukuk ise bu anlamda doğal hukuktan kaynaklanır.

Özellikle 16. ve 17. yüzyıllarda ortaya çıkarak oldukça önem kazanan sosyal sözleşme kuramlarının çoğu doğal hukukçular tarafından geliştirilmiştir.¹ 19. yüzyıldan itibaren doğal hukuk okulu sert eleştirilere maruz kalarak eski önemini yitirmeye başlamış ve hukuk bilimi içerisindeki hâkim konumunu hukuki pozitivizme bırakmıştır. Doğa bilimlerinin gelişmesi ve bu kapsamda da şüphecilik ve rölativizm gibi kavramların yükselmesi, hukuki pozitivizmin yükselişinde oldukça önemli etkenlerdendir;² çünkü bilimle açıklanamayan her şeyin hukukun dışına itilmesi çabaları bu kavramların yükselişiyle yakından ilişkilidir. Hukuk paradigmasındaki bu değişimi ise özellikle yasaların ruhu kavramı bağlamında ele almak gerekir; çünkü doğal hukukçulara göre yasaların tamamı doğal hukuk ilkelerinden kaynaklanır ve meşruluklarını doğal hukuktan alırlar. Doğal hukukun önemini kaybetmesinin ardından hâkim olan hukuki pozitivizm akımı ise doğal hukuku metafizik bir kavram olarak görerek hukukun dışına itmeye çalışmıştır;³ ancak bu sefer de hukukun meşruiyetini neyin sağlayacağı sorusu gündeme gelmiştir. Yani daha net bir biçimde ifade etmek gerekirse; yasalara ruhunu veren doğal hukuk ilkeleri, aynı zamanda yasaların meşruiyetinin de kaynağını oluşturmaktaydılar. Hukuki pozitivizm akımı ise yasaların meşruiyet kaynağının yine yasalar olduğunu iddia etmek suretiyle “yasaların ruhu” kavramını da metafizik bularak reddetmiştir.

Hukuki pozitivizm bugünün hâkim hukuk paradigmasıdır; ancak doğal hukuk okulunun etkisini yitirmeye başlamasının ardından ortaya çıkan tek önemli hukuk akımı da değildir. Hukuka meşruluğunu neyin vereceğine dair tartışmada özellikle Carl von Savigny'nin kurduğu tarihsel hukuk okulu ve Carl Schmitt'in ortaya attığı kararcılık gibi hukuk akımlarının da önemle dikkate alınması gerekir; çünkü her iki akımın da bu konuda oldukça önemli düşünceleri bulunmaktadır. Bu araştırmanın amacı, doğal hukuk okulunun eski önemini kaybetmeye başlamasının ardından ortaya çıkan üç önemli hukuk okulunun temsilcileri olan Savigny, Schmitt ve bir hukuki pozitivist olan Hans Kelsen'in, hukukun

¹ Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, 15. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2020 s. 138-139

² Selahattin Keyman, “Hukuki Pozitivizm”, C. 35, S. 1, 1978, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 18

³ Güriz, s. 143

meşruiyet kaynakları konusundaki düşüncelerini karşılaştırmak suretiyle, yasaların ruhu kavramına dair bir çerçeve çizmektir. Bu anlamda da her üç düşünürün düşünceleri karşılaştırmalı bir şekilde ele alınarak, yasaların ruhu kavramına dair yaptıkları açıklamalara eleştirel bir yorum getirilmeye çalışılacaktır.

I. HUKUKİ MEŞRUIYETİN KAYNAĞI OLARAK “YASALARIN RUHU”

Yasaların ruhlarının olduğuna dair düşünceleri ortaya atan ilk düşünürlerden biri Montesquieu'dur. Montesquieu'ya göre yasalar nesnelere doğasından kaynaklanan zorunlu ilişkilerin bir ifadesidir.⁴ Bu minvalde de Montesquieu, yasalara damgasını vuran genel bir “ruhtan” bahsetmiştir ki ona göre bunu din, iklim, yönetim anlayışı gibi kavramlar belirlemektedir.⁵ Montesquieu bu anlamda yasaların ruhuna dair büyük ölçüde antropolojik bir açıklama yapmış olsa da öne sürmüş olduğu kavram zaman içerisinde önem kazanarak farklı perspektiflerden de yorumlanmaya başlanmıştır. Örneğin; Hannah Arendt'e göre yasaların varlığı bir topluluğu siyasal birlik hâline getirebilmenin temel şartlarından ve yasaların olmadığı yerde bir siyasal topluluktan değil, yalnızca sıradan bir yığından söz edilecektir.⁶ Bu nedenle de siyasal birliğe ruhunu veren asıl varlık, yasaların ruhudur. Maurice Duverger ise yasaların kaynağının töre olduğunu; ancak zamanla bunların kodifiye edilmeleriyle beraber hukukun doğduğunu iddia etmiştir.⁷ Bu anlamda da onun yaklaşımı yasaların ruhunun tarihselliğine vurgu yapmaktadır. Sosyal sözleşmeciliğin ortaya çıkışı ise halkı yasal düzenin ontolojik nedeni hâline getirdiği için yasaların ruhuna ilişkin görüşler, bu düşüncenin ve dolayısıyla da anayasacılığın gelişmesiyle iyice önem kazanmıştır.⁸

Yasaların ruhu meselesi bugün genel olarak anayasaların ruhu üzerinden ele alınmaktadır; çünkü hem sosyal sözleşmeciliğin getirisi hem de normlar hiyerarşisi gereğince hukuki bir düzende tüm yasaların anayasa ile uyumlu olması gerekir. Bu nedenle de anayasanın ruhu, bağlamını hangi kavramlar vasıtasıyla buluyorsa, yasalarda da aynı kavramların izinin bulunacağı söylenebilir. Yani anayasalar bu anlamda ideolojik metinlerdir ve tüm düzene ve bu anlamda da tüm yasalara

⁴ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev. Berna Günen, 5. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2020, s. 3

⁵ Montesquieu, s. 385

⁶ Hannah Arendt, *İnsanlık Durumu*, Çev. Sina Şener, 19. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021, s. 110-111

⁷ Maurice Duverger, *Siyaset Sosyolojisi*, Çev. Şirin Tekeli, 12. baskı, Varlık Yayınları, İstanbul, 2019, s. 82

⁸ Cemal Bâli Akal, *Hukuk Nedir?*, 3. baskı, Zoe Kitap, İstanbul, 2021, s. 74-75

ruhunu veren anayasanın ruhudur.⁹ Anayasanın ruhundan kastedilen en önemli düşünce ise yasa koyucuların isteseler dahi değiştiremeyecekleri türden birtakım ilkelerin varlığının kabulüdür. Bu ilkeler anayasanın kendisinden dahi üstün oldukları için bir anayasa kesin bir şekilde bu ilkelerin doğrultusunda ifadesini bulmak zorundadır. Zira anayasacılık; bu kavramı kabul edenlere göre basit bir anayasa yapma işi olmanın ötesinde, bir toplumsal tahayyülün, bir siyaset felsefesinin gerçekleştirilmesinin amacıdır.¹⁰ Yasaların ruhu meselesinde kavranması gereken asıl ve en önemli mesele ise hukukun, toplumdan, ekonomiden, siyasetten bağımsız bir bilim olarak kavranmasının mümkün olmadığıdır.¹¹ Örneğin; Sigmund Freud, toplumların meydana gelişinin ve bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerinin libidinal bir kökeni olduğunu öne sürmüştür. Ona göre sağlıklı bir toplum; ancak libidonun bastırılmasıyla ortaya çıkabilir.¹² Freud'un bu görüşü ilk bakışta yeterince açık değilmiş gibi görünse aslında bahsini geçirdiği durumun bir sosyal sözleşmeden başka bir şey olmadığı açıkça görülmektedir. Onun düşüncesinde sosyal sözleşme ise "Oidipus Kompleksi" kaynaklı bir savaş yaşayan erkeklerin savaşı sona erdirmeye karar vermeleriyle kurulur.¹³

Toplumsal hayatın inşası ve hukukun meydana getirilmesiyle beraber meşru şiddet kullanma tekeli de yalnızca devlete ait olmuştur;¹⁴ ancak hukukun kökenini şiddetten ibaret görmek de doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Hukukun gerçek kökeni toplumsal ve dolayısıyla da siyasal olandır. Bugünün hukuk konusundaki hâkim paradigması olan hukuki pozitivizm ise hukuka böyle bir köken atfetmemekte ve hukuku tüm siyasal kavramlardan arınmış kapalı bir sistem olarak ele almaktadır. Böyle bir hukuk anlayışı, hukukun "adalet" kavramını merkeze alamayarak temelsiz kalmasına neden olacaktır; çünkü hukukun ve adaletin bağlamını anlamamanın yolu siyasal olanı anlamaktan geçer. Adalet kavramının bağlamsız kalması ise büyük bir risktir; çünkü adalet, benimsenen ideolojinin bağlamı doğrultusunda farklılık göstermekle

⁹ Alkan Hazar Arkan, "1961 ve 1982 Anayasalarının Yapım Süreçlerinin Anayasal Gelişmelere ve Demokrasiye Olan Etkileri", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 22

¹⁰ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş, 18. baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015, s. 33

¹¹ Kasım Akbaş, Hukukun Büyübozumu, 2. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2015, s. 26-27

¹² Sigmund Freud, Civilization, Society and Religion: Group Psychology, Civilization and Its Discontents and Other Works, Penguin, Harmondsworth, 1985, s. 286

¹³ Sigmund Freud, Dinin Kökenleri: Totem ve Tabu, Musa ve Tektanrıcılık ve Diğer Çalışmalar, Çev. Selçuk Budak, 4. baskı, Öteki Yayınevi, Ankara, s. 330-331

¹⁴ Walter Benjamin, Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Çev. Ece Göztepe, Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Aykut Çelebi (haz.), 2. baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2014, s. 19-20

beraber hukukun en önemli kurucu unsurlarından biridir.¹⁵ Hukukun tüm bu unsurlardan arındığı kerte ise geriye kalan tek şey kaba kuvvet ve dolayısıyla da güçlülerin her zaman haklı olacağı bir “yasal” düzen olacaktır. Böyle bir düzen de Thomas Hobbes’un toplumsal yaşama geçişten önce var olduğunu düşündüğü “anarşik” doğa durumundan pek de farklı olmayacaktır ki Hobbes dahi bu durumun sürdürülebilir olmadığını kabullenerek, sosyal sözleşmenin “zulüm korkusu” nedeniyle yapıldığını öne sürmüştür.¹⁶ Gerçekte ise hukuk hiçbir şekilde değerlerden azade bir kavram değildir. Görünürde bir tarafsızlık ve bağımsızlık vurgusu yapılıyor olsa da hukuk, genel olarak bir toplumun egemen değerlerinin yansıması ve düzenin meşrulaşmasının aracıdır.¹⁷ Yani özetle yasalara ruhunu veren asıl şeyin, hukukun siyasal bağlamını meydana getiren ilkelerden ve değerlerden oluştuğunu söylemek mümkündür. Hukukun bağlamını neyin oluşturduğu konusunda ise araştırmanın başlığında geçen her üç düşünürün de birbirlerinden farklı; ancak bugünün hukuk anlayışını doğru bir şekilde değerlendirebilme noktasında fayda sağlayacak düşünceleri vardır.

II. SAVIGNY’NİN HUKUK ANLAYIŞINDA YASALARIN RUHU

Hukukun, toplumun karakterinden ve varlığından zaman içerisinde kendiliğinden bir şekilde ortaya çıktığını savunan Savigny’ye göre hukuk *Volksgeist*, yani “halk ruhu” adı verilen bir kavramdan doğar ve zaman içerisinde gelişir.¹⁸ Bu anlamda da Savigny’nin, hukukun oluşumunu genel olarak bilinçdışı süreçlere bağlama eğiliminde olduğu iddia edilebilir;¹⁹ çünkü onun yaklaşımında, tıpkı Ortega y Gasset’in de düşündüğü gibi toplum, hukuku kendi kendine salgılar.²⁰ Hukukun bu şekilde doğduğu bir toplumda yaşayan hukukçular ise hukuk yapma görevini üstlenmezler, yalnızca doğru zaman geldiğinde hukukun kodifikasyonunu yaparlar. Hukukun halk ruhundan doğuşu ve gelişimi sırasında hukuka etki eden en önemli unsur ise siyasettir; çünkü her toplumun kendine has bir ruhu olduğu için yasalar da bu ruh doğrultusunda şekillenirler. Bu nedenle de Savigny’ye göre hukuka bağlamını veren unsurların tamamı siyasal kavramlardır.²¹ Bu bakımdan

¹⁵ Georges Gurvitch, *Hukuk Sosyolojisi*, Çev. Muhammet Koçakgöl, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 61

¹⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Hamiyet Ünal, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 91

¹⁷ Steven Vago/ Steven E. Barkan, *Law and Society*, 11. baskı, Routledge, New York, 2018, s. 66

¹⁸ Friedrich Carl von Savigny, *Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine*, Çev. Ali Acar, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 43; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 18. baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021 s. 250

¹⁹ Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri*, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 226

²⁰ José Ortega y Gasset, *Kitlelerin Ayaklanması*, Çev. Neyyire Gül Işık, 5. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s. 7

²¹ Savigny, s. 43-44

da Savigny'nin yaklaşımının hukuku siyasal kavramlardan arındırmaya çalışan yaklaşımlara karşı çıktığı söylenebilir.

Savigny'nin "tarihsel hukuk okulu" olarak anılan yaklaşımı, hukuku hukukçuların yaptığı bir teknisyenlik işi olarak görme noktasındaki eleştirileri nedeniyle oldukça önemlidir. Tarihsel hukukçulara göre hukuk, kaynağını halkın ruhundan aldığı için hukuk ile halkın karakteri arasında organik bir ilişki bulunmaktadır. Yani bu anlayışa göre hukuk, tıpkı dil gibi zaman içerisinde gelişmiş bir kavramdır.²² Savigny'nin fikirleri ilk kez Almanya'nın birliğinin sağlanmasına ilişkin isteklerin yükselmesiyle beraber Alman devletlerinin tamamında geçerli olacak yeni ve ortak bir medeni kanun yapılmasına dair tartışmaların yapıldığı bir dönemde gündeme gelmiştir.²³ Bu dönemde kimi Alman entelektüeller, Fransız etkisiyle yayılan fikirleri kesin olarak reddederlerken kimileri de bu fikirleri tereddütsüz benimsemişlerdi. Bu konuya ilişkin en radikal fikirlerden biri ise dönemin önemli hukukçularından biri olan Anton Friedrich Justus Thibaut'tan gelmişti. Thibaut, Alman devletlerinde hâlihazırda geçerli olan tüm yasaların terk edilmesini ve Fransız Medeni Kanunu'nun ve doğal hukuk ilkelerinin etkisi altında olan yepyeni bir medeni kanunun hazırlanarak Almanya'nın tamamı için yürürlüğe girmesini öneriyordu. Onun bu önerisi, "eskimiş ve köhnemiş" geleneklerin bir tarafa bırakılarak doğal hukukun akla dayanan prensiplerini temel alan bir medeni kanun yapıldığı takdirde Almanya'nın birliğinin kolayca kurulacağı inancına dayanıyordu. Savigny ise bu görüşten yana olmamış ve özellikle iktibas savunucusu hukukçuları eleştirmiştir.²⁴ Zira ona göre her halkın kendi ruhundan doğan benzersiz bir hukuku vardır ve başka bir ülkeden iktibas edilecek veya bu ülkenin hukukunu örnek almak suretiyle yapılacak yasaların bir ülke ile kendiliğinden uyumlu olmasını beklemek, hukukun arkasındaki siyasal süreçlerin tamamını inkâr etmek anlamına gelecektir. Bu nedenle de Savigny'nin esas kaygısının hukuku siyasal bağlamından koparmaya yönelik anlayışın Almanya'da hâkim olmasının önüne geçmek olduğunu söylemekte bir yanlışlık bulunmamaktadır. Ona göre hukuk, halkın ruhunda kendiliğinden ortaya çıktığı için halk zaten farkında olmadan hukuku yaşamaya başlar.²⁵ Daha açık bir ifadeyle, Savigny'ye göre insanların çoğu, hukuk kurallarını bilmeseler dahi farkında olmadan hukuka uygun bir yaşam sürerler.

Pozitif hukuk esasen insan düşüncesinin ürünü bir kavramdır. Bu nedenle de pozitif hukuka geçerlilik katan bir bağlam olmadığı sürece yasaların meşruiyeti tartışmalı bir hâle gelmektedir.²⁶ İşte bu bağlamı da

²² Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 3. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021a, s. 205

²³ Güriz, s. 209

²⁴ Kasım Akbaş, "Friedrich Carl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", C. 74, S. 1, 2016, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 6

²⁵ Eugen Ehrlich, *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*, Çev. Artun Mimar, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 404

²⁶ Aral, 2021a, s. 42

siyasal olandan veya Savigny'nin deyiimiyle halkın ruhundan sağlamak mümkündür. Hukukun siyasal bağlamı noktasında Savigny'nin dncelerinin önemi, hukukun tarihsel boyutunu vurgulaması noktasındadır. Ona göre hukuk, halkın ruhunda birtakım bilişsel ve tarihsel süreçler sonucunda kendiliğinden belirir ve daha önce de belirtildiği üzere halk bunların varlığını bir yasa koyucu tarafından kodifiye edilmelerine gerek kalmadan zaten bilir. Daha açık ifade etmek gerekirse; Savigny'e göre hukuk, her yerde kendini belli etmeden çalışan mekanizmalar vasıtasıyla, yani geleneklerle ve genel inançlarla ortaya çıkar.²⁷ Hukukçular ise bu süreç içerisinde kendi iradeleriyle hukuk yaratamazlar. Bu nedenle de Savigny'nin yaklaşımında hukukçular yasaları koyan kişiler değil, yasaları yalnızca yazıya geçiren kişilerdir; çünkü yasaları koyan bizzat halktır. Savigny'ye göre en mkemmell hukuk ise Roma hukukudur; çünkü Roma hukuku kendisini tamamen bu görünmez mekanizmaların vasıtasıyla üretmiştir.²⁸ Tabii belirtmek gerekir ki Savigny, hukuka dair yaptığı açıklamalarla devleti yasa yapımından dışlamak gibi bir niyet gütmemektedir. Ona göre devlet, hukukun halk ruhundan üretilmesi sürecinde birçok faydalı rolü stelenebilecek durumdadır ve özellikle hukuku ortaya çıkaran organların sağlıklı bir şekilde işlemesi noktasında görev almalıdır.²⁹ Bunun dışında Savigny sosyal szlemeci görüşlere de karşı çıkmıştır; çünkü Savigny'e göre bir devletin sözleşmeyle doğabiliyor olması demek, istendiğinde o sözleşmeden ıkilabiliyor olması anlamına da gelmektedir. O, bu bağlamda sözleşme ile kurulmuş bir devletten çok devletin halk ile doğal bütünlük içerisinde olduğu organik bir devlet anlayışını benimseme eğilimindedir.³⁰ Bu durum da onun hukuk anlayışı ile oldukça tutarlıdır; çünkü yasaların halkın ruhundan kaynaklandığı ve tüm hukuki düzenin halk vasıtasıyla meşruiyetini kazandığı bir devletin, sözleşme ile değil de yine zaman içerisinde kendiliğinden ve organik bir biçimde ortaya çıkmış olması onun dnceleriyle çok daha tutarlı olacaktır.

Son olarak özetlemek gerekirse, Savigny'nin görüşleri genel olarak hukukun halkın ruhundan kendiliğinden doğduğunu ve dolayısıyla da yasalara meşruiyetini veren en temel unsurun da halk ruhu olduğu varsayımına dayanmaktadır. Bu yaklaşım, hukuku bağlamlardan kopuk ve kendi içine kapalı bir sistem olmaya indirgememekle beraber; yasaların ruhunun sadece tarihsellik ve halk ruhu kavramları üzerinden açıklanmaya çalışılması da yeterince net olmamaktadır. Yasalar beraberlerinde zor kullanma yetkisinin devlete devrini de getirirler ve bu durum da yine sosyal szlemeci görüşleri gündeme getirir. Ayrıca yasalar halkın ruhundan doğarlar; ancak halk da yasalar tarafından zaman

²⁷ Savigny, s. 45

²⁸ Savigny, s. 59

²⁹ Savigny, s. 189-190

³⁰ Alfred Dufour, Tarihsel Hukuk Okulu, ev. İsmail Yerguz, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 855

içerisinde şekillendirilirler, yani diyalektik bir süreç söz konusudur. Bu nedenle de Savigny'nin görüşlerinin yasaların ruhu kavramı noktasında oldukça önemli olmakla beraber hukukun bağlamını açıklama noktasında belli açılardan eksik kaldığını söylemek mümkündür.

III. KELSEN'İN HUKUK ANLAYIŞINDA YASALARIN RUHU

Hukuki pozitivist bir düşünür olan Kelsen'e göre hukuk,³¹ ifadesini normlar hiyerarşisinde bulur ve normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunan anayasanın da maddi ve şekli anlamda olmak üzere iki ayrı tanımı vardır. Kelsen'in şekli tanımına göre anayasa, hükümlerinin değiştirilmesi özel değişiklik şartları vasıtasıyla zorlaştırılmış resmî (*solemn*) bir belgedir.³² Maddi anlamda anayasa ise normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan bir belgeyi tanımlar ki Kelsen'in anlayışında normlar hiyerarşisinin yeri oldukça önemlidir. O, bu anlayışı doğrultusunda bir ülkedeki tüm yasaların anayasadan, anayasanın ise varsayımsal bir temel normdan (*Grundnorm*) kaynaklandığını öne sürmüştür.³³ Ayrıca Kelsen, anlayışının temel gayesini “özgürlüğü inşa etmek” olarak tanımlamıştır ve liberalizm ile anayasacılığı ayrılmaz bir bütün olarak görmüştür.³⁴

Kelsen, hukuk felsefesini Kant'ın deontolojik hukuk anlayışı çerçevesinde şekillendirmiştir. Bu anlayışa göre kişiler bilgileri sadece deneyimleriyle kazanmazlar, ampirik yöntemlerle elde edilen bilgileri anlamlandırabilmek için bir kavramlar setine ihtiyaç vardır. Bu kavramlar ise kendi başlarına bir şey ifade etmezler, yalnızca elde edilen bilgilerin tasnifinde ve anlaşılmasında fayda sağlarlar. Bu nedenle de Kelsen'e göre hukukun doğru anlaşılabilmesi için kendine has bir kavramlar setine, yani tüm bilimlerden tamamen arınmış “saf” bir teoriye ihtiyacı vardır.³⁵ Bu anlamda da hukukun en temel ödevi; değişmez ve nesnel kavramları bir araya toplayıp, bu niteliği taşımayan kavramları hukukun dışına itmektir. Ayrıca Kelsen'e göre hukukun adaleti sağlamak gibi bir zorunluluğu da bulunmamaktadır; çünkü “adalet” kavramının tartışılması hukukun değil siyaset felsefesi, ahlak ve sosyoloji gibi alanların meselesidir. Kelsen tüm bu verilerin ışığında diğer bilimlerden tamamen arınmış, hukuk bilimine özel ve sadece değişmez unsurları içeren saf bir hukuk teorisi geliştirmeye çalışmıştır. Bu teoriye de taşıdığı

³¹ Kelsen'in “*Grundnorm*” kavramını öne sürerek pozitivizmin sınırlarının dışına taşıdığını, bu nedenle de kendisinin hukuki pozitivist sayılmayacağını savunan kimi görüşler de mevcutsa da Kelsen'in hukuk anlayışının hukuki pozitivist özelliklerinin çok daha ağır bastığını söylemek mümkündür. Daha ayrıntılı bilgi için bkz: Can, s. 220

³² Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Çev. Andres Wedberg, Harvard, Cambridge, Massachusetts, 1949, s. 124

³³ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Çev. Ertuğrul Uzun, 2. baskı, Nora Kitap, İstanbul, 2020, s. 71; Kelsen, 1949, s. 124

³⁴ Oya Boyar, *Anayasal Yorumu Giriş*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 52-53

³⁵ Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, Çev. Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 165

niteliklerle müsemma bir isim olan “saf hukuk teorisi” adını vermiştir.³⁶ Oysaki adalet; hukukun bağlayıcılığının temellerinden biri olarak, özellikle yasaların ruhu bakımından oldukça önemli bir kavramdır. Adalet kavramı ahlaki bir değer olarak hukuka, olması gerekenin ne olduğu noktasında amaçsal bir değer katar,³⁷ bu nedenle de adalet kavramıyla bağı kopmuş bir yasa, içi boş ve kupkuru bir hukuki metinden daha öte bir anlam taşımayacaktır.

Kelsen’in çabasının amacı açıkça bellidir; Kelsen, hukuka “bilimsel” bir nitelik kazandırmak ve ona tüm bilimlerden tamamen bağımsız, kendi yöntemleri ve nesnel gerçekleri olan, müstakil bir bilim niteliği kazandırmak istemiştir.³⁸ Hukukun bu tür bir bilime dönüştürülmesi ise diğer tüm pozitif bilimler gibi hukukun da doğrularının yalnızca hukuk bilimi için geçerli olması sonucunu doğuracaktır; çünkü bir bilimin kendine özgü yöntemleri içerisinde üretilen bir bilginin mutlak ve evrensel açıdan geçerlilik taşıyan bir doğru olması mümkün değildir.³⁹ Saf hukuk teorisi ise hukuki açıdan bir meselenin kavranması ve bir normun mahiyetinin ortaya konması süreçlerinde, psikolojik veya fiziksel faktörleri göz önüne almayan bir yöntem izler. Bu teoride, bir meselenin hukuki açıdan kavranması bunun yalnızca hukuk olarak kavranması demektir.⁴⁰ Saf hukuk teorisinin kurulabilmesi için de gereken en önemli unsur, öncelikli olarak hukukun yönteminin saflaştırılması ve tamamıyla kendine özgü bir hâle getirilebilmesidir. Kelsen’e göre bir hukuk teorisinin saflığından bahsedebilmek için o hukuk teorisinin, doğanın gerçekleriyle ve nedensellik ilişkileriyle ilgilenmemesi gerekir; çünkü hukukun yöntemi doğa bilimlerinin yöntemiyle birebir aynı olamaz. Doğada olaylar neden-sonuç ilişkileri üzerinden ilerlerken hukukta ise neden-sonuç ilişkileri değil normatif bir ilişkiler ağı söz konusudur.⁴¹ Kısacası Kelsen’in anlayışında hukuk, yalnızca normlar hiyerarşisinden ibaret bir kavramdır. Hukuk, olanı değil olması gerekeni göstererek insanların belli şartlarda ve durumlarda nasıl hareket etmeleri gerektiğini dile getirir ve bu bağlamda da normatif bir nitelik kazanarak doğa yasalarından farklılaşır.⁴² Saf hukuk teorisi de yalnızca hukukun biçimsel yanlarını ele alır ve pozitif hukukun dışında kalan konularla ilgilenmez;⁴³ çünkü Kelsen’e göre bu konular hukukun değil siyaset bilimi, siyaset felsefesi, sosyoloji gibi alanların konularıdır.⁴⁴

³⁶ Güriz, s. 309; Kelsen, 2020, s. 13-14; Kemal Gözler, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, 2. baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016, s. 24

³⁷ Aral, 2021a, s. 92

³⁸ Güriz, s. 309

³⁹ Cotterrell, s. 174

⁴⁰ Kelsen, 2020, s. 6-7

⁴¹ Güriz, s. 309

⁴² Cotterrell, s. 165

⁴³ Güriz, s. 311

⁴⁴ Cotterrell, s. 165-166

Bu yaklaşımın en doğal sonucu ise “yasaların ruhu” kavramının hukuk biliminden dışlanarak “metafizik” ilan edilmesidir.

Kelsen’e göre hukuken tamamen anlamsız olacak bir yasa yapılması, örneğin insanların kontrolü altında olmayan doğa olaylarına ilişkin bir yasa çıkarılması⁴⁵ hâlinde bu yasa geçerlilik kazanmaz;⁴⁶ çünkü yasaları yasa hâline getiren tek unsur, belirtilen şekil şartlarına uygun bir şekilde çıkarılmış olmaları değildir. Yasalar geçerliliklerini daima bir başka yasadan alırlar. Bu anlamda yasalar hukuk biliminin ana konusudur ve emir içermezler; çünkü yasalar geçerli olabilmek için muhataba ihtiyaç duymazlar.⁴⁷ Ayrıca Kelsen’e göre bütün hukuki kişilikler normlar hiyerarşisinin ürünüdür ve devlet ile hukuk arasında bir ayırım yapmaya gerek yoktur.⁴⁸ Hukuku yaratan bireyler ise hem devletin hem de hukuk düzeninin unsurlarıdır. Bu nedenle devletin kendine ait bir tüzel kişiliği yoktur.⁴⁹ Bu yaklaşımın sonucu ise Kelsen’in tüm devletleri “hukuk devleti (*Rechtstaat*)” olarak tanımlamasıdır ki bu tür bir tanım “hukukun üstünlüğü” meselesini de anlamsızlaştırmaktadır.⁵⁰

Kelsen’in saf hukuk teorisi, adalete dair görüşlerinden de anlaşılacağı üzere hukukun ideolojik bir tutumla ele alınmasına şiddetle karşı çıkar; çünkü bu teori en doğru hukukun değil, fiilen en mümkün hukukun ortaya koyulması için çaba sarfeder. Bu nedenle de Kelsen; bu meseleleri tartışırken pozitif hukuk üzerine değerlendirmek yapmaktansa, pozitif hukuku olduğu gibi kavrayarak pozitif hukukun yapısı üzerine değerlendirme yapma yolunu tercih etmiştir. Toplumda yerleşmiş bir düzenin meşrulaştırılması veya bu düzenin reddedilmesi gibi konular saf hukuk teorisinin ve dolayısıyla da hukuk biliminin konusunu oluşturamazlar. Bu minvalde de Kelsen, ideolojik yaklaşımları şiddetle reddeder; çünkü ona göre ideolojiler bir siyasal çıkara hizmet etmek veya bir perspektifi meşrulaştırmak için gerçekleri çarpıtırlar. Bu nedenle de o, tüm bu yaklaşımlardan tamamen uzaklaşmış bir hukuk teorisi kurmaya çalışmıştır.⁵¹ Bu anlamda da Kelsen’in hukuk anlayışı; hukuku kendi içerisine kapatan, kuru, renksiz ve bağlamlardan yoksun bir anlayıştır. Siyaseti hukukun tamamen dışına iten bu renksiz anlayışta hukuk düzeninin en temel unsuru ise normlar hiyerarşisidir ve hukuk kuralları da sosyal sözleşme gibi “soyut” kavramlardan değil, yine birbirlerinden kaynaklanarak meşrulaşırlar. Oysaki Kelsen’in “soyut” olarak görüp hukuk biliminin dışına atmaya çalıştığı kavramlar olmadan

⁴⁵ Bir yasa ile Bursa ili ve çevresinde deprem sonucunda vefat etmenin yasaklanması bu duruma dair verilebilecek örneklerden yalnızca biridir.

⁴⁶ Gözler, 2016, s. 38

⁴⁷ Güriz, s. 312

⁴⁸ Kelsen, 2020, s. 125

⁴⁹ Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 12. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, s. 433

⁵⁰ Olivier Beaud, Anayasa ve Anayasacılık, Çev. İsmail Yerguz, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 73

⁵¹ Kelsen, 2020, s. 18-19

hukuka, ahlaka ve adalete ilişkin çıkarımlar yapmanın ve dolayısıyla da hukukun meşruiyetinin temellendirilmesinin mümkünatı yoktur.⁵² Zira böyle bir anlayışın doğuracağı en doğal sonuç, ruhtan yoksun kalan yasaların yegâne temelini kaba kuvvetin kullanımından ibaret hâle gelecek olmasıdır.⁵³ Oysaki hukuku salt şiddet üzerinden temellendirmek, günün sonunda en güçlü olanın haklı olacağı bir düzeni meşrulaştırmaktan başka bir şeye yaramayacaktır. Zaten bu durumda artık hukuktan söz etmek de mümkün değildir. Geriye kalan yegâne şey pozitif güç, yani kaba kuvvettir.⁵⁴ Kelsen, bu problemi aşabilmek için varsayımsal *Grundnorm* kavramını öne sürmüştür; ancak *Grundnorm* varsayımsal olduğu için bu sefer de *Grundnorm*'un kaynağının ne olduğu sorusu gündeme gelir. Bu sorunun ise bir cevabı yoktur; çünkü Kelsen bu normu yalnızca teorik bir zorunluluk olarak öne sürmüştür.⁵⁵ Bu anlamda *Grundnorm*, yasalara “ruh” verecek bir meşruiyet kaynağı olmaktan oldukça uzak kalmaktadır.

IV. SCHMITT'İN HUKUK ANLAYIŞINDA YASALARIN RUHU

Hukuki pozitivizm paradigmasının yaratacağı muhtemel sorunları en net şekilde gören düşünürlerden biri olan Carl Schmitt'e göre hukuku sadece hukuk olarak görmek oldukça eksik bir yaklaşımdır. Ona göre hukuk, içerisinde daima kendini aşan bir boyutu barındırır ve bu boyut da kendini siyasal bir eylemde gösterir.⁵⁶ Hukuki pozitivist anlayışın hâkim olduğu devletlerde hukukun bu aşkın boyutu dikkate alınmadığı için de bu devletler, hukuk devleti olmaktan çıkarak adeta birer “yasama devleti” hâline gelirler. Ona göre bu devletlerde yasalar namına hüküm süren bir egemen yoktur, artık doğrudan yasalar hüküm sürmektedir. Oysaki olması gereken yasalar temelinde hüküm süren bir egemenin var olmasıdır.⁵⁷

Schmitt, hukuki meşruiyetin nihai kaynağını egemenin kararı, yani “irade” olarak görmektedir ve ona göre egemen “olağanüstü hâle” karar verendir.⁵⁸ Olağanüstülükten kasıt ise liberal paradigmadaki olduğu gibi anayasada belirtilen birtakım olağanüstü hâl yetkilerinin devreye sokulması değildir. Ona göre egemeni bu tip sınırlamalara tabi tutmak onu egemen olmaktan çıkarır ve yasaların tahakkümü altına sokar. Egemenin hem yasaların kaynağı hem de yasaların tahakkümü altındaki

⁵² Ahmet Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk: Meşru Hukukun Temel Unsurları*, 3. baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2013, s. 170

⁵³ Gürbüz, s. 192

⁵⁴ Aral, 2021a, s. 94

⁵⁵ Kelsen, 2020, s. 71

⁵⁶ M. Ertan Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s. 25

⁵⁷ Carl Schmitt, *Kanunilik ve Meşruiyet*, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, İstanbul, 2016a, s. 4

⁵⁸ Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, Çev. Ali Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2016b, s. 13; Schmitt, 2016a, s. 6

bir unsur olarak ortaya çıkması ise çelişkili bir durumdur, bu nedenle egemen, hukuki sınırlamaların dışında sayılmalıdır.⁵⁹ Bu hususta Kelsen'i eleştiren Schmitt; Kelsen'in, egemenlik kavramını inkâr ederek hukuku meşruiyet krizine soktuğunu savunmuştur.⁶⁰ Ayrıca Schmitt'in düşüncesinde hukuk, meşruiyetini bir "karar" eyleminden, yani iradeden aldığı için onun düşüncesine "kararcılık" veya "desizyonizm" adı verilmektedir. Schmitt'e göre irade, hukukun en önemli meşruluk kaynağı olmakla beraber; iradenin meşruiyeti de herhangi bir metafizik olgudan kaynaklanmaz. İrade, ortaya çıktığı andan itibaren meşrudur ve muhtevası da kimin dost kimin düşman olduğuna karar vermek; yani dost-düşman ayrımını yapmaktır.⁶¹ Aslında Schmitt'in düşüncesi bu anlamda teolojik kavramları siyasal kavramlara dönüştürme üzerine kuruludur. Onun düşüncesinde Tanrı'nın yerini egemen, mucizenin yerini ise olağanüstü hâl almıştır. Aydınlanma çağıyla beraber yükselen pozitivist paradigma ise her tür teolojik kavramı metafizik bulup reddetme yoluna gittiği için yasalara ruh vermesi beklenen metafizik öğeler de bu süreçte reddedilmiştir.⁶²

Schmitt'in düşüncesinde anayasa (*Verfassung*) devletin birliğini ifade eder ve bu birlik de ifadesini toplumun kolektif aklında bulur.⁶³ Bu minvalde de Schmitt'e göre bir devletin anayasaya sahip olmasının ötesinde devlet bizzat anayasanın kendisidir. Bir metin olarak anayasa ise "biçimlerin biçimini" belirleyendir.⁶⁴ Anayasa bu anlamda devlete ve yasalara ruhunu verir, bu nedenle de aynı zamanda devletin bütünlüğünün bir simgesidir.⁶⁵ Zaten Schmitt'in anayasadan kastı, halkın kolektif bilincindeki yasaları kayda geçirme işleminden başka bir şey değildir. Bu nedenle de Schmitt'in anlayışının anayasacılığa ilişkin tahayyülünün bir teknisyenlikten çok daha öte, ruh kavramını ön plana alan bir veçhede olduğunu söylemek gerekir. Zira onun anlayışında hukukçular -tıpkı Savigny'nin anlayışında olduğu gibi- anayasal normları icat etmezler, sadece kayda geçirirler.⁶⁶ Schmitt ayrıca devlet ile anayasa arasında bir bütünlük ilişkisi kurmakla kalmayıp, devletten önce de siyasal olanın var olduğunu öne sürmüştür.⁶⁷ Ona göre; din, kültür, eğitim, ekonomi, hukuk gibi alanları siyasetten azade ve nötr kavramlar olarak görmek sorunludur. Hatta hukuksal-siyasal şeklindeki karşıtlıklar

⁵⁹ Schmitt, 2016b, s. 19

⁶⁰ Schmitt, 2016b, s. 30

⁶¹ Nicolas Tenzer, İrade, Çev. İsmail Yerguz, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 469

⁶² Schmitt, 2016b, s. 43-44

⁶³ Carl Schmitt, Constitutional Theory, Çev. Jeffrey Seitzer, Duke University Press, Durham, 2008, s. 59

⁶⁴ Schmitt, 2008, s. 60

⁶⁵ Kardeş, s. 147, Schmitt, 2008, s. 59

⁶⁶ O. Vahdet İşsevenler, Kurucu İktidarın Eleştirisi: Anayasanın Maddi ve Fail Nedeni, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 142

⁶⁷ Carl Schmitt, Siyasal Kavramı, Çev. Ece Göztepe, 3. baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2014, s. 49

da tamamen ortadan kaldırılmalıydılar.⁶⁸ Siyasal olanın doğasını açıklamak içinse Schmitt, yukarıda da sözü geçirilen dost-düşman ayrımından bahsetmiştir. Ona göre dost-düşman ayrımı, kişisel düşmanlıklardan öte bir biçimde, siyasal karşıtlıklarda ifadesini bulduğu için liberalizmin tarafsızlık diskuruyla anlaşılması mümkün olmayan bir ayrımdır.⁶⁹ Bu ayırım; dinsel, ekonomik, etnik, ahlaki veya başka bir karşıtlığın insanları dost ve düşman biçiminde ayıracak kadar güçlü bir şekilde ortaya çıkması hâlinde söz konusu olur.⁷⁰ Schmitt'in liberalizmin diskuruna karşı önerdiği alternatifse diktatörlük, yani kadir-i mutlak egemenin kararcılığıdır.⁷¹ Diktatörün görevi de olağanüstü hâl içerisindeyken toplumu ve devleti tehlikelerden korumak, anayasayı yeniden yapmak ve düzenin devamlılığını tesis etmektir.⁷²

Schmitt'e göre siyasal birliğin kendisini sürekli yenileyen yapısı anayasada ifade bulur. Zira devlet durağan değil her an yenilenen ve kendini yeniden üreten bir varlıktır. Bu mesele dost-düşman ayrımı bağlamında ele alındığında ise bu mücadelenin safhalarının devlete, anayasaya ve dolayısıyla da tüm yasalara ruhunu vereceğini; bu nedenle de bu mücadelenin siyasal ve psikolojik yansımalarının izlerini anayasa vasıtasıyla sürmenin mümkün olacağı söylenebilir. Ayrıca Schmitt, hukukun meşruiyeti noktasında kanuniliğin meşruiyetle bir tutulmasını da eleştirmiştir. Ona göre bir eylemin kanuniliği o eylemin meşruiyetini beraberinde getirmez; çünkü böyle bir anlayış her şeyi biçimselleştirir ve yasaların ruhuna uygun bir eylemin dahi kanundışı addedilmesi sonucunu ortaya çıkarabilir.⁷³ Bu anlamda da devleti ve hukuku kuru bir kanuniliğe indirgemek suretiyle biçimselliğin içine sıkıştırmak, aynı zamanda hukuka ve adalete dair tüm özel ilişkileri de ortadan kaldırmak anlamını taşıyacaktır.⁷⁴ Schmitt'in yaklaşımı bu anlamda kanunilikle meşruiyeti eşitlemek suretiyle yasa yapma işini ruhtan yoksun bir teknisyenliğe indirgeyen hukuki pozitivist paradigmanın tam karşısında konumlanmaktadır. Schmitt, özellikle siyasal olanı devletin ve dolayısıyla da hukukun temeline oturtarak, hukukun bağlamını ve meşruiyet kaynağını karar eylemine bağlamıştır. Zira bağlamlardan yoksun bir hukuk anlayışında, hukukun şiddet ve güç dışında bir meşruiyet kaynağı kalmamaktadır. Schmitt'in anlayışı bu doğrultuda hukuku kaçınılmaz olarak meşruiyet noktasında krize götüren liberal paradigmaya kuşkuyla bakmaktadır; çünkü Schmitt, liberalizmi siyasal karşıtlıkları sonsuz bir pazarlıkla erteleyen bir paradigma olarak tanımlamıştır. Schmitt'in karar eylemini yasaların meşruiyet kaynağı, yani ruhu olarak görmesi hukukun

⁶⁸ Schmitt, 2014, s. 53-54

⁶⁹ Schmitt, 2014, s. 58

⁷⁰ Schmitt, 2014, s. 67

⁷¹ Schmitt, 2016b, s. 68

⁷² Paul Hirst, Carl Schmitt'in Kararcılığı, Carl Schmitt'in Meydan Okuması, Chantal Mouffe (der.), Çev. Hivren Demir Atay/ Hakan Atay, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, s. 27

⁷³ Schmitt, 2016a, s. 12

⁷⁴ Schmitt, 2016a, s. 25

meşruiyet krizini büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Tabii bu anlayışı benimsemenin doğal sonucu ise otoriterliğe kapı aralayacak türden otoriter-organik bir devlet düzeninin, hatta belki de totalitarizmin egemen olma tehlikesinin ortaya çıkmasıdır. Buna rağmen Schmitt'in düşünceleri yasaların ruhu konusundaki tartışma bakımından oldukça önemlidir; çünkü Schmitt, hukuk-siyaset ilişkisini en net kuran düşünürlerden biri olarak yasaların meşruiyetini siyasal olana dayandırmış ve bu anlamda da hukukun meşruluk problemini kesin bir biçimde çözmüştür.

SONUÇ

Hukuk, toplum içerisinde ortaya çıkan ve ifadesini de yine toplumla bulan bir kavramdır. Bu nedenle de sağlıklı bir toplum düzeninin gerçekleşebilmesi için hukukun da toplumun adalet duygusunu tatmin etme ve güvenli bir yaşam sürdürebilme noktasındaki isteklerini tatmin edebilmesi gerekir.⁷⁵ Hukukun genel olarak toplumla tamamen uyum içerisinde olması ise mümkün değildir; çünkü hukuk “olandan” çok “olması gerekenleri” niteler.⁷⁶ Bir ülkedeki hukukun gerçek anlamda meşruiyet kazanabilmesinin ve toplumla yüksek bir uyuma sahip olabilmesinin yolu ise insanların duygularıyla ve dürtüleriyle uyumlu olmasına bağlıdır. Bu anlamda da yasaların meşruiyetini toplumdaki bu tür yaygın duygularla ve düşüncelerle olan uyumu üzerinden düşünmek gerekir,⁷⁷ yasaların ruhunu da zaten bu duygular ve düşünceler oluştururlar. Hatta buradan yola çıkarak hukukun meşruluk temelini psikolojik bir boyutu olduğu dahi iddia edilebilir. Hukuk ile psikolojinin bağlantısını kurmak bu anlamda biraz zorlama görünebilir; çünkü psikolojinin bir doğa bilimi mi yoksa bir sosyal bilim mi olduğu konusunda dahi birçok görüş ayrılığı bulunmaktadır. Buna karşılık psikolojinin, bireylerin psikolojisini ve özellikle de siyaset psikolojisini toplumların psikolojisini anlama noktasındaki gözlemleri onu hukuk ile bağdaştırılabilir kılmaktadır.⁷⁸

18. ve 19. yüzyıllara kadar hukuk paradigmasına hâkim olan doğal hukuk okulu, hukukun kaynağını rasyonelleştirebilmek için efsaneleri devreye sokmuştur. Bu anlayışa göre tüm zamanların ve mekanların dışında, kadim bir yasa vardır ve tüm yasalar da kaynaklarını, yani ruhlarını bu yasadaki alırlar.⁷⁹ Bu hâkimiyetin sarsılmasının ardından ortaya çıkan tarihsel hukuk okulunun kurucusu Savigny'ye göre ise her toplumun kendine özgü bir ruhu vardır ve her toplumun hukuku da bu

⁷⁵ Aral, 2021a, s. 85

⁷⁶ Aral, 2021a, s. 171

⁷⁷ Aral, 2021a, s. 184

⁷⁸ Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 7. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021b, s. 122

⁷⁹ Marcel Gauchet, Siyaset Felsefesinin Görevleri, Çev. Zeynep Savaşçın, Yurttaşımı Arayan Demokrasi, Zeynep Savaşçın (der.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2013, s. 43

nedenle kendine özgüdür. Ayrıca toplumdaki hâkim davranış normları, yer ve zaman gibi diğer unsurlara da bağlı olarak hukuku şekillendirirler.⁸⁰ Bu şekilde ortaya çıkan hukuk kuralları, toplumsal bir uzlaşmanın yansımasıdır ve toplumun kolektif duygularını ve düşüncelerini yansıtır. Bu düşünceler ve duygular ise kuşaktan kuşağa aktararak toplumda bir “ortalama birey” tahayyülü ortaya çıkmasını sağlarlar ki bu tahayyül aynı zamanda ortak bir bilincin varlığının da bir göstergesidir.⁸¹ Bu bilincin varlığı ise hukukun meşruiyetinin halk olduğunu; çünkü yasaların halkın ruhundan doğduğu şeklindeki varsayımın bir sağlamasını yapmış olur. Savigny’nin bu düşüncelerinin önemi ise hukuku bir meşruiyet krizine düşmekten kurtaracak özgün bir siyaset felsefesini ortaya koyabilmesinin yanında, hukukun içerisine rölativizmi sokarak doğal hukuk okulunun geçerli bir eleştirisini yapabilmiş ve hukuki pozitivistin önünü açmış olmasıdır.⁸²

Hukuki pozitivism, köklerinin dayandığı pozitivist düşünce doğrultusunda hukukun pozitif hukuk dışındaki tüm metafizik kaynaklarını reddederek yalnızca pozitif hukuka odaklanan bir hukuk anlayışı olarak ortaya çıkmıştır.⁸³ Hukuki pozitivistlerin doğal hukuku reddetmelerinin gerekçesi doğal hukukun pozitif hukuk üzerinde konumlandığı değerler bütününe doğruluğunun veya yanlışlığının ampirik yöntemlerle test edilmesinin mümkün olmamasıdır.⁸⁴ Buna “değerlerin bilinemezliği ilkesi” adı da verilir.⁸⁵ Hukukta kesin olarak bilinebilecek ve gözlemlenebilecek tek kavram ise normlardır, bu nedenle de hukukun konusu yalnızca normların incelenmesi olmalıdır.⁸⁶ Bir hukuki pozitivist olan Kelsen de bu bağlamda hukuku kesin olarak bilinemeyecek her türlü değerden arındırmaya çalışmıştır; çünkü Savigny’nin gündeme getirdiği rölativizm, yasalara ruhunu veren değerlerin de rölativist bir yapıda olmasına neden olacaktır. Bu durumun en doğal sonucu ise hukukun meşruiyeti noktasında neyin temel alınması gerektiğinin kestirilemez bir hâl almasıdır. Kelsen bu sorunu, hukuku sadece hukukla açıklama yoluna giderek çözmeye çalışmışsa da bunu yaparken dahi hukukun kaynaklandığı varsayımsal bir *Grundnorm* öne sürmesi; öne sürdüğü fikirlerin, hukukun geçerliği noktasında bir meşruiyet krizine yol açabileceğini öngördüğünü göstermektedir. Buna karşılık Kelsen’in *Grundnorm* kavramını tüm hukuku temellendiren bir varsayımsal norm olmanın ötesinde bir bağlama oturtmamış olması, hukuka dair meşruiyet krizi riskinin ortadan kalkmaması anlamına gelmektedir.

⁸⁰ Aral, 2021b, s. 128

⁸¹ Can, s. 73-74

⁸² Dufour, s. 856

⁸³ Gürbüz, s. 82

⁸⁴ Michel Troper, Tüzel Olguculuk, Çev. Necmettin Kâmil Sevil, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 924

⁸⁵ Gözler, 2016, s. 18

⁸⁶ Keyman, s. 22

Schmitt'in anlayışı, yasaların meşruiyeti bağlamında aslında Savigny ile Kelsen'in arasında bir yol izlemektedir. Schmitt, hukuku siyasal olan üzerinden temellendirir; ancak bunu yaparken de metafiziğe başvurmak yerine yasaların kaynağını iradeye dayandırmayı tercih eder. Onun anlayışının en ilginç yanı, teolojinin kavramlarını seküler kavramlar hâline getirerek kullanıyor olmasıdır ki zaten onun Savigny ile Kelsen arasında bir yol izlediği de bu nedenle iddia edilebilmektedir. O, hem Savigny gibi rölativist bir hukuk anlayışına sahiptir hem de metafizik kavramları kullanmıyor olmasıyla Kelsen ile benzeşmektedir. Schmitt'e göre hukuk, bağlamını siyasal olandan edinir ve egemenin kararıyla ifade bulur. Bu anlamda siyasal, egemenin kararıyla ortaya çıkan dost-düşman ayrımı üzerinden kendini belli ederken; hukuk da yine bu karar üzerinden şekillenir. Egemenin kararı keyfi bir karar değildir; çünkü hukuk, dost-düşman ayrımının yarattığı çelişkilerin bir ürünü olarak ortaya çıkar ve egemenin kararı bu mücadelenin izlerini bünyesinde taşır. Bu anlamda da egemen, halkı ile duygu birliği içerisinde olduğu için karar eylemi sonucunda çıkardığı yasaların ruhu da halkın ruhunu yansıtmış olur. Schmitt'in devleti bu anlamda devlet-anayasa, egemen-halk, halk-devlet gibi özdeşlikleri bünyesinde toplayan total ve organik bir anlayışta olduğu için devletin yasaları da halkın ruhunu en net şekilde yansıtır. Onun anlayışında hukukun kaynağı hukukun dışındadır; ancak bu kaynak ne doğal hukuk ilkeleri gibi metafizik ne "halk ruhu" gibi tek yönlü ne de *Grundnorm* gibi varsayımsaldır. Hukuka kaynağını veren karar eylemi; dünyevi, halk ile egemenin duygu birliğine dayanan ve elle tutulur bir yapıdadır. Bu anlayış, yasaların ruhu noktasında oldukça doyurucu bir açıklama getirmektedir; ancak Schmitt'in düşüncelerinin totaliter ve otoriter eğilimlere dair yarattığı riski de görmezden gelmemek gerekir

Görüldüğü üzere, yasaların ruhuna dair perspektiflerinden bahsedilen her üç düşünürün de bu konudaki düşüncelerinin eleştirilecek yanları bulunmaktadır. Savigny, yasaları tamamen toplumsal süreçlerin bir ürünü olarak görerek, devletin ve egemenin toplum üzerindeki gücünü büyük ölçüde hafife almıştır. Kelsen ise hukuki pozitivist görüşleriyle yasaların ruhuna dair düşünceleri büyük ölçüde reddetmiş olsa da onun özellikle normlar hiyerarşisi vasıtasıyla anayasanın tüm yasaların kaynağı olduğunu vurgulaması önemlidir; çünkü bu düşüncesi, bir ülkede çıkarılan her yasa da anayasanın izini görmeyen mümkün olduğunu göstermiştir. Schmitt ise yasaların siyasal bağlamını ve bu minvalde de ruhunu en net göstermiş düşünürdür; ancak onun vurgusu da dost-düşman ayrımının yıkıcı sonuçlara yol açma ihtimalini göz ardı etmiştir. Bu nedenle de Savigny ve Schmitt'in yasaların ruhuna dair düşünceleri oldukça önemli olmakla beraber, Kelsen'in hukukun temeline özgürlüğü koymasını da büsbütün önemsiz görmemek gerekir.

KAYNAKÇA

- Akal C B, Hukuk Nedir?, 3. baskı, Zoe Kitap, İstanbul, 2021
- Akbaş K, Hukukun Büyübozumu, 2. baskı, NotaBene Yayınları, Ankara, 2015
- Akbaş K, "Friedrich Carl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", C. 74, S. 1, 2016, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 53-72
- Aral V, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, 3. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021a
- Aral V, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 7. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021b
- Arendt H, İnsanlık Durumu, Çev. Sina Şener, 19. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021
- Arkan A H, "1961 ve 1982 Anayasalarının Yapım Süreçlerinin Anayasal Gelişmelere ve Demokrasiye Olan Etkileri", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017
- Beaud O, Anayasa ve Anayasacılık, Çev. İsmail Yerguz, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, ss. 63-74
- Benjamin W, Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Çev. Ece Göztepe, Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Aykut Çelebi (haz.), 2. baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2014, ss. 19-42
- Boyar O, Anayasal Yoruma Giriş, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021
- Can C, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2021
- Cotterrell R, Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş, Çev. Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2018
- Dufour A, Tarihsel Hukuk Okulu, Çev. İsmail Yerguz, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, ss. 853-858
- Duverger M, Siyaset Sosyolojisi, Çev. Şirin Tekeli, 12. baskı, Varlık Yayınları, İstanbul, 2019
- Ehrlich E, Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri, Çev. Artun Mimar, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019
- Erdoğan M, Anayasal Demokrasi, 12. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015
- Freud S, Civilization, Society and Religion: Group Psychology, Civilization and Its Discontents and Other Works, Penguin, Harmondsworth, 1985
- Freud S, Dinin Kökenleri: Totem ve Tabu, Musa ve Tektanrıcılık ve Diğer Çalışmalar, Çev. Selçuk Budak, 4. baskı, Öteki Yayınevi, Ankara, 1999
- Gauchet M, Siyaset Felsefesinin Görevleri, Çev. Zeynep Savaşın, Yurttaşını Arayan Demokrasi, Zeynep Savaşın (der.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 23-78
- Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş, 18. baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015
- Gözler K, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, 2. baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016
- Gözler K, Hukuka Giriş, 18. baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021
- Gurvitch G, Hukuk Sosyolojisi, Çev. Muhammet Koçakgöl, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2021

- Gürbüz A, Hukuk ve Meşruluk: Meşru Hukukun Temel Unsurları, 3. baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2013
- Güriz A, Hukuk Felsefesi, 15. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2020
- Hirst P, Carl Schmitt'in Kararcılığı, Carl Schmitt'in Meydan Okuması, Chantal Mouffe (der.), Çev. Hivren Demir Atay/ Hakan Atay, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 17-31
- Hobbes T, Leviathan, Çev. Hamiyet Ünal, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2019
- İşsevenler, O. V., Kurucu İktidarın Eleştirisi: Anayasanın Maddi ve Fail Nedeni, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019
- Kardeş M E, Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015
- Kelsen H, General Theory of Law and State, Çev. Andres Wedberg, Harvard, Cambridge, Massachusetts, 1949
- Kelsen H, Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, Çev. Ertuğrul Uzun, 2. baskı, Nora Kitap, İstanbul, 2020
- Keyman S, "Hukuki Pozitivizm", C. 35, S. 1, 1978, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 17-55.
- Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, Çev. Berna Günen, 5. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2020
- Ortega y Gasset J, Kitlelerin Ayaklanması, Çev. Neyyire Gül Işık, 5. baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017
- Schmitt C, Constitutional Theory, Çev. Jeffrey Seitzer, Duke University Press, Durham, 2008
- Schmitt C, Siyasal Kavramı, Çev. Ece Göztepe, 3. baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2014
- Schmitt C, Kanunilik ve Meşruiyet, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, İstanbul, 2016a
- Schmitt C, Siyasi İlahiyat, Çev. Ali Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2016b, s. 13; Schmitt, 2016a
- Tenzer N, İrade, Çev. İsmail Yerguz, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, ss. 459-472
- Troper M, Tüzel Olguculuk, Çev. Necmettin Kâmil Sevil, Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, 3. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, ss. 922-927
- Vago S/Barkan S E, Law and Society, 11. baskı, Routledge, New York, 2018
- von Savigny F C, Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine, Çev. Ali Acar, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2018