
BAĞIMSIZLIĞI, ÜSTÜNLÜĞÜ ve ZAAFLARIYLA MODERN HUKUK

✂

*Murat SATICI**

ÖZET

Bu incelemede tarihsel, felsefi ve politik referanslarla modern hukukun bağımsızlığı ve üstünlüğü kavramsallaştırmasını tartışacağız. Bu tartışmada özellikle modern devlet ve modern hukuk arasındaki ilişkiyi dikkate alacağız ve bu ilişkinin temel ilke ve hareket ettiricilerini araştıracağız. Bu ilke ve hareket ettiricileri hatırlamak, ulusal ve uluslararası hukuka ilişkin tartışmalarda her zaman karşılaştığımız hukukun bağımsızlığı ve üstünlüğü kavramsallaştırmasını tartışmamız için hayati öneme sahiptir. Bu incelemenin amaçları, hukukun bağımsızlığı ve üstünlüğüne ilişkin ilkelerin temellerine dikkat çekmek ve günümüzün politik ve toplumsal paradigması içerisinde bu ilkeleri yorumlamaktır.

Anahtar Kelimeler: Modern hukuk, Modern devlet, Hukukun üstünlüğü

* Ege Üniversitesi, Felsefe Bölümü, Araştırma Görevlisi

“İlerlemenin hiçbir derecesi, yeryüzünde, daha önce asla görülmemiş mutlak rakamlarla, çok sayıda erkek, kadın ve çocuğun boyunduruk altına alınmasının, açlıktan ölmesinin ya da imha edilmesinin görmezden gelinmesini mazur göstermez.”

Jacques DERRIDA *Marx'ın Hayaletleri*

GİRİŞ

Modernleşme, postmodernleşme ve küreselleşmeye dair çağdaş tartışmalar, sanat, kültür, felsefe, politika ve hukuk alanlarında son derece canlı biçimde sürmektedir. Süregelen tartışmalar, sosyal bilimlere dair ilginin artmasını ve eleştirel bir sosyal bilim literatürünün ortaya çıkmasını sağladıkları gibi, söz konusu alanların temel ilke ve kavramlarının yeniden değerlendirilmesinin önünü açtılar. Hukuk, gerek ülkemizde gerek dünya çapında, bu eleştirilerin ve değerlendirmelerin yoğunlaştığı bir alan olarak karşımıza çıkar. Özellikle 11 Eylül sonrasında, dayanağını güvenlik kaygısında bulan güç devleti anlayışının, temel hak ve özgürlükleri ihlal ederken hukuku araçsallaştırması, modernleşme, postmodernleşme ve küreselleşme tartışmalarında, modern hukuk kavrayışına eleştirel yönelimin artmasının nedenlerinden biri olmuştur.

Mevcut hukuk kavrayışına dair girişilen eleştiriler iki aks üzerine oturmaktadır. İlk olarak, iki dünya savaşının modern toplumlar ve devletler üzerindeki yıkıcı etkisinin fark edilmesiyle, modernizmin aydınlanma ve ilerleme ilkelerinin toplumsal kurumsallaşmış hali olarak kabul edilen hukukun teori ve pratiği, yirminci yüzyılda insanlığın çektiği acılarla ilişkilendirilmiş ve toptan reddedilmiştir. Diğer açıdan, modernitenin ve modern hukukun sivil toplum, politik birlik, yurttaşlık, demokrasi ve insan hakları kavramlarının değerli kavramlar olduğu, “modernitenin tamamlanmamış bir proje”¹ olduğu iddia edilmiş ve onların yeniden değerlendirilmesi²ne girişilmiştir. Her iki açıdan da

¹ HABERMAS Jürgen, “Modernity versus Postmodernity”, *New German Critique*, No: 22, Winter, 1981, pp. 3-24, s:14.

² Jürgen Habermas, modernitenin toptan bir reddinin Aydınlanma, özgürleşim ve toplumsallık kavramsallaştırmalarının içerdiği katkıları ve özgürleşimci potansiyeli ıskalamak anlamına geleceğini ifade eder. Bu çerçevede bakıldığında Habermas, *Kamusal Yaşamın Yapısal Dö-*

modernizm eleştirisi, özellikle modern hukuk teorisi ve pratiği açısından, tarihsel ve toplumsal yıkımlarda hukuka yüklenen modern ilke ve rollerin niteliğine odaklanmıştır.

Başka bir açıdan bakıldığında, hukuk ile tarihsel hesaplaşmanın ötesinde, modern hukukun oluştuğu koşulların ürünü olan hukukun teorisine ve pratiğine yönelen eleştiriler, modern hukuk kavrayışının çağımızda çoğalan ve dönüşen toplumsal, kültürel ve politik talepleri karşılamakta yetersiz olduğunu iddia etmektedirler. Yeni talepleri karşılayamayan hukuk pratiği, bu talepleri mevcut ilke ve uygulamalarıyla karşılayamadığı veya anlamlandıramadığı noktada, mevcut yapısını ve mantığını koruma refleksiyle hukukun bağımsızlığı ve üstünlüğü söylemine dayanarak baskıcı ve vesayetçi bir nitelik kazanmıştır. Böylece modern hukuk kavrayışına dair iki yönelim ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki, özellikle insan hakları temelinde hukukun bağımsızlığını ve üstünlüğünü vurgulayarak, yeni taleplerin karşılanmasına yönelik daha dinamik ve etkin bir hukukun tesis edilmesidir. Diğer yönelim de hukukun söz konusu etkin pratiğinin birey ve toplum üzerindeki hegemonik etki alanının ve işlerliğinin daha da azaltılmasıdır. Her iki açıdan da hukuka yönelik girişilecek bir tartışmanın sağlıklı biçimde yapılabilmesi için, modern bir kurum olarak hukuk kavrayışının teorisinin ve pratiğinin dayanaklarının, tarih, felsefe, toplum ve politikayla ilişkili biçimde nasıl dönüştüğü ve günümüzde aldığı karakter ele alınmalıdır. Ancak bu izlekte günümüz hukuk kavrayışına dair eleştirileri anlayabilir ve alternatifleri değerlendirebiliriz.

Bu incelemede, tarihsel, felsefi ve politik referanslara başvurarak, modern paradigma içerisinde görünür olan hukukun niteliği, işlevi ve önemine dair düşünme tarzlarının içerimleri serimlenerek, günümüzdeki önemli bir tartışma konusu olan hukukun bağımsızlığı ve üstünlüğü söylemi tartışılacaktır. Bu süreçte, özellikle modern ulus devletlerin

nüshümü'nde modernliğin kökenlerini ve modern kamusal alan kavramsallaştırmalarının özgürleşimci görünümünü, içinde yaşadığımız çağda kendisini gösteren baskıcı bir gerileme sürecinin çözümlemesini yaparken değerli bir dayanak noktası olarak ortaya koymuştur. Bu eserde Habermas, önceki zor kullanma ve yasa yapma güçlerini frenleyerek, özel ilgilerin söylemsel dönüşümünü, müzakereyi ve kamusal tartışma ortamını sağlayarak devlet ve toplum arasında aracılık eden bir alan sunduğunu vurguladığı burjuva kamusal alanının ortaya çıkışını takip eder.

hukuk ile ilişkilendirme ve hukuku yeniden tanımlama tarzındaki temel saikler ve ilkeler ele alınacaktır. Bu temel saiklerin ve ilkelerin hatırlanması, günümüz hukuk kavrayışı içerisinde devamlı karşılaşılan yerel veya uluslararası hukukun bağımsızlığı ve üstünlüğü tartışmalarına değinebilmemiz açısından son derece önemlidir. Bu incelemede amaçlanan, günümüzde hukukun bağımsızlığı ve üstünlüğü ilkelerinin temel çıkış noktalarına dikkat çekerek, bu ilkelerin mevcut politik ve toplumsal paradigma içerisinde aldıkları biçime dair bir değerlendirme yapmaktır.

MODERN HUKUKUN KÖKENİ

Sekülerleşmeyle birlikte insanlar arasında bağıntıyı tesis eden dinsel bağıntı kategorisinin etkisini yitirmesiyle, modern toplumlarda bireyleri birbirlerine bağlayan unsurun ne olacağı sorusu, hukukun bağımsız ve en yüksek bağıntı kategorisi olarak kavranmasının yolunu açtı. Modern politika kavrayışında, sivil birlik içerisinde yurttaşlık kategorisinin hukuksal bir dolayım ile tesis ettiği bütünleştirici nitelik üzerine bir tartışmaya girildiğinde, yurttaşlık kategorisini ve sivil toplumu tanımlayan ve sınırlarını çizen otonom bir hukuk kavrayışından söz edilmelidir. Hukuk kavrayışının yeniden tanımlanmasının gerekliliği, sadece tikel sivil birlik içerisinde değil, küreselleşmeyle birlikte, modern devletlerin sınırlarını aşan devletler arası hukuksal bağıntı kategorisi olarak da günümüzde son derece canlı bir tartışmadır.

Tarihsel olarak çok uluslu imparatorlukların dağıldığı ulus devletler çağında, kozmopolit politik yapıların kapsadıkları farklı unsurları yeniden birleştirecek zeminin ne olacağı sorusu hayati bir önem kazandı. Aslında bu soru, ulus devleti kuran iradenin ortaklığının nasıl tesis edileceği sorusudur. Bu soruya verilecek cevap, ulus devletin kendisini çevreleyecek ve her türden tikelliği ve farklılığı içine alacak ilkelere başvuru olarak verilmesi gereken bir cevap olmalıydı. Bu yüzden, hem tanımı hem de işleyişi bakımından meşruiyetini kendisinin dışındaki ve kendisini aşan ilkelere almayan, yani bağımsız veya kendi kurallarını kendisi koyan ve bu kurallara bağlı kalan otonom bir bağlayıcılık kategorisine ihtiyaç duyuldu. İhtiyaç duyulan bu bağlayıcılık kategorisi, ancak her türlü dışsal, içerikli ilkeyi ve ayrıcalığı dışta bırakarak ve bireyler üzerinde eşit bir etkiyi mümkün kılarak, her bir unsuru eşit biçimde

kapsayan dilsel bir dolayım ve bu dolayımı pozitif biçimde zorlayabilme niteliğine sahip olmalıydı. Bu yanıyla, ulus-devleti tanımlayacak ve yurttaşlarını bu tanım içerisinde bağlayacak, aynı zamanda da yurttaşları bu ilkeler etrafında müşterekliğe zorlayacak kurum olarak hukuk, otonom ve formel bir nitelikte karakterize edilmeliydi.

Hukukun yeniden tanımlanması ihtiyacı, aslında doğal hukuk geleneğinin kadim sorusunun yeniden sorulmasından ibaretti: insanların bir arada yaşamalarını sağlayan ve düzenleyen ilkenin, aynı zamanda da yasa, adalet gibi kavramların meşruiyetinin kaynağı nedir? Doğal hukuk geleneği boyunca bu soruya çeşitli cevaplar verilmiştir. Antik çağda logos, Orta çağ'da Tanrı, felsefi ve dinsel önermeler olarak bu sorunun cevaplarıydı. Aydınlanma'da ise söz konusu meşruiyetin kaynağı sorusunun insansal alana dair bir soru olduğu ve cevabın da insandan gelmesi gerektiği vurgulandı. Bununla birlikte meşruiyet sorusunun cevabının kaynağı, insansal bir yeti ve edime dayanmalıydı. Bu yeti Akıl'dı. Bu, toplumsal yaşamın, politika ve hukukun, insan aklının kurduğu bir pratik alan olarak tanımlanması anlamına gelmekteydi. Bu nedenle artık ah-lâksal, toplumsal, hukuksal ve politik her türden meşruiyet sorusuna verilen cevaba eşlik eden edim, öncelikle Aydınlanma'nın akıl tanımı gereği, bu cevabın otonom, formel ve evrenselleştirici olup olmadığının denetlenmesiydi.

AYDINLANMA

Aydınlanma paradigmasının toplumsal hukuksal ve politik biçimde nesnelleştiği an Fransız Devrimi olmuştur. Fransız Devrimi'nin eşitlik, özgürlük ve kardeşlik mottosu, gerek yurttaşın, hukukun ve politikanın gerek ulus devletin yeniden tanımlanması için gerekli kurucu, kapsayıcı, tanımlayıcı ve bütünleştirici insansal iradenin dayanacağı otonom, formel ve evrensel ilkeleri ifade etmekteydi. Çünkü Fransa'da burjuva hareketinin çıkış noktası, ekonomik ve toplumsal haklara sahip olmak, hukuksal yasa yapma ve politik karar alma edimine eşit biçimde katılma talebiydi. Bu, genel olarak hukuksal ve kamusal görünürlük talebini içermekteydi. Kamusal görünürlük ve hak talebinin karşılanması, özgürlük, eşitlik ve kardeşlik mottosuna dayanarak, insanların iradelerinin ulus devleti kurmaktaki ortaklığına, aynı zamanda bu iradenin kurumsallaş-

ması aşamasında hukukun yeniden otonom ve formel biçimde tanımlanmasının gerekliliğine işaret etmekteydi. Bu haliyle hukuk, artık doğal hukuk geleneğinin dayandığı soyut, akılsal, ilahi veya insan doğasına ilişkin önermelerden hareketle değil, somut insansal alandan hareketle tanımlanmaya çalışıldı ve bu yanıyla hukukun otonom bir yapı olarak tesis edilmesi gereksinimi ilan edildi. Özellikle insan hakları kavramı, hem hukukta hem de politikada herkesin eşitliği düşüncesini benimserken, özgürlük, eşitlik ve kardeşlik, normatif ve evrensel bir nitelik kazanıyordu. Bu nedenle Fransız Devrimi, “toplumu dönüştürmek isteyenlere bir esin, retorik ve sözcük dağarcığı, model ve kıyaslama ölçęği sunuyordu”³.

Rousseau, doğal durumda zaten varolduğuna inandığı evrensel özgürlüğün ve eşitliğin nasıl kaybedildiğinin ve bu iki ilkenin hukukun temeline yerleştirilerek yeniden canlandırılmasının, fakat bu sefer kurumsallaşmış biçimde ortaya çıkışının hikayesini anlattı⁴. Bu çerçevede Rousseau, bireysel özgürlüklerin ve hakların nasıl korunacağı ve eşitliğin yeniden tesisi sorununu, yurttaşlar ve genel irade arasındaki bir ilişki olarak toplum sözleşmesinde tanımladı: “Her birimiz bütün varlığımızı ve bütün gücümüzü bir arada genel istemin buyruğuna verir ve her üyeyi bütünü bölünmez bir parçası kabul ederiz”⁵. Böylece Rousseau, doğal hukuk geleneğinde karşılaşılan felsefi ve ilahi kurgusal zemini tarihsel bir kurum olarak yorumladı. Fransız devrimiyle birlikte, hukukun ve devletin ilişkisinin temellerini oluşturan özgürlük ve eşitlik, devletin kurumsal biçimde tanımlanmasında içerilecek insansal evrensel ilkeleri oluştururken, kardeşlik kavramı, devletin üyelerini bir nüfus veya bireyler çokluğu olmaktan çıkararak bir halk veya ulus olarak içeriklendirmenin koşulunu sağladı.

Emmanuel Joseph Sieyes, ulus-devlet yaratma sürecinde, kurucu iktidarın kurumsallaşmasının, yani ulus-devletin tanım, sınır ve işleyişini

³ HOBBSAWN Eric, J., Fransız Devrimine Bakış, çev. Osman Akınhay, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2009, s: 51.

⁴ “Bir toprak parçasının etrafını çitle çevirip “Bu, bana aittir” diyebilen, buna inanacak kadar saf insanlar bulabilen ilk insan, uygar toplumun gerçek kurucusu oldu”. Bkz., ROUSSEAU, J. J. *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*, çev. Rasih Nuri İleri, Say yay. İstanbul, 1998, s:135.

⁵ ROUSSEAU J.J., *Toplum Sözleşmesi*, çev. Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası yay., İstanbul, 2006, s: 15.

belirleyecek yapının hukuk olduğunu belirtti. Sieyes'e göre, insanların kamusal biçimde görünür olmaları ve bir bütünlük oluşturmaları, ancak hukuksal edime katılım önünde engeller teşkil eden ayrıcalıkların kaldırılmasıyla mümkündür. Bu nedenle Sieyes, ayrıcalıkları, "ona sahip olanların lehine bir af ve muafiyet, sahip olmayanlar için bir engel"⁶ olarak görmüştür. Sieyes, hem bireyler arası eşitliği hukuksal edime ortak katılım olarak yeniden tanımladı hem de yurttaşların birliğini sağlayacak eşitlikçi, otonom ve formel ulus-devlet yapısını ideal olmaktan çıkarıp hukuk aracılığıyla kurumsallaştırdı. Hukukun, ulus-devletin, yani politik bir yapının meşruiyetinin temeline yerleşmesi, böylece modern devleti hukuk devleti olarak okumanın imkanını sunar. Ulus egemenliğini öne çıkaran Sieyes, ortak bir yasa ve otonom-formel hukuksal yapı altında yaşayan ulusun egemenliğini ve onun temsilini, anayasanın düzenleyiciliğinde tesis eder. Bu andan itibaren toplumsal, hukuksal ve politik bir arada yaşamın ve hak, adalet ve yasa kavramlarının meşruiyetinin dayanağı, kurucu iradenin düzenlediği anayasa metninde nesnelleşir. Özellikle hukuk devleti kavrayışıyla, kurumsal gelişimine paralel olarak devletin hukukla olan ilişkisi daha da sıkılaştı. "Hukuk... artık içeriğini dinden, geleneklerden ve birbirleriyle birleşen grupların anlık uygulamalarından alan bir dizi ilke ve norm olmaktan çıkmış, tüm açıklığıyla izlenen politikanın ürünü (ve kaçınılmaz olarak aracı) haline gelmiştir"⁷. Hukuksal en yüksek metinler olarak anayasaların, politik yapının niteliğini, karakterini tanımlayan ve bu yapının özgünlüğünün ifadesi olması açısından devletin, toplumun ve hukuksal sistemin niteliğini betimleyen ve meşruiyetinin dayanağına işaret eden ilkelerden oluşan metinler olmaları tesadüf değildir. Bu metinler aynı zamanda modern olmanın, modernleşmenin ve Aydınlanma'nın ilkelerini içermektedirler.

Aydınlanmış olmak, söz konusu otonomi ve formellik ilkesini ayırıcı bir nitelik olarak sunarak, disiplinleri konu, amaç yöntem ve sınırları açısından kendilerine dışsal ve kendilerini aşan kaynaklardan ayırıp saflaştırmaya çalışmanın kendisi olarak tanımlandı. Özellikle bilimsel disiplin-

⁶ SIEYES, Emmanuel-Joseph, *An Essay On Privileges*, SONENSCHER Michael, Emmanuel-Joseph Sieyes *Political Writings*, Hackett Publishing, Cambridge, 2003, içerisinde, s:69.

⁷ POGGI Gianfranco, *Devlet Doğası, Gelişimi ve Geleceği*, çev. Aysun Babacan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2008, s:40.

linlerin saflaştırılması ve ayrıştırılması, Aydınlanma'dan bu yana dinden ve gelenekten kopuş olarak tanımlandı. Kuşkusuz bu tanımlamanın gerekliliğinin temelinde Kant'a göre, dine, önyargılara ve bürokrasiye tabi biçimde eylemekten kurtulacak yetkinliğe ve erginliğe sahip olmayan özne tanımlaması vardır. Kant'ın özneye ilişkin "ergin olmama"⁸ vurgusu, "aklını kullanma cesaretini göster"⁹ çağrısıyla birleşerek, kişilere, kendi aklını aşan ve aklına dışsal kaynaklardan bağımsız biçimde bilme, eylem ve hak ilkeleri tesis etmeleri çağrısında bulundu. Bu çağrıya uyan birey, aydınlanmış birey olarak toplumsal, politik, hukuksal ve kültürel edimlerin öznesi haline geldi. Aydınlanma, özneye, bilmek için aklın sınırlarını belirlemeyi ve yetilerini yeniden değerlendirmeyi salık verirken, pratik alanda akılsal veya sağduyuya dayanan eylemliliği, otonominin ve formelizmin temeli olarak belirledi. Aydınlanmış özne, aydınlanma tanımının kendisine bahsettiği yeti ve sorumlulukla, bilimden morale, hukuktan politikaya kadar pek çok disiplinin otonomisini tesis etmeye cesaret etti. Bu cesaret Kant'ta, hukukun kendi kuralları ve temellerini dinden, gelenekten ve tarihten ziyade, saf otonom akıldan ve ona sahip olanların ve onu kullanma cesaretini gösterenlerin elinde, hukukun otonomisi sorunsalını doğal hukuk geleneğinden koparma cesareti olarak yansıtır. Kopuş, Kant'a göre ahlâktan da bir kopuş değildir. Çünkü Kant, moral evrensel yasanın otonom ve formel niteliğini, hukuksal hak, adalet ve evrensel yasayı tesis edebilmenin koşulu olarak tanımlar. Hukukun sadece kurallar ve yasalar bütünü olmadığını, özgürlüğün yasalarını içerdiğini belirten Kant, politikanın temel referans noktalarını, kamusal hak, politik eşitlik ve bağımsızlık olarak belirler. Kant, aslında hukukun otonomisi sorunsalını karşılarken bir hak ve yasa teorisi değil, adalet teorisi de geliştirir. Bu yanıyla Kant, Machiavelli'de beliren ahlâk-politika ayrımını¹⁰ gidermek için, hukuku ahlâk ve politika arasındaki bir ilişki

⁸ KANT Immanuel, *An Answer to The Question: 'What is Enlightenment?',* Hans Reiss, *Kant's Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, içerisinde, s: 54.

⁹ A.g.e., s:54.

¹⁰ Machiavelli'nin klasik politika felsefesi geleneğine dair en belirgin eleştirisi, politik yaşamın merkezine erdemi almasıdır. Oysa Machiavelli, klasik politika kavrayışının gerçekçi olmadığını belirterek ahlâk ve politika arasında ayırım yapılmasını vurgular. Machiavelli'nin politikayı yeniden konumlandırma girişiminin temel argümanları için, bkz., STRAUSS Leo, *Politika Felsefesi Nedir? Paradigma yay.*, çev. Solmaz Zelyüt Hünler, İstanbul, 2000, s: 75-88.

kategorisi olarak sunar¹¹. Zira Kant'a göre, otonomi ve formalizm, sivil toplumu özgür, eşit ve evrensel bir biçimde tanımlamak için ve rasyonel, evrensel, otonom ve formel her türlü pozitif hukukun ve politik edimin meşru ve evrensel kılınması için gerekiyordu. Bu anlamda, pozitif hukukun tartışılmazlığının tesisi, hukukun, herkes tarafından kabul edilebilir olan insansal, bağımsız ve formel ilkelere dayanmasında görüldü.

HUKUKUN DEĞERDEN BAĞIMSIZLAŞTIRILMASI: HUKUKSAL POZİTİVİZM

Modernite, Kant'ın Aydınlanma mirasını, modern bilimin pozitivist niteliğinin temeline koyarak dinden ve gelenekten kopuşa, Kant'ın bu kopuşa dahil etmediği ahlâkı da katarak devraldı. Disiplinlerin kendilerini otonomi ve formalizme dayanarak tanımlama şekli, Aydınlanma ile beraber öznenin, aklın ve bilimlerin olduğu kadar, Machiavelli'de tohumları ekilen, hukukun ve politikanın da bu kopuşu gerçekleştirdiği müddetçe modern ve kullanışlı olduğunu ilan etti ve akli araçsallaştırdı.

Hukukun otonomisi de, pozitif normların analizlerine yönelerek, onları moral, psikolojik ve sosyolojik öğelerden temizlemeye, ayırmaya veya saflaştırmaya çalıştı. Hukuk, artık bir bilim olarak algılanmaya başlandı ve Hans Kelsen, hukuk biliminin yeni tanımını ve hukuksal pozitivistizmin amacını şöyle betimledi: “ Hukuk bilimi, yalnızca yasayı tanımladığı ve kesin biçimde yasa olmayan her şeyi bu tanımlamanın nesnesi olmaktan çıkarmaya çalıştığı için yasaya ilişkin saf bir teoridir. Teorinin amacı, hukuk bilimini yabancı öğelerden özgür kılmaktır.”¹² Bu noktada Kelsen, hukuk teorisinin fizik veya kimyadan daha az bir bilim olmadığını ilan eder. Artık hukuk, adaleti değil, kanunu ve yazılı prosedürleri hukukun otonomisi ve formelliğinin dayanağı olarak görür. Bu yüzden hukuk, moralitenin, psikolojinin, sosyolojinin ve politik teorisinin öğelerinden temizlenmeli, mevcut hukuksal metinlerin dışına çıkmama-

¹¹ Kant'ın Machiavelli ile modern politika kavrayışına hakim olan ahlâk-politika değer-olgu ayırımının karşısında, ebedi barış üzerine felsefi denemesinde moralite ve politika arasındaki uyumun zorunluluğuna dair incelemesi için bkz., KANT Immanuel, *Perpetual Peace: A Philosophical Sketch*, Hans Reiss, *Kant's Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, içerisinde, s: 125-130.

¹² KELSEN Hans, *Pure Theory of Law*, translated by Max Knight, University of California Press, California, 1967, s: 1.

lıdır. “...Bilimin hiçbir değer öne sürmemesi gerekir; sonuç olarak bilim, kendisini nesnelere iyi ya da kötü olarak yargılamadan açıklamakla ve tanımlamakla sınırlandırılmalıdır”¹³.

Saf hukuk bilimi kavrayışı, tanımı ve amacı gereği, yasa yapma ediminde de dönüşüme neden olur. Hukuksal bir yasanın geçerliliği, sosyolojik veya ideolojik hukuk dışı (extra-legal) kaynaklardan ziyade, başka bir yasadan, önceki ve üstün bir hukuksal yasadan, yani en yüksek ve nihai bir yasadan, öncül gelir. Bu öncül, yasaların kaynağına dair transandantal olan, yasal süreç içerisinde kaldığı anlamda otonom da olan bir kaynağa gönderir. Bu referans, aynı zamanda yasanın normativitesinin otonomisini savunmaya izin verir. Her pozitif yasanın içerdiği zorlama buyruğu, hukuksal bir otorite tarafından çıkartılan daha yüksek bir yasa tarafından onaylandığı müddetçe hukuksal bir yasa sağlar ve yasaları yazılı hukuksal kurallar ve prosedürlere uygun olarak üretir. Fakat yasanın içerdiği her zorlama emri ve iradi eylem, yasanın sahip olduğu geçerliliğine sahip değildir. Hiyerarşik olarak anayasaların diğer yasaları bağlayıcı niteliğinde olduğu gibi, hukuksal yapı, yasalar arasındaki prosedürel bir ilişki düzeyinde temellenir. Daha yüksek bir yasadan çıkartılan başka bir yasanın geçerliliği, yüksek bir diğer pozitif yasaya ve diğerlerine başvurularak tesis edilmiştir. Yasal düzenin sürekli şekilde bir helezon gibi yukarıdan aşağıya ve aşağıdan yukarıya hareket etmemesi için, hiyerarşik yasalar dizini, en yüksek, temel bir yasada nihai dayanağını bulur. Bir yasalar hiyerarşisi ve yasalardan başka hiçbir ögenin tartışılmasına dahi hukukun bağımsızlığı ve üstünlüğü adına izin vermeyen bir hukuk kavrayışında bu nihai son nokta, hukuksal sistemlerin en yüksek prosedürü, yasası olan anayasadır.

Bir toplumsal, politik yapıyı oluşturan toplumsal, politik veya hukuksal süreç ve sonucundaki anayasa, kuruluş biçimi ister zorlama ister iradi bir niteliğe dayansın, yasal düzenin kurulma anındaki temel karaktere işaret eder. Temel bir norma dayanan hukuksal, politik bir düzenin yasalarının türetimi, tikel yasaların temel yasaya, yani kurucu anayasaya uyumlu biçimde oluşturulduğu gösterilerek yapılır. Birinin başka birini

¹³ KELSEN Hans, “Science and Politics”, *The American Political Science Review*, Vol. 45, pp. 641-661, Sept., 1951, No: 3, s: 642.

hapiste tutarak özgürlüğünden mahrum bırakması gibi belirli bir zorlama eyleminin neden yasal bir eylem olduğu sorusuna yanıt, zorlama eyleminin bireysel bir norm ve yasal bir karar olarak öncelikle mahkeme sonra ceza yasası ve en sonunda anayasa tarafından buyrulduğu olacaktır. Yasal bir kararın geçerlilik statüsü, yetkili organ tarafından anayasa buyruğu şeklinde tesis edildiğinden dolayı anayasaya dayanır. Bu, kurucu anayasayı, kurucu olmasından dolayı hukuksal sistemin taşıyıcısı, onun cisimleşmiş hali olarak tanımlamak anlamına gelir ki bu, kurulu yasal düzeni hukukun yasa yapma faaliyetinin başvuracağı tek kaynak olarak tanımlamak demektir.

Kurucu anayasayı temel norm olarak belirlemek, hukuk düzeninin kendisinden çıktığı ilkenin niteliğinin, kurulma anında görülmesini sağlar. *Genel Yasa ve Devlet Teorisi'*nde Kelsen, kurucu anayasayı, hukuk düzeninin inşasında ve devamında tek yetkili, yasal ve nihai temel norm olarak görür. Zira temel norm, ilk yasa kurucular başarılı biçimde karar verseler de vermeseler de tesis edilmiş yasal düzenin yasallığını ve meşruiyetini ilan eder. Bu yüzden yasanın kaynağı ifadesi "... sonuçta tamamen yasal olmayan bir anlamda kullanılır... Bununla birlikte, moral normlar, politik ilkeler, yasal söylemler ve hukuk uzmanlarının görüşleri gibi yasa yapma organlarını etkileyen tüm o düşünceleri işaret eder"¹⁴ Böylece, aslında kurucu eylemin kim tarafından veya nasıl yapıldığının bir önemi kalmaz. Tarihsel olarak tesis edilmiş ve ne zaman kim tarafından nasıl tesis edildiğine ve adil olup olmadığına bakılmaksızın oluşturulan ilk anayasa, bu haliyle yasal düzeni ve yapıyı kurmayı gerçekleştirmiştir. Hukuksal pozitivizm, bu girişimi ve onun ilkelerini hukukun bağımsızlığının ve üstünlüğünün dayanağı olarak belirler.

HUKUKUN TAHAKKÜMÜ

Kuşkusuz ki hukukun üstünlüğü söylemiyle hukuksal normun geçerliliğinin ve meşruiyetinin dayanağını mevcut hukuksal prosedürlere ve çağın gereklerini karşılayıp karşılamadığı sorgulanmayan kurucu anayasaya dayandırma düşüncesi, sivil bir birliğin ifade ettiği "sivillik" ve

¹⁴ KELSEN Hans, *General Theory of Law and State*, translated by Anders Wedberg, Russell and Russell Publishers, New York, 1973.s:132.

“birlik” kavramının işaret ettiği bağıntıyı tesis etmekte iki nedenden dolayı yetersizdir. İlk olarak, sivil birlik düşüncesinin işaret ettiği sivillik ve birlik kavramları, kurucu olma edimini ve niteliğini hukukun bağımsızlığı ve üstünlüğü adına tarihteki geçmiş bir ana referans ederek kurucu edimin otonom, demokrat ya da despotik olup olmadığının tespit edilmesinin önemini göz ardı eder. Zira sivil birliğin kurucu ediminin niteliği, kurulan politik ve hukuksal düzenin işleyişini her zaman belirlemiştir. Bu bağlamda, kuruculuk ile kastedilen şey, bir ilkeyi, özellikle kurucu bir ilkeyi açığa çıkarır. Bu kurucu ilkenin despotik veya demokratik olması, hukuksal ve politik düzenin karakterinin, işleyiş ve yöntemlerinin de despotik mi demokratik mi olduğunu gösterir. Tarihteki bir anda kurucu edimden çıkan kurucu anayasa, aynı zamanda otonom, özgür ve iradi biçimde üyelerin bir dayanışmasını tabi ki içerebilir. Fakat hukukun bağımsızlığı ve üstünlüğü kavrayışı, kurucu anayasanın içerdiği ve değişmesi talep edilen kurallara karşı dokunulmazlık zırhı olarak da kullanılabilir. Bu yanı sıra araçsal bir hukuk kavrayışı ortaya çıkar. Hukuku mevcut yapının temel normuna bağlayan bir meşruiyet kavrayışı, içerikli ve manipülatif bir “ideolojik aygıt” olarak karşımıza çıkar ve öncelikle otonomisini kaybeder.

Diğer yandan, her türden yasanın ve hukuk sisteminin meşruiyetini tarihsel kurucu edimde görmek ve bu edimi hukukun üstünlüğünün ve bağımsızlığının ölçütü olarak benimsemek, hükümetlere herhangi bir yasaya veya hukuksal düzenlemeye karşı eleştirel veya dönüştürücü talep ve eylemleri hukuk-dışı olarak itham etme keyfiyetini verir. Bu, temel normda tanımlanmamış ya da tanımlanmış olsa da normun kapsamı, ilkesi ve işleyişinin sorgulanması talebi etrafında birleşen yurttaşların, bir normun değişmesi, dönüşmesi ve toptan kaldırılması isteğine dayanan kamusal eylemlerinin, yine modern hukuk sisteminin temel metinleri olan kurucu dokunulmaz anayasaya referansla değerlendirilmesini doğurur. Yani yeni bir anayasa önerisi etrafında birleşen bireyler veya kolektiflerin talepleri, değişmesi istenen anayasaya, yine değiştirilmek istenen norma bakılarak değerlendirilir. Kuşkusuz ki hukuksal sistemin otonomisi kaygısının bir ifadesi olan hukukun saflaştırılması söylemi, kendisini yukarıdan aşağıya ve aşağıdan yukarıya bir döngü içerisinde, yine kendi dokunulmazlığına dayandırır. Bu, norma ilişkin talep-

lerin karşılanması bir yana, mantıksal olarak bu talepler etrafında bir birlik veya dayanışma ediminin daha baştan engellenmesi demektir. Bu, gerek kurucu temel normun gerekse hukuksal ilk kurulan sistemin, kendisi içerisine kapalı ve vesayetçi mantığına işaret eder. Bu tür bir hukukun bağımsızlığı ve üstünlüğünü anlayışı, kamusal her ediminde bireylerin demokratik katılımını hukukun bağımsızlığı ve üstünlüğü adına dışarıda bırakabilir. Bu yüzden kurucu tarihe, önelere veya anayasaya, kısacası mevcut egemene itaatten başka bir eylem bırakmayan bir sistemde yurttaşlara kalan tek eylemin, itaatte dayanışma, yani boyun eğme olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Hukuksal pozitivist hukukun üstünlüğü ve bağımsızlığı tanımının temel dayanakları, modern devletin tanımını ve birliğini inşa ettiğine inanılan pozitif normların evrenselliğini ve ortak kabulünü tesis etmeye çalışarak hukuku politikanın aracı haline getirir. Hukukun otonomisi ve formelliği, özgürleşmenin, eşitliğin veya dayanışmanın değil, normların karşı konulamazlığının, değiştirilemezliğinin dayanağı olarak görülür. Dolayısıyla pozitivist hukukun tanımladığı biçimiyle karşı konulamaz ve değiştirilemez normlar, her durumun kendisine göre yargılandığı ölçütler olarak kabul edilerek, hukukun her şeyden bağımsızlığını ve her şeyin üzerindeki üstünlüğünü ilan eder.

SONUÇ

Sonuçta, bir bütün olarak modern hukuk kavrayışı, bir düzen teorisi oluşturma iddiasına dayanır. Fakat modern hukukun bu iddiası, hukuk teorisinin, tüm katılımcılarının bakış açılarını, politik yasa yapıcı yöneticileri veya özel hukuksal kişi ve yurttaşların rollerini kapsayarak incelenmesini engeller. Bu yanıyla, modern hukuk teorisi, öncelikle politik ve toplumsal bileşenler ve özellikle yurttaşlar için neyin iyi, doğru, haklı adil ya da tersi olduğuna dair bir *karar* ve yasal söylem teorisi olarak aynen kalır. Bu karar alanı içerisinde hukuktaki normlar ve insansal yaşam dünyasında biçimlenen değerler arasındaki içsel gerilim, yasal kesinlik ilkesi ve yasanın meşru bir uygulaması, yani doğru kararı vermek iddiası arasındaki gerilim olarak kendisini sunar. Söz konusu gerilim, Jürgen Habermas'a göre, hukuksal geçerliliğin iki boyutunu görünür kılar. "Bir yandan kurulu yasa, hukuksal biçimde beklenen davranışın zorlanma-

sını ve bunun sonucu olarak yasanın kesinliğini teminat altına alır. Diğer yandan da yasa yapma ve uygulama süreci, bu yolla sabitleştirilen beklentileri meşrulaştırmayı vaat eder¹⁵.

Habermas, iletişimsel eylem teorisine de nüfuz ettiği biçimiyle, aslında modern hukuk kavrayışının otonomi ve formalizm ilkelerini reddetmediğini hatırlatarak, modern hukukun sorunlarını çözebilmenin yolunu, söylem ilkesinden başka, yurttaşların öz-belirlenim pratiğinden önce verili hiçbir şeyi kabul etmemek olarak sunar. Bu nedenle söylem ilkesi, genel iletişimsel toplumsallaşma koşullarında tesis edilen hukuksal bir araçtır. Kısaca Habermas, meşruiyetin dayanağı sorusuna dair teorisinde, rasyonalitenin hukuksal bir araç olmanın ötesinde, aranan (iletişimsel) aklın boyutlarına bağlı olduğunu ve yasanın meşruiyetinin hukuka içkin bir rasyonaliteye dayandığını gösterir. Özetle, meşruiyet ne sadece hukuk biçimine dayanır (pozitivistlerin yaptığı gibi) ne de doğal haklar ve doğal hukukun hukuk-ötesi kurulumuyla ve ilkeleriyle uyuma dayanır. Hukukun meşruluğu, kendisinin bir rasyonaliteye sahip olduğu, yurttaşların özel ve kamusal otonomilerinin karşılıklı garantilerinin korunduğu gerçeğinden çıkar. Bu, iletişimsel eylemde varolan ve bağlayıcı sözsel edim gücüne, aynı zamanda müzakereci demokrasi modeline işaret eder.

Serimlediğimiz izlekte hukuk kavramsallaştırmasının tarihsel, toplumsal, felsefi ve politik zeminde ele alınış tarzı açısından tartışmanın günümüzde karşılaştığımız kavramsal çerçevesi “müzakereci demokrasi”dir. Müzakereci demokrasi, hukukun kavranılışını, ne doğal hukuk geleneğinin kaynak ve ilkelerinden ne de pozitivist hukuk kavrayışının dayandığı yasanın emrediciliğinden çıkarır. Bu yanılla serimlediğimiz çizgi içerisinde müzakereci demokrasi, her iki hukuk kavrayışının günümüzdeki egemenliğinin ve etkisinin bittiğini ilan ederken, çağdaş hukuk kavrayışında önemli bir alternatif olarak tartışılmayı hak etmektedir.

Müzakereci demokrasi, genel olarak hukuksal meşru yasama meselelerinin, yurttaşların kamusal müzakeresinden çıkarılmasına gönderme yapar ve rasyonel yasama, katılımcı politika ve sivil kendini yönetme

¹⁵ HABERMAS Jürgen, *Between Facts and Norms*, translated by William Rehg, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1998, s: 198.

düşüncelerine işaret eder. Kısacası, müzakereci demokrasi, yurttaşların pratik düşünömlerine dayanan politik bir otonomi, aleniyet ve müzakereyi vurgularken, ortam olarak demokratik, sivil bir birlik idealini sunar. Tam bu noktada sorulması gereken sorular şunlardır: Bu idealler uygulanabilir, hatta istenir midir? Kamusal müzakere tam olarak nedir? İlgi ve talepler çokluğunda karmaşıklaşan meseleler, geniş temelli katılıma imkan verilerek çözümlenebilir mi? Kültürel çeşitliliği barındıran toplumlarda politik sorunlara yönelik rasyonel çözümlere yaklaşmak için yurttaşların müzakeresini ummak makul müdür? Bu soruların yanıtı, müzakere edimini nasıl tanımladığımızıza bağılı olarak verilebilir. ▽

KAYNAKLAR

- DERRIDA Jacques, *Marx'ın Hayaletleri*, çev. Alp Tümertekin, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2007.
- HABERMAS Jürgen, *Between Facts and Norms*, translated by William Rehg, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1998.
- _____, "Modernity versus Postmodernity", *New German Critique*, No: 22, Winter, 1981, pp. 3-24.
- HOBBSAWN Eric, J., *Fransız Devrimine Bakış*, çev. Osman Akınhay, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2009.
- KANT Immanuel, *An Answer to The Question: 'What is Enlightenment?'*, Hans Reiss, *Kant's Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, içerisinde, s:54-61.
- _____, *Perpetual Peace: A Philosophical Sketch*, Hans Reiss, *Kant's Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, içerisinde, s: 93-131.
- KELSEN Hans, *General Theory of Law and State*, translated by Anders Wedberg, Russell and Russell Publishers, New York, 1973.
- _____, *Pure Theory of Law*, translated by Max Knight, University of California Press, California, 1967.
- _____, "Science and Politics", *The American Political Science Review*, Vol. 45, s: 641-661, Sept., 1951, No: 3.
- POGGI Gianfranco, *Devlet Doğası, Gelişimi ve Geleceği*, çev. Aysun Babacan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2008.
- ROUSSEAU, J. J. *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*, çev. Rasih Nuri İleri, Say yay. İstanbul, 1998.
- _____, *Toplum Sözleşmesi*, çev. Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası yay., İstanbul, 2006.
- SIEYES, Emmanuel-Joseph, *An Essay On Privileges*, SONENSCHER Michael, *Emmanuel-Joseph Sieyes Political Writings*, Hackett Publishing, Cambridge, 2003, içerisinde, s: 68-92.
- STRAUSS Leo, *Politika Felsefesi Nedir?* Paradigma yay., çev. Solmaz Zelyüt Hünler, İstanbul, 2000.

