

## GÜZEL SANATLARIN BİR DALI OLARAK DEVLET

*Sir Thomas More: Şeytanı yakalamak için kanunları mı çiğneyelim?  
Kendi güvenliğim uğruna Şeytanı da kanunların korumasına alıyorum.\**

Hürol Çankaya\*\*

### Özet

*Devletin yasadışı faaliyetleri ya da hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmesi, devlet teorisinde ve kamu hukukunda en çok tartışılan konulardan biridir. Hem devlet aklı kavramı hem de istisna hali kavramı bu tartışmaların odak noktasında bulunmaktadır. Hukuki sınırları belirsiz hale getiren sorun ise, yasal veya yasal olmayan bazı devlet faaliyetlerinin özellikle bu iki kavrama dayanmasıdır. Modern devletin şiddet tekeli üzerine inşa edilmesi ve egemenlik ilkesi, kurucu iktidar kavramını sürekli gündemde tutmaktadır. Modern devletin, istisna hali içinde ya da dışında, hukuku denklemin dışına koyması hususunda kurucu iktidarın rolü araştırmamızın rotasını çizmiştir. Bu çalışmada, anayasal bir düzende hukukun temel referans noktası olan kurucu iktidar kavramının, devletin yasadışı eylemlerinin de dayanağı olup olmadığı ele alınmaktadır. Anayasa ile kurucu iktidar arasındaki ilişkinin niteliği ve siyasi kriz dönemlerinde devletin “kuruluş anı”nı norm olarak kabul etmesi bu çerçevede değerlendirilmektedir.*

**Anahtar Sözcükler:** *Modern Devlet, Kurucu İktidar, Devlet Aklı, İstisna Hali, Hukuk Devleti.*

---

\* Robert Bolt, *A Man For All Seasons: A Play in Two Acts*.

\*\* Dr., Abant İzzet Baysal Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü.

## GİRİŞ

Thomas De Quincey, “Güzel Sanatların Bir Dalı Olarak Cinayet” adlı eserinde, cinayetlere karşı ironik olduğu kadar estetik mesafesini de koruyarak birçok ahlaki sorunun üstünü kazımaktadır. Derinleşen bu kazı, bizi vicdani meselelerle yüzleşmeye çağırmakta ve belki de alev alan utancımızla karanlığımızı aydınlatmaya çalışmaktadır.<sup>1</sup>

Rönesans döneminde yaşayan birçok kişi gibi Machiavelli de devleti bir “sanat eseri” gibi hayal ederek kavramıştır.<sup>2</sup> Devletin “güzelliği”nden ziyade doğruluğu ile ilgilenen Hegel’e göre, devlet bir sanat eseri değildir. Devletin varlığı rastlantı ve yanılğı alanındadır. Devleti düşünürken, herhangi bir devlet üzerinde durmadan sadece devlet fikrine odaklanmamız gerekir.<sup>3</sup> Devleti estetik kaygılardan uzaklaştıran Hegel, ahlaki yükümlülüğü de devletin ödevlerinden çıkarmakta ve devletin kendini koruma ödevini belirgin kılmaktadır. Devletin kusurları dahi onun ilahi güzelliğini zedeleyemeyecektir.

“Devlet akli” tekniği de bu büyülü “sanat”a dâhil edilmektedir. Devlet akli kavramı, keyfiliğe ve şiddete yönelik bir çağrışım yapsa da, eskiden devlet yönetme sanatına özgü bir rasyonalite olarak kabul edilmekteydi.<sup>4</sup> Hukuku deforme eden bir teorinin, sanat eseri olarak görülmek istenen devlete ne tür bir güzellik katacağı ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte, bu eserin inşa sürecinin, yani kuruluş anının da hukuki açıdan benzer bir kazıya ihtiyacı vardır.

---

<sup>1</sup> Thomas De Quincey, *Güzel Sanatların Bir Dalı Olarak Cinayet*, (Çev. İsmet Birkan), İletişim Yayınları, İstanbul, 2011.

<sup>2</sup> Bkz. Victoria Kahn, "Machiavelli's afterlife and reputation to the eighteenth century", *The Cambridge Companion to Machiavelli*, (Ed. John M. Najemy), Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 239-255.

<sup>3</sup> G.W.F. Hegel, *Philosophy of Right*, (Çev. S.W. Dyde), Batoche Books, Kitchener, 2001, s. 198.

<sup>4</sup> Michel Foucault, *Özne ve İktidar*, (Çev. Işık Ergüden - Osman Akınhay), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2000, s. 45.

Kamu gücünün görünmez bir alanda sınırlarını bilmek pek mümkün görünmediği için, derin sularda yüzdüğü düşünülen bir devlet yapısı, çözülmeyen bir cinayete benzemektedir. Modern devletin hayaleti olarak beliren bu kötü karakter, her tür hikâye için cazip görünmektedir. Bir anti-kahraman gibi, suçlarından geride iz bırakmayan bu gizemli yapı, belki de siyasi iktidarın doğal sınırlarına karşılık gelmektedir. Hayal edilen odur ki, derinlerde şiddetle hukukun zoraki birlikteliğine gerek yoktur. Yasa zincirinden bağını koparmış bir şiddet, devlete yeniden akıl vermektedir.

Batı Avrupa tarihi açısından egemenliğin nasıl icra edildiği ya da devletin meşruiyetini nereden aldığı tartışmasının takip ettiği rotanın beş yoldan ya da duraktan geçmesi mümkündür:

1-“Kralın İki Bedeni” kurgusu. 2-Egemenin hem ilahi gücü hem de halkı temsil ederek görünmezliğini görünür kılması. 3-Egemenin karar verme ve hukuku askıya alma niteliği. 4-Devletin şiddet tekeli. 5- Devletin biyopolitika aracılığıyla bireylerin hayatları üzerinde hâkimiyet kurması.<sup>5</sup>

Bu çalışmanın kapsamı, devletin modern biçimiyle yeni bedenine alışma sürecindeki egemenlik ve kurucu iktidar kavramlarının kurdukları denklemin istisna haliyle bozulup bozulmadığıdır. Devletin, istisna hali içinde ya da dışında, hukuku denklemin dışına koymasında kurucu iktidarın rolü odak noktamız olacaktır. Yanıt aramaya çalıştığımız soru ise şudur: Devletin hukuki sınırlar içinde veya dışında gösterdiği herhangi bir refleksin kaynağı “kuruluş anı” mıdır?

Kurucu iktidar kavramının bize sunduğu ve fiili olarak kabullenilmesi beklenen paradoks, hukuk ve siyasetin bir araya geldiği egemenlik zeminini sarmaktadır: Hukuki olan, hukuk dışı olandan türemiştir. Kurucu iktidarın fasit dairesi bu noktadan başlamaktadır. Devletin hukuk dışına çıkıp çıkamayacağı ya da hangi koşulda yasayı çiğneyebileceğine dair sorular, baştan devlet

---

<sup>5</sup> Saime Tuğrul, *Canım Sana Fedâ-Yeni Zamanların Kutsallık Biçimleri*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s. 75.

aklı tarafından olumlu yanıtlanmakta ve kamu gücünün sınırları, hukuken belirsiz bir çerçeve içinde emanet durmakta ve modern devlet, kendi gücünü tanımlamamaktadır. Kurucu iktidar kavramı üzerinden açık bırakılan bu kapı, aslında hukukun gölgelendiği bir tartışma alanına açılmaktadır.

## **HUKUKUN YANLIŞ TERCÜMESİ: DEVLET, YASA VE YASADIŞI**

Birinci Dünya Savaşı'nın, arkasında kapkara ve acımasız bir şiddet damgası bıraktığını belirten Hobsbawm, 1914 yılını milat olarak kaydetmektedir. 1914, tarihi bir dönüm noktası haline gelmiştir; çünkü daha önce benzeri görülmeyen yeni bir kümelenmeye insan gücü sağlanmaya başlanmıştır. Buna göre, hükümetlerin resmen üstlenmeye henüz hazır olmadıkları kirli işleri yapan, yarı resmi nitelikte ya da faaliyetlerine göz yumulan vurucu güçler ortaya çıkmaya başlamıştır. 1914 senesi, uygarlığın barbarlığa doğru gerilemesi anlamında bir kırılma noktasıdır.<sup>6</sup>

Mutlakiyetçi geleneğin değil, ama demokratik-devrimci geleneğin ürünü olarak görülen modern istisna halinin kökü ise 1789 sonrası Fransa'ya uzanmaktadır. Ancak istisna halinin asıl yaygınlık kazandığı dönem Birinci Dünya Savaşı ve sonrasıdır. İki dünya savaşı sırasında ve arasında hüküm süren istisna hali, demokratik rejimlerdeki dönüşümün simgesidir. Geçici ve denetlenebilir bir yetkinin kullanımı demokratik anayasalarla bağdaşsa bile, sistematik ve düzenli bir kullanım demokrasiyi aşındırmaktadır. Agamben'e göre, Birinci Dünya Savaşı ve onu izleyen yıllar, istisna hali mekanizmalarının yetkinleştirildiği bir zaman dilimi olmuştur. İstisna hali uygulamalarının laboratuvarı olan bu dönem, istisna halinin yürütme gücü üstünde belirlenen temel niteliklerinin kalıcı bir yönetim anlayışına dönüşmesi eğilimine de tanıklık etmiştir.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Eric Hobsbawm, *Tarih Üzerine*, (Çev. Osman Akınhay), Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 1999, s. 389-390.

<sup>7</sup> Giorgio Agamben, *Olağanüstü Hal*, (Çev. Kemal Atakay), Varlık Yayınları, İstanbul, 2008, s. 12-15.

Devletlerin ulusal güvenliğe yönelik tehditlere karşılık talep ettiği ihtiyari güçlerdeki artışa dikkat çeken Arditi, bu durumun her türden ayrımı bulanıklaştırdığını düşünmektedir. Yasa koyma ile uygulamanın birbirine bulaşması, yürütmenin yasaların gözetilmesinden feragat edebileceği ve güvenlik adına istendiği zaman yasaların fiilen değişebileceği anlamına gelmektedir. Bu kuşkusuz yeni bir şey değildir ama kaygı vericidir. “Her ne gerekiyorsa yapma” hakkı, siyaset algısını değiştirmekte ve otoriter popülizmle özdeşleştirmektedir.<sup>8</sup>

Kant, “Ebedi Barış Üzerine Felsefi Bir Deneme” adlı eserinde, kamu hukukunun aşkın formülünü dile getirir: “Başka insanların haklarıyla ilgili olan ve dayandığı düsturlar aleniyetle uzlaşmayan bütün eylemler adalete aykırıdır.”<sup>9</sup> Bu ilke sadece ahlaki bakımdan bir zorunluluk değil, insan haklarıyla ilgisi bakımından da hukuki bir ilkedir. Tabii olanların bilmediği gizli bir yasa, ancak despotluğu meşrulaştırmaya yarar. Başarı kazanması için gizli tutulması gereken ve izlenen amacı yok etmeden açığa çıkamayacak bir düstur, herkesi tehdit eden bir adaletsizliktir.<sup>10</sup>

Zizek, Kant’ın aynı eserinde yer alan bir muğlâklığa dikkat çeker.<sup>11</sup> Kant’ın eserinin İkinci Ek’i “Ebedi Barışın Gizli Maddesi” başlığını taşımaktadır. Kant, kamu hukukuna dair bir sözleşmede gizli bir madde bulunmasının nesnel bakımdan bir çelişki taşıdığını kabul etmektedir. Ancak öznel nedenlerle istisnaya bir kapı aralanmıştır bile.<sup>12</sup>

Modern devletin teorik çerçevesine sığmayan yasadışı devlet faaliyetlerinin gündeme gelmesi daha çok hukuk devleti tartışmalarında karşımıza çıkmaktadır. Kamu gücünün hukuki

---

<sup>8</sup> Benjamin Arditi, *Liberalizmin Kıyılarında Siyaset*, (Çev. Emine Ayhan), Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s. 97-99.

<sup>9</sup> Immanuel Kant, *Ebedi Barış Üzerine Felsefi Bir Deneme*, (Çev. Yavuz Abadan - Seha L. Meray), AÜSBF Yayınları, Ankara, 1960, s. 50.

<sup>10</sup> *a.k.*, s. 50.

<sup>11</sup> Slavoj Zizek, *Ahir Zamanlarda Yaşarken*, (Çev. Erkal Ünal), Metis Yayınları, İstanbul, 2011, s. 32.

<sup>12</sup> Kant, *a.g.k.*, s.36.

sınırlar içinde kullanılması kabulü üzerine kurulu olan bir çerçeve bulanık hale geldikçe, yasal ve yasal olmayan alan üzerindeki sınır çizgisi silinmektedir. Yasadışı faaliyetler çoğunlukla ülke içinde şiddet kullanılmasıyla gün ışığına çıksa da, devletlerin güçleri oranında bu tür faaliyetler uluslararası siyasetin bir parçası olmaktadır.<sup>13</sup>

Tesadüf sonucunda ortaya çıkan herhangi yasadışı bir faaliyet, iki tür hukuki refleksiyle karşılanmaktadır: Kamu görevlilerinin kişisel suçu ya da nadir olarak devletin sorumluluğu üstlenmesi. Faaliyetin arkasındaki siyasi akıl, devlet sırrı ve milli güvenlik hattı üzerinden “yasal” bir zemine sürüklenmekte veya parlamento kararlarının çatısı altında kaybolmaktadır. Hukuki sınırlardaki bu taşkınlık yargıya havale edildiğinde, devletin anayasal sınırları tekrar görünür kılınmaktadır. Ancak bu med-cezir, hukuki pozitivizmin güvenli limanını açığa almakta ve devletin tüm faaliyetlerinin yasal çizgide yürümediğini göstermektedir. Yasama ve özellikle yürütme fonksiyonu, anayasal gölgelerinin ötesinde kalmaktadır. Yargı fonksiyonu bu bölgeye uzansa bile artık ortada hukuki bir özne yoktur. Elbette bütün bu saptamalar, hukuk devletinin kendini gösterdiği bir anayasal düzende yapılabilir.<sup>14</sup>

Devletin kendine özgü bütünsel ve sürekli bir varlığı olduğuna dair bir anlamlandırma yapmadan, devlet akli kavramı üzerine düşünmek kolay değildir. Bu varlığı korumak için her türlü yola başvurma, herhangi bir sınırlama olmadan karar alma ve uygulama imkânı olarak devlet akli kavramının, Hobbes tarafından çizilen modern devletin kuramsal çerçevesi olmadan değerlendirilmesi de mümkün görünmemektedir.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Ayşegül Sabuktay, *Devletin Yasal Olmayan Faaliyetleri*, Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s. 24-26.

<sup>14</sup> *a.k.*, s. 31.

<sup>15</sup> Ozan Erözden, “Makyavelizm, Hikmet-i Hükümet ve Modern Devlet”, *Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite*, (Haz. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2012, s. 70.

## YENİ POLİTİK KURGU: MODERN DEVLET VE EGEMENLİK

Devlet ideolojisinin esası, iktidarın iki unsurunun bir araya getirilmesidir: Güç ilkesi ve onun kullanım biçimi. Mairret'ye göre, egemenlik meselesi sadece bir kavram mücadelesinin kaynağı değildir. Egemenlik, iktidarın ilkesi ve kullanımının bulunduğu bir ortamdır. Bu ortam iktidarın kutsal olanla bağlantısının alt üst olduğu bir zemine dayanmaktadır. Bir güçle diğeri arasında gidip gelen Orta Çağ, modern devletin sunduğu çözümü, yani aynı birlik içinde iktidar ile onun kullanım biçiminin çakıştırılmasını bulamamıştır.<sup>16</sup>

Egemenliğe dair sorun, siyasi iktidar öznesinin, yani hukuken ya da fiilen gücü kullananın kim olduğunu bilme sorunudur. Egemenlik, bir soyut güç olarak devleti, siyasi gücü kullandıktan ayırmıştır.<sup>17</sup> Mairret'nin ifadesiyle, modern devletin kurucu efsanesi budur.<sup>18</sup>

İktidar ilişkisi, iktidarın kaynağı<sup>19</sup> ( İlke-Yasa) ile uygulama<sup>20</sup> (Kılıç) arasında kurulmuştur. Meşru olduğu inancıyla desteklenen iktidarın uygulamalarına rıza gösterilmektedir; aksi halde halk, kaba güçle karşı karşıya demektir. Modern devlete kadar Yasa ve Kılıç arasındaki ilişki dışsallık içerir biçimde gerçekleşmiştir. İktidar ilişkisinin kaynağına, toplumu veya yöneticiyi aşan bir aşkınlık atfedilmiştir ve bu da kutsallığı beraberinde getirmiştir. Geleneksel olarak kurucu atalarda ya da semavi yaratıcıda tahayyül edilen kural kaynağı ile toplumun kendisinde veya yöneticilerde cisimleşen uygulama arasına bir duvar çekilmiş ve Yasa ile Kılıç ayrı ve bir araya gelemeyecek mekânlara yerleştirilmiştir. Bu duvarı kaldıran ve kuralın kaynağı

---

<sup>16</sup> Gérard Mairret, "Padovalı Marsilius'dan Louis XIV'e Laik Devletin Doğuşu", (Çev. Cemal Bâli Akal), *Devlet Kuramı*, (Der. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s. 219.

<sup>17</sup> Cemal Bali Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 1998, s. 70-73.

<sup>18</sup> Mairret, *a.g.k.*, s. 237.

<sup>19</sup> Auctoritas.

<sup>20</sup> Potestas.

ile uygulamasını tek elde toplayan ilk siyasi yapı modern devlettir. Modern devlet teorisinde Yasa ile Kılıcın aynı yerde bir araya gelmesini ve birleşmesini sağlayan kavram ise egemenliktir.<sup>21</sup>

Hukuku belirleyen bir kavram olarak egemenlik, hükümdar üzerine inşa edilirken, teolojik anlayışla bağı kopmamıştır. Egemenliğin, her şeyin üstünde ve her şeye gücü yeten hükümdara devredilmesiyle birlikte sekülerlik sağlanmıştır. Tanrı'nın gözünün kulları üzerinde olması gibi hükümdarın gözü de artık tebaasının üzerindedir.<sup>22</sup> Zamanla egemenliğin nesnelleşmesi, kişinin değil ama yasanın hükmüne yönelik bir yönetimi belirgin hale getirmiş ve "hukuku hakikat değil otorite belirler" formülü ortaya çıkmıştır. Metafizik temeller üzerine kurulu hukuk düzeninden uzaklaşmış ve hükümdarın buyruğu hukuki geçerlilik için yeterli sayılmıştır. Bu halde yeniçağın başındaki devlet, bir yasama devletidir. Toplumun yasalarla biçimlendirilmesi ve kuralları yürütecek kurumların oluşturulması ile birlikte eski hukuk kaldırılmıştır. Gelenekten bu kopuş, ancak kendi yeni yasalarını geçerli kılacak bir hükümdar iradesi ile sağlanabilmiştir. Yurttaş yasalara boyun eğmek zorundadır ve egemenin gözü yasalar biçiminde yurttaşlarını gözetmektedir. Bu tür bir hükümdarlık tekniği, yeniçağın egemeninin de hareket alanını daraltmaya başlamıştır. Egemenin koyduğu yasalar, egemenliği nesnelleştirmekte ve yasayla hükmeden ister istemez yasaya bağlanmak zorunda kalmaktadır.<sup>23</sup>

Bodin'in 16. yüzyılda tanımladığı şekliyle klasik egemenlik, herhangi üstün bir otoriteye bağlı olmadan kural koyabilme ve konulan kuralları değiştirme veya ortadan kaldırabilme yetkisidir. Bu içeriğiyle egemenlik, ortaçağ Avrupa siyasi düşüncesinden kopmaktadır. Ortaçağ Avrupa siyasi düşüncesinde temel yasaları yapma yetkisi Tanrı'dadır ve bu

---

<sup>21</sup> Erözden, *a.g.m.*, s. 68.

<sup>22</sup> Michael Stolleis, *Yasanın Gözü*, (Çev. Arif Çağlar), Kitap Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 27.

<sup>23</sup> *a.k.*, s. 35-36.



yetki, gökler imparatorluğu açısından kutsal düzeni tanımlamak yoluyla kullanılmaktadır. Kutsal düzende ölümlülerin herhangi bir tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Yine Tanrı'nın kurduğu yeryüzü imparatorluğunda ise *auctoritas* (Yasa) kilisenin, *potestas* (Kılıç) ise soyluların elindedir. Bu nedenle yöneticiler, yasaları uygulamaktan öteye geçemeyen birer görevlidirler. Egemenlik kavramı, mevcut yapıyı sarsmış ve modern devlet tarihinde ilk defa kutsal olan ve kutsal olmayan alana aynı kurumu, yani devleti yerleştirmiştir.<sup>24</sup> Yasa ve Kılıç aynı elde birleşmiş ve bu mutlu son modern devleti daha önce görülmemiş biçimde muktedir bir iktidar odağı haline getirmiştir.

16. yüzyılda şekillenmeye başlayan modern devletin ayırt edici niteliklerine bakıldığında, Orta Çağ'da “devlet” var mıydı sorunu başka bir tartışma konusu olmakla birlikte,<sup>25</sup> öne çıkan unsurlar şu şekilde sıralanabilir: Şiddet araçlarının tekel denetimi, toprak, egemenlik, anayasallık, yetki/meşruiyet, kişisel olmayan iktidar, bürokrasi, yurttaşlık.<sup>26</sup> Weber, devletin tanımında şiddet araçları üzerindeki devlet denetimine önem vermektedir. Modern devlet, diğer siyasal birlikler gibi, sosyolojik olarak ancak kendine özgü somut araçları açısından tanımlanabilir; o da fiziksel güç ve şiddet kullanımudur. Bu çerçevede en bilinen devlet tanımlarından birini yapmıştır: “Devlet, belirli bir toprak üzerinde fiziksel şiddetin meşru kullanımını tekelinde bulunduran insan topluluğudur”. Devlet, şiddet kullanma “hakkı”nın tek kaynağıdır.<sup>27</sup>

Tilly, modern devlet sürecinde şiddet araçlarının denetlenmesi, yönetilmesi ve tekelleştirilmesi eğiliminde yer alan bir tezada dikkat çekmektedir: Dünyanın pek çok bölgesinde devlet sahasında meydana gelen şiddet ve devletten uzak sivil yaşamdaki şiddet dışılık arasındaki ölçsüzlük. Bu tezadın yaratılmasında başı Avrupa devletleri çekmiştir. Sivil halkı şiddet

---

<sup>24</sup> Erözden, *a.g.m.*, s.69.

<sup>25</sup> Bkz. Mairet, *a.g.k.*, s. 215-242.

<sup>26</sup> Christopher Pierson, *Modern Devlet*, (Çev. Dilek Hattatoğlu), Çiviyazıları Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 24.

<sup>27</sup> Max Weber, *Sosyoloji Yazıları*, (Çev. Taha Parla), Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1993, s. 80.

araçlarından arındırırken, kendileri korkutucu boyutta zor araçları inşa etmişlerdir. Devlet lehine dengenin değişmesi, devletin silahlı görevlilerinin silahsız sivillere karşı koymasının normal görünmesini sağlamıştır. Weber'in devlete dair görüşü bu noktada anlam kazanmaya başlamıştır.<sup>28</sup>

Elias'a göre, şiddet araçlarını tekeline alan devletin bu icadı muğlak bir yeniliktir. Bir yandan ülke içinde barış sağlanmıştır; ama diğer yandan devlet tarafından denetlenen barış süreci, uluslararası ilişkilerde geçerli değildir. Özü şiddet olan savaş, hem devletlerin şiddet tekellerini hem de uyruklarının şiddet içermeyen medeni koşullarını sürekli tehdit etmektedir.<sup>29</sup> Keane'e göre Elias şunu söylemek istemektedir: Şiddet araçlarının bir azınlığın elinde kalmasının getirdiği güç, başka devletlere ve onların halklarına karşı savaşmak için kullanılacağı için, savaş ya da savaş söylentisi, uygarlaşma sürecinin her yerde hazır bulunan koşullarıdır. Şiddet tekelinin kontrolü nedeniyle devletler, yaşamı tehdit eden bu gücü kendi uyruklarına da yöneltebilirler. Merkezinde yoğunlaşmış silahlı güçlerin yer aldığı modern devlet, bir tahakküm aygıtı olarak işlemektedir.<sup>30</sup>

Modern devleti kendiliğinden gelişmiş bir yapı olmaktan ziyade suni bir yapı olarak gören Poggi, bu görüşünü inşa edilmiş bir çerçeve olarak devlet kurma konusundaki modern düşünceye dayandırmaktadır. Modern devlet, yani bu "suni" gerçeklik, bir kez "kurulduktan" sonra bir devlet olarak sürekli bir amaca ya da işleve yönelik faaliyet göstermektedir. Sadece ortaya çıkış süreci için değil, gelecekteki varlığı için de bir gerekçe oluşturan bir mekanizmadır.<sup>31</sup> "Devlet kurma" düşüncesini de sorgulayan yazar, "kurma" faaliyetinin öznesi olan ve kendilerini coğrafya, dil, etnik yapı veya kültürel açıdan farklı gören insanların, sadece bu farklılığa yönelik siyasi güvence aradıklarını ifade etmektedir.

---

<sup>28</sup> Charles Tilly, *Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu*, (Çev. Kudret Emiroğlu), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2001, s. 125-127.

<sup>29</sup> Aktaran John Keane, *Şiddetin Uzun Yüzyılı*, (Çev. Bülent Peker), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 1998, s. 32-33.

<sup>30</sup> *a.k.*, s. 34.

<sup>31</sup> Gianfranco Poggi, *Modern Devletin Gelişimi*, (Çev. Şule Kut – Binnaz Toprak), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 117.

Farklı tarihsel olayların belli bir tasarımı gerçekleştirmek için bir araya geldikleri gibi bir anlam içeren “devlet kurma” benzetmesine kuşkuyla yaklaşmak gerekir.<sup>32</sup>

İktidarın kalıcı olabilmesi için onay görmesi gerektiği; aksi halde şiddet dalgası içinde kaybolup gideceği olgusu, Bodin’den Kelsen’e kadar birçok hukuk kuramcısını harekete geçirmiştir. Bu konu üzerine düşünen yazarların cevapları birbirinden farklı olsa da “referans” fikri öne çıkmaktadır. İnsanlar, iktidarı ancak parçası oldukları bir anlamı referans aldığı anda kabul etmektedirler. İktidar, kendi oyununu ancak meşruiyet sahnesi üzerinde sergileyebilecektir. Modern devletin icadında bir hukuk tekniği olarak iktidara “hakkı”nın teslim edilmesi, zaman içinde ölümsüzlüğün el değiştirmesini beraberinde getirmiştir. Egemenlik, asla ölmeyen kraldan, geçmişten geleceğe uzanan hayali bir köprü gibi inşa edilen ve sürekli kendini yenileyen millete geçmiştir.<sup>33</sup> Diğer bütün iktidarlara boyun eğdiren bir egemenlik, tek bir iktidar kaynağı yaratarak ve sürekli kendisine gönderme yaparak var olmaktadır. Doğaüstü bir manzara çizen bu egemenlik tablosu, ister istemez totaliter bir figürü de içinde saklamaktadır. Ölümsüz ve her şeye muktedir bir egemenlik, yasal alana geldiğinde devlet aracılığıyla kamu gücü olarak günlük hayata yerleşmekte ve varlığını hissettirmektedir. İktidar ve otorite ayrımının Batı’daki uzun tarihi, bu iki kavramın modern devletin içinde erimesiyle sona ermiştir.<sup>34</sup>

Anayasa kuramının temellerinin atılmasıyla, halk kendisini herkesin kararıyla kabul edilmiş “yasa”lar aracılığıyla yönetmek istemiş ve egemenlik kuramında merkezi hale gelmiştir. Artık topluma bekçilik edecek ne Tanrı ne de hükümdar vardır. Kendi kendisinin egemeni olan halk, uyumayan ve hiçbir şeyi gözden kaçırmayan bekçi olarak “yasa”yı işaret etmektedir. Tanrı’dan hükümdara ve oradan da yasaya doğru ilerleyen rota, bu kez Schmitt’in ünlü teşhisini ortaya çıkarmaktadır: Modern devlet

---

<sup>32</sup> a.k., s. 120.

<sup>33</sup> Alain Supiot, *Homo Juridicus*, (Çev. Bige Açımız Ünal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2008, s. 157.

<sup>34</sup> a.k., s. 167.

öğretisinin tüm kavramları “sekülerleşmiş teolojik kavramlar”dır.<sup>35</sup> Yasa, yeni hükümdar olarak millete kol kanat germiş ve “yasa”nın egemenliği ile gece gündüz gözetimde olan hukuk, ulus devlet olgusunun birleştirici unsuru olarak da karşımıza çıkmıştır.<sup>36</sup>

Yasa üzerindeki bu mistik sis, 19. yüzyılla birlikte dağılmaya başlamış ve toplumu yönlendirmenin modern bir aracı olarak hayal kırıklığına yol açmıştır. Topluma verilen bu siyasi emrin konusunun herhangi bir şey olabildiği ve gelinen aşamada yasanın içeriğinin boşaltıldığı fark edilmiştir. Bunun nedeni ise özellikle büyüyen sosyal sorunların çözümüne yasanın mesafeli kalmasıdır. “Yasa” körleşmiş ve artık ikna gücünden uzaklaşmıştır. Stolleis’e göre, bu eşikten 20. yüzyılın karanlığına geçilmiştir.<sup>37</sup> Yasanın egemenliği değil araçsallığı ön plana çıkmış ve “her zaman haklı” olduğunu iddia eden bir devlet aygıtının da yasaya bu haliyle ihtiyacı kalmamıştır. “Devletin gözü” ülke üzerinde gezinirken, yasasız bir Leviathan hayal ürünü müdür bilinmez; ama Stolleis’in deyiimiyle Tanrı’ya benzemekle gayri insani olmak meselesi birbirine tehlikeli biçimde yakındır.<sup>38</sup>

Arendt’e göre, egemenliğe ve hükümdarların kutsal haklarına dair yeni kuramlar olmasına rağmen, hükümdar varis değil zorla tahta geçendir. Laiklik ve yeni dünyevi alanın Kilise vesayetinden kurtulması, kaçınılmaz biçimde yeni bir otoritenin nasıl kurulacağı sorununu doğurmuştur. Mutlakiyet, otorite sorununu yeni bir kuruluşun devrimci yollarına başvurmadan çözmek istemiştir. Sorun, verili bir düşünce çerçevesinde giderilmişti ama bu çerçevede de yönetimin meşruiyeti, bu dünyadan olmayan bir kaynakla ilişkilendirilmiştir. Bir otoritenin dini yaptırım olmadan düşünülemez bir hale gelmesi mutlakiyetin dünyevi doğası gereğidir. Devrimler, geçmiş zamanın ruhuna bulaşmamış yeni bir otorite tesis etmeyi amaçladıklarında, eski

---

<sup>35</sup> Stolleis, *a.g.k.*, s. 37.

<sup>36</sup> *a.k.*, s. 44-47.

<sup>37</sup> *a.k.*, s. 53.

<sup>38</sup> *a.k.*, s. 54

sorunu görünür kılmaktan başka bir şey yapmamışlardır. Bu sorun ise, hukuk ve iktidar meselesi olmaktan ziyade, yürürlükteki mevzuata geçerlilik sunacak bir hukuk kaynağı sorunudur; dolayısıyla iktidarın meşru kaynağına dairdir.<sup>39</sup>

Kralın iki bedeni kurgusu ile egemen, görünmez iktidarını görünür kılmaktadır. “Tanrı’nın saltanatı vardır ama yönetmez” formülü, Tanrı egemen olsa da, hükümet etme işini varlığında cismanileştiği Oğlu’na bırakmaktadır. İktidarın tek kişide toplandığı monarşi, kendini Tek Tanrı-Tek Kral denkliği üzerinden kurmaktadır.<sup>40</sup> Tanrısal görünmezlik modeli tersine çevrilmiş gibidir. Yeni egemenlik biçiminde görünür iktidar, kendisini görünmez kılmaya çalışmaktadır.

Meinecke açısından devlet tarih dışıdır.<sup>41</sup> Bu siyasi yapının zamana ve çevre koşullarına göre değişmeyen, hep aynı kalan bir özü vardır: Devlet akli. Devletin diğer toplumsal örgütlenmelerden farklı bir yönü vardır. Dini yapılar dâhil, tüm toplumsal örgütlenmeler var oluşlarını üstün bir ilkeye dayandırmaktadır ve herkesin o ilkeyi gözetmesi şarttır. Oysa devlet, iktidarı ve toplumsallığı bir araya getirirken hukukun da koruyucusudur. Elbette devlet de üstün bir ilkenin varlığına ihtiyaç duymaktadır. Ancak paradoks burada ortaya çıkmaktadır ki, hukuku ve dayandığı üstün ilkeyi çiğnemediği devlet var olamaz.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Hannah Arendt, *Devrim Üzerine*, (Çev. Onur Eylül Kara), İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s. 212-213.

<sup>40</sup> Tuğrul, *a.g.k.*, s. 79.

<sup>41</sup> Meinecke’nin bu yaklaşımında modern devleti, diğer devletlerden ayırtmak gerekmektedir. Modern devlet, farklı bir kurgu üzerinden yükselmektedir. Devletin tarih dışı bir kategori olarak ele alınması üzerinde bir uzlaşma yoktur. Ayrıca devlet, yöneten/yönetilen ayrımı üzerine kurulu tüm siyasi yapıların ortak adı olarak kabul edilse bile, modern devletin diğer devlet tanımlarından ayrı bir konuma yerleştirilmesinde fayda vardır. Modern devlet, Batı Avrupa coğrafyasında 14. ve 17. yüzyıllarda temeli atılan kendine özgü bir siyasi tipi olmakla birlikte, 19. ve 20. yüzyıllarda küresel yaygınlık kazanmıştır. Modern devleti, tarihte kendisinden önce yer almış diğer siyasi örgütlenmelerden ayıran en önemli nokta, daha önce de belirtildiği gibi iktidar ve meşruiyet kurgusuna getirdiği yeni biçimdir. Bkz. Erözden *a.g.m.*, s. 66.

<sup>42</sup> Erözden, *a.g.m.*, s. 66.

## MODERN DEVLETİN HİKMETİ

“Bir devlet, yıkılmaması için nasıl kurulmuş olmalıdır?”<sup>43</sup> sorusu, sadece kuruluş anının mimarisini değil, aynı zamanda devletin sürekliliğine dair kaygıları da içermektedir. Devlet akli ya da hikmet-i hükümet, en yaygın kullanılan biçimde, devletin güvenliğini sağlamak, varlığını korumak amacıyla olağan koşullar altında geçerli olan hukuk kurallarını çiğnemenin haklı görülmesi anlamına gelmektedir. Kavramı ilk kullanan kişi olan Botero, devleti bir insan topluluğu üzerinde istikrarlı bir yönetim, hikmet-i hükümeti ise böyle bir yönetim kurma, devam ettirme ve genişletme yollarının bilgisi şeklinde tanımlamaktadır.<sup>44</sup>

Kavramın modern tarihini ele alan Meinecke ise, devlet aklını devletlerin bir numaralı hareket yasası olarak değerlendirmektedir. Yazara göre, devletin zirvesinde iktidar hırsıyla ahlaki sorumluluk arasında, *Kratos* ve *Ethos* arasında kurulan köprü olan devlet akli, devlet yöneticisine devletin varlığını ve gücünü korumak için ne yapması gerektiğini söyler. Devletin zirvesine çıkan, devletin gücünü koruma adına gerektiğinde etik ilkeleri ve hukuk kurallarını ihlal edebilmelidir. Ancak yönetilen siyasi birimin devamlılığı adalet, hakkaniyet gibi ilkelerin hayata geçirilmesini de gerektirebilir. Bu durumda devlet akli, ilkeleri üstün tutmaktır. Kısacası devlet akli, bazen adil olmayı bazen de hukuku çiğnemeyi gerektirebilir. Önemli olan bunları iktidar hırsından sıyrılmış biçimde doğru zamanda doğru sırayla yapabilmektir.<sup>45</sup> Foucault açısından devlet akli ilahi, doğal ya da insani yasalara göre bir yönetim sanatı değildir. Dünyanın genel düzenine saygı göstermesi gerekmektedir. Kısaca devletin gücüne uygun olarak yönetmektir.<sup>46</sup>

Yöneticiler, devletin varlığının ve çıkarlarının kendi varlıklarından üstün olduğunu düşündükleri sürece her şey yolunda gidebilir. Devletin kendi varlığını güvence altına almak

---

<sup>43</sup> Macit Gökbek, “Hegel’in Devlet Felsefesi”, *İstanbul Üniversitesi Felsefe Arkivi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2-3, 1946, s. 99.

<sup>44</sup> Erözden, *a.g.m.*, s. 63-64.

<sup>45</sup> Aktaran Erözden, *a.g.m.*, s. 64

<sup>46</sup> Foucault, *a.g.k.*, s. 47.

için çıkardığı yasalar zaten yöneticiler tarafından aynen uygulanmalıdır. Mesele yönetilenlerin arasındaki bazı insanların devletin varlığına katılmayı reddetmesidir.<sup>47</sup> O halde ne zaman yasalara uyulmayacaktır? Diğer bir seçenek olarak da yasal hat üzerinden devletin göstereceği “olağanüstü” refleksin ne tür bir boyuta ulaşacağı sorusu akla gelmektedir.

Devlet akli kavramı, devletin kendine ait bir varlığı olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Dolayısıyla, devlet akli için kurumsallaşmış siyasi iktidarı süreklilik unsurunu da içerir şekilde kavrayan bir bakış açısı gerekmektedir. Bu da bizi modern devlet kavramına geri götürür. Modern devlet teorisinin omurgası olan saf egemenlik kavramı devlet akliyle örtüşmektedir.<sup>48</sup>

Devlet sırrı, devletin kendini düşmanlarından koruması ihtiyacının ötesinde politik kültüre bağlanmaktadır. Ancak Neocleous, politik kültüre dair iddiaların gerçeğin üzerini örttüğünü düşünmektedir. Buna göre, gizlilik perdesiyle örtülen şey, devletin özünden başka bir şey değildir. Weber de benzer şekilde, devlette gizlilik eğiliminin ulusal kültürle ilgisinin çok az olduğunu belirtmiş ve devlet iktidarının maddi doğasını işaret etmiştir.<sup>49</sup> Devlet akli doktrini, siyasal bilginin kamuoyu tartışmasıyla değil, egemen ve onun önde gelen memurları tarafından geliştirildiğini savunmaktadır. Gizlilik, yönetimin ve merkeziliğin kaçınılmaz bir özelliğidir.<sup>50</sup>

Devlet akli, geleneksel yapıdan modern devlet örgütlenmesine geçişte daha farklı bir rol oynamaktadır. Modernlik ile devlet akli arasındaki bağ burada daha netleşmektedir. Devlet aklinin referans olduğu ve yaygın itibar gördüğü 17. yüzyılın özellikle ikinci yarısı, bireysel hukuki konumların kamu yararı gerekçesiyle sınırlanmasını veya

---

<sup>47</sup> Erözden, *a.g.m.*, s. 80

<sup>48</sup> *a.k.*, s. 65-66.

<sup>49</sup> Mark Neocleous, *Devleti Tahayyül Etmek*, (Çev. Akın Sarı), Nota Bene Yayınları, Ankara, 2014, s. 110.

<sup>50</sup> *a.k.*, s. 111.

kaldırılmasını meşrulaştıracak nedenlerin geliştirildiği bir döneme karşılık gelmektedir.<sup>51</sup>

Devlet akli doktrininin çıkış noktası, hukuki kurallarla devlet yönetiminin somut gerekleri arasındaki çatışmanın çözümü meselesidir. Devlete bir yarar sağlayacaksa hükümdar hukuktan sapabilir mi? Daha açık bir deyişle devlet hukuk dışına çıkabilir mi? Devlet akli, bu sorulara olumlu yanıt vermekte ve sınırı hükümdarın çizeceğini belirtmektedir. Bu durumda hukukun karşısında bir kutsal çıkarılmaktadır. Kutsanan modern devlet ya da Leviathan, yeryüzü tanrısına dönüştükçe, onu kutsallığından arındıracak arayışların başlaması da aynı döneme denk gelmektedir. Elbette modern devletin bu özelliklerinin tasfiyesi yönünde epey yol kat edilse de kesin ve etkili bir sonuç alındığı söylemek mümkün değildir. Modern devletin ilerleyen dönemlerinde doğrudan bir gönderme yapılmasa da devlet akli kavramı bir gölge olarak varlığını sürdürmüştür. Devlet felsefesinin devlet akli tarafından yazılması, yurttaşların hakları ile devletin çıkarları arasındaki çatışmada tereddüde son vermekte ve hiyerarşiyi baştan çizmektedir.<sup>52</sup> Egemenlik çerçevesinde devletin asli çıkarlarının mutlak önceliği ve bunun devamında kullanılacak araçların seçiminde ya da sınırında hukuk kurallarının devre dışı bırakılması, büyük bir kir tortusunu hukuk düzenine miras bırakmıştır.

## **KENDİNİ TANIMLAYAN MUTEBER NESNE: KURUCU İKTİDAR**

Anayasa tarihi, eğer bir an kurgusal olmadığı düşünülürse, “halkın iradesinin doğası gereği sürekli değiştiği şeklinde okunabilir. Bu irade üzerine dikilen bir yapının aslında bataklığa kurulu olduğu görülmüştür. Ulus-devletin çöküşünü engelleyen şey, milli iradenin yönlendirilmesindeki büyük kolaylıktır.”

---

<sup>51</sup> Mithat Sancar, “Devlet Akli” *Kıskacında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000, s. 17-18.

<sup>52</sup> a.k., s. 20-25.



Arendt'in yerleştirdiği bu çerçeveye göre, ne zaman biri diktatörlüğün ihtiyaını üstlenmeye kalksa, bu tablo bir kez daha karşımıza çıkmaktadır. Ulusal liderler içinde Napoléon Bonaparte, şunu ilan eden ilk kişiydi: "Ben kurucu iktidarım".<sup>53</sup>

Kurucu iktidar kavramına hukuki perspektiften bakmaya çalışmak zor bir husustur. Anayasallaşmaya direnen ya da anayasa dışında kalan bir kavramın içine saklanmış olan güç, normlar hiyerarşisine eklenmeyi reddetmektedir. Hukuk dışı bir iktidarın hukuku düzenlemesi, süreci baştan paradoksal hale getirmektedir.<sup>54</sup> Negri açasından egemenlik ve kurucu iktidar kavramları tezat içinde bir araya gelmektedirler. Kurucu iktidarın her şeyden önce tanımı egemenlik kavramına yapılan göndermeyi dışarıda bırakmaktadır.<sup>55</sup> Egemen, kurucu iktidarı geçersiz kılandır.

Amerikan Devrimi, yeni siyasi toplum için otorite kaynağı haline gelecek olan şeyin, "ölümsüz yasa koyucu" ve dünya ötesi herhangi bir kaynaktan ziyade kuruluş eyleminin kendisi olduğunu fark etmiştir. Arendt, bu noktada bir hususun altını çizmektedir: Binlerce yıldır efsanelerin konusu olan kuruluş, aslında ilk kez, yaşayan herkesin tanık olacağı şekilde gün ışığına çıkmıştır. Kuruluş eyleminde kendini gösteren başlangıç sorununu çözmeye yönelik çabalar ise Antikite'nin siyasi irfanına ve özellikle de Roma tarihine yönelmiştir.<sup>56</sup>

Kant'a göre, milletin haklarını ihlal eden bir tiranın tahttan indirilmesinde bir kötülük yoktur şüphesiz. Ancak tebaanın, kendi haklarını bu şekilde elde etmeye çalışmasında da bir haksızlık vardır. Mücadele başarısızlığa uğradığında, halkın, karşılaşacağı şiddetli cezalardan adaletsizlik gerekçesiyle şikâyet etmesi mümkün değildir. Halk ayaklanması başarılı olursa, bu

---

<sup>53</sup> Arendt, *a.g.k.*, s. 217.

<sup>54</sup> Antonio Negri, *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*, (İngilizceye Çev. Maurizia Boscagli), The University of Minnesota Press, Minneapolis, 1999, s. 1-2.

<sup>55</sup> *a.k.*, s. 22.

<sup>56</sup> Arendt, *a.g.k.*, s. 274-277.

kez hükümdar tekrar tahta çıkmak için bir ayaklanma başlatamaz. Zaten hükümdarın kendisi de artık tebaa durumuna düşmüştür.<sup>57</sup>

Zizek, Kant'ın işaret ettiği bu noktayı isyanın statüsüne geri dönüşlü olarak karar verilmesi şeklinde değerlendirmektedir. Yani başarılı olan bir isyan, yasal bir düzen kurarsa, kendi yasadışı kökenlerini ontolojik boşluğa itmektedir. Bu durumda iktidar, kendini geri dönüşlü bir şekilde temellendirme paradoksuna girmektedir. Devlet iktidarının kökenindeki “kurucu suç” üzerine düşünen Kant, belki de bu eylemi gerçekleştiği sırada görmek istememektedir.<sup>58</sup>

Yeni bir anayasa yapma iktidarı olarak tanımlanan asli kurucu iktidar, pozitivism ekseninde hukuk dışı bir nitelik göstermekte ve fiili bir sorun olarak değerlendirilmektedir. Ancak aynı meseleye doğal hukuk çerçevesinden bakan yazarlar, asli kurucu iktidarın hukuki olduğunu vurgulamakta; aksi halde sadece güce dayanarak var olan bir kurucu iktidarın meşru olmayacağı görüşünü ileri sürmektedirler. Bu durumda, asli kurucu iktidarın hukukiliği, adalete uygun olup olmadığı açısından ele alınmaktadır. Yine asli kurucu iktidarın sınırlı bir güç olup olmadığı tartışmasına dair yaklaşımlar benzer biçimde meseleye bakılan perspektife göre farklılık göstermektedir.<sup>59</sup>

Asli kurucu iktidar kavramı, Fransız Devrimi döneminde ortaya çıktığı siyasi koşulların izini taşımakta ve anayasa koyucu, sınırsız bir güç olarak tanımlanmaktadır. Kuruculuk kavramı, siyasal bir güç ile hukuksal olan anayasa terimi arasında bağlantı sağlamaktadır. Kuruluş, siyaset ile hukukun, egemenlik kavramı üzerinde karşılaştığı bir kamu hukuku yaratma anı olarak nitelendirilmektedir. Hukuk dışı ile hukukun buluştuğu an, hukuk oluşturma sürecini anlatmaktadır.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Kant, *a.g.k.*, s. 50-51.

<sup>58</sup> Zizek, *a.g.k.*, s. 57-59.

<sup>59</sup> Bkz. Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1998, s. 24 vd.

<sup>60</sup> Öykü Didem Aydın, *“Biz, Halk: “Egemenliğin Sahibi”*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 313.

Şiddet, hukukun karşısına yeni hukuk yaratma tehdidiyle çıktığında, devlet kendini bir sis tabakası içinde bulmaktadır. Şiddetin hukuk kurucu özelliği, devletin temelinde yer almaktadır. Köklerinin bilincinde olan pozitif hukuk, hukuku kuran ve koruyan şiddetin keşişme noktasıdır. Şiddetin birinci işlevi hukuku kurmaysa, ikinci işlevi hukuku korumadır. Yurttaşın yasalara tabi kılınması ikinci işlevde belirler.<sup>61</sup> Benjamin'e göre, bir hukuki sözleşmenin ihlal edilmesinde taraflardan biri zor kullanma hakkını kazanır. Ancak sözleşmenin sadece sonucu değil, kaynağı da güce karşılık gelir. Hukuk kuran şiddet, sözleşmede doğrudan yer almamaktadır; fakat sözleşmeyi güvence altına alan iktidar da şiddetten doğduğu için sözleşmede temsil edilmektedir.<sup>62</sup>

Benjamin'in perspektifinden yasayı doğuran şiddet "mitik şiddet"tir. Her hukuk sisteminin kendi kendisini meşrulaştırma süreci de mitik bir süreçtir. Önceden var olan bir hukuki temel, yeni yasayı güvence altına alamaz ya da onu reddedip geçersiz kılamaz. Kurucu edim, o anda ne haklı ne de haksızdır veya ne yasal ne de yasadışıdır. Bu suskunluk onu mistik bir hale getirir. Her devletin kuruluş aşamasında ortaya çıkan bir meşruiyet anı vardır. Bir meşruiyet varmış gibi yapılan bu an, haklılaştırmanın geriye dönük yapıldığını gizlemektedir. Başarılı bir devlet, geriye bakınca kendi şiddetinin anlamlı ve zorunlu görülecek şekilde okunmasını sağlayacak bir yorum modeli üretmek ister. Devleti kuran edim, kendini geleceğe fırlatarak gelecek kuşaklara emanet etmek ister. Direk'e göre, bu performans bumerang etkisiyle şimdiyi meşrulaştırmak üzerine kuruludur. Kurucu şiddetin başarılı performansı, şiddetin mümkün olduğunca görünmez hale getirilmesine bağlıdır. Meşrulaştırma mitinin sorgulanıp sorgulanmayacağı ya da mutlu sonlanıp sonlanmayacağı sorusu geleceğe aittir.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Walter Benjamin, "Şiddetin Eleştirisi Üzerine", (Çev. Ece Göztepe), *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, (Haz. Aykut Çelebi), Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s. 26.

<sup>62</sup> a.k., s. 30.

<sup>63</sup> a.k., s. 131-132.

Kurucu iktidar geleneğinde hukuk, toplumsalı siyasal iktidar içinde eritmektedir. Tamamen egemen iradeye yönelik bir bağımlılık, hukuku totalitarizmin bir aracına dönüştürebilmektedir. Toplumun bütünleştirilmesi ve düzenlenmesi için siyasi iktidarın gücüne kazandırılan zorunluluk meşrulaştırılmaktadır. Bu durumda hukuk bir adalet, eşitlik ve özgürlük sorunu olmaktan çıkmakta ve bir hiyerarşi, birlik ve bütünlük sorunu haline gelmektedir. Hukuk, baştan itibaren eşitsiz ve tek taraflı bir seyir izlemektedir. Kurucu hukuk, siyasi iktidarın toplum üzerindeki itaat egemenliğini gizleyen bir konuma sürüklenmektedir. Hukukun üstünlüğü ise hukuku belirleyen siyasi iktidarın ve onun ideolojisinin üstünlüğü anlamına gelmektedir. Dolayısıyla hukuk, siyasi iktidar tarafından yorumlanan, uygulanan ve gerekirse siyasi iktidarın çıkarlarına göre değiştirilebilen bir zemine yerleşmektedir.<sup>64</sup>

Kurucu iktidar kısır döngüsü, yönetimi ve hukuk düzenini anayasal kılmak için bir araya gelenlerin anayasal olmaması noktasından başlamaktadır. Anayasa girişimi için hiçbir otoritenin olmaması, yasamadaki bu kısır döngüyü görünür hale getirmektedir. Aslında benzer bir manzara yasa yapımında görünmez; çünkü tüm yasaların kendi otoritelerini, cisimleştirilen üst norm üzerinden türettiklerini varsaymaktayız. Hem Fransız hem de Amerikan Devrimi aktörleri mutlakiyete duyulan ihtiyaç anını belirginleştiren bu tür bir sorunla karşı karşıya kalmışlardır.<sup>65</sup> Kuruluş anında bulunan yetkilendirme sorunu, kurucu iktidarın kendisini zamanda bölerek hem ileri hem de geriye doğru esnemesine yol açmaktadır. Direk'in deyiimiyle imza, imza atanı icat etmekte ve aslında imza atan, imza atma yetkisini kendisine ancak imzasının sonuna geldiğinde verebilmektedir.<sup>66</sup>

Hukuk kurucu ve hukuk koruyucu şiddet arasındaki mesafeyi yöneten kanunlar, hukuku koruyan şiddetin, hukuk

---

<sup>64</sup> Meltem Dikmen Caniklioğlu, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 215-218.

<sup>65</sup> Arendt, *a.g.k.*, s. 247.

<sup>66</sup> Zeynep Direk, "Yasanın Kaynağı Üstüne", *Başkalık Deneyimi*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 130-131.

kurucu şiddeti görünmez kılmasına neden olmaktadırlar. Modern devletin karşısına çıkan bir şiddet hareketinin bastırılması hukukun askıya alınmasına dayandığı anda, hukuk kurucu şiddetin gölgesi ortaya çıkmaktadır. Ancak bu aynı zamanda onun gücünü kaybetmesinin de başlangıcı olabilmektedir.<sup>67</sup> Egemen, yasa dışı olarak yasayı yapar ve dışarıda kalan konumunu koruyarak bir düzen oluşturur. Bu anlamda egemen, yasa koyarak önünde durduğu eşikten içeri girmekte ve bunu yaparken de istisna halini yasal alana taşımaktadır.<sup>68</sup>

## YASANIN GİZLİ YAŞAMI: İSTİSNA HALİ

Kamu hukuku ile siyaset arasında sınırları belirsiz bir alan olarak görülen istisna hali, hukuk kuramcıları tarafından genelde fiili bir sorun olarak değerlendirilmiştir. Tanım güçlüğü, kavramın *necessitas non habet legem* (zorunluluğun yasası yoktur) ilkesi çerçevesinde ele alınmasını beraberinde getirmiştir.<sup>69</sup> İstisna hali, yasal ve siyaset alanının kesişme noktasındaki muğlak ve değişken sınıra denk gelmektedir. Hukuk ile siyasetin bu tartışmalı noktası, kamu hukuku ve siyaset olgu arasında dengesizlik yaratmaktadır.<sup>70</sup>

Hükümdarın yaşayan yasa olması, onun yasanın yükümlülüğü altında olmadığı ve yasanın yaşamının onda bütünsel bir yasasızlıkla örtüştüğü anlamına gelebilir. Hükümdarın yasayla özdeşleştirilmesi, hükümdarın yasasızlığını ve bununla beraber onun hukuk düzeniyle temel bağıni yerleştirmeye yönelik ilk girişimdir. Bu girişim, istisna halinin yasanın dışı ile içi arasında belirlediği bağıni özgün biçimini ve Agamben açısından modern egemenlik kuramının ilk örneğini

---

<sup>67</sup> Benjamin, *a.g.m.*, s. 41.

<sup>68</sup> Tuğrul, *a.g.k.*, s. 101.

<sup>69</sup> Agamben, *a.g.k.*, s. 7.

<sup>70</sup> Giorgio Agamben, “Olağanüstü Hal”, (Çev. Ferit Burak Aydar), *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, (Haz. Aykut Çelebi), Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s. 165.

oluşturmaktadır. Yasanın gizli ve daha gerçek yaşamı, istisnai halin kendisidir.<sup>71</sup>

Schmitt'e göre, istisna hali, egemenliğin hukuki tanımına son derece uygundur. İstisna hali hakkında verilen karar, "kelimenin tam anlamıyla bir karar"dır. Olağan durumda geçerli olan bir hukuk kuralı mutlak bir istisnayı içeremez. Bu nedenle gerçek bir istisna halinin var olup olmadığına dair bir karara temel oluşturamaz. Egemenliğin tanımı için geliştirilen soyut şemanın geçerli kabul edilip edilmemesinin teorik veya pratik açıdan bir farkı bulunmamaktadır. Burada tartışılan sadece somut uygulamadır; yani bir anlaşmazlık durumunda devletin çıkarının ve kamu düzeninin ne olduğuna kimin karar vereceğidir. Mevzu hukukta öngörülmeyen bir hal olarak istisna hali, son derece tehlikeli ve devletin varlığını tehdit eden bir durum şeklinde tanımlanabilir ama gerçeğe uygun tarif edilemez. Ancak bu durum egemenliğin öznesine ilişkin soruyu güncel kılar. İstisna halinin ne zaman söz konusu olduğunun kesin olarak belirlenmesi veya bu tür bir durumda nelerin ortaya çıkabileceğinin içerik açısından tek tek sayılması mümkün değildir. Acil durumun bertaraf edilmesi için içeriğin sınırlandırılmaması gerekmektedir. Dolayısıyla istisna halinde, hukuk devletine uygun bir yetkiye yer yoktur. Anayasa, istisna halinde kimin müdahaleye yetkili olduğunu belirtebilir ki yapabileceği de en fazla budur. Bu eylem denetime tabi değilse ve farklı organlar arasında paylaştırılmamışsa egemenin kim olduğu kesin biçimde ortaya çıkar. Egemen, hem bir istisna halinin olup olmadığına hem de bunu bertaraf etmek için ne yapılması gerektiğine karar verendir. Egemen, olağan durumda geçerli olan hukuk düzeninin dışında olmakla birlikte yine de bu düzene aittir; çünkü anayasanın askıya alınmasına karar vermeye yetkilidir. Bundan sonrası, yani istisna halinin ortadan kaldırılıp kaldırılmayacağı artık hukuksal bir sorun değildir.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Agamben, *a.g.k.*, s. 94-95.

<sup>72</sup> Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, (Çev.Emre Zeybekoğlu), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002, s. 13-15.

Schmitt'in sürekli yakındığı Weimar Cumhuriyeti içinde istisna haline karar verecek bir otoritenin yokluğu, Nazi rejiminin bizzat kendisini istisna hali olarak tarih sahnesine itmiştir.<sup>73</sup> Weimar Anayasası'nın temel hak ve özgürlükleri koruyan maddelerini askıya alan 1933 tarihli Halkın ve Devletin Korunması Kararnamesi, Üçüncü Reich'ı on iki yıl süren bir istisna hali dönemi haline getirmişti. Nazi Almanyası'ndaki bu tabloyu hatırlatan Agamben, kasıtlı biçimde istisna hali yaratılmasının modern devletlerin en önemli önlemlerinden biri olduğunu belirtmektedir.<sup>74</sup>

Weimar Anayasası, liberal demokratik düzeni hedeflemiş olsa da, Almanya'da bu tür bir politik zemin mevcut değildi. Düzenleyici bir devlet iktidarının genişliğine dair düşünsel gerekçeyi, bu bölgeye "istisna hali" olarak inşa eden Schmitt, hukuki sınırları da kaldırmış oldu. İstisna halinin hukuki kapsamı ve süresi gibi sorunlu konular tartışma alanından çıkarılmıştır. Önemli olan devletin "karar" vermesidir; bu nedenle siyasi bir karar alanı olarak ilan edilen istisna hali hukuki değerlendirmeye kapatılmıştır.<sup>75</sup>

Schmitt'in yaklaşımında, istisna haline dair yetkiler tanımlansa bile, egemenliğe dair sorun ortadan kalkmamaktadır. Günlük hayatın sıradan sorunları ile meşgul olan hukuk, pratikte egemenlik kavramına ilgi duymamaktadır. Hukuk açısından normal olan, tanımlanabilir olandır; bunun dışında kalan her şey "rahatsız edici" bir şekilde bürünecektir. Hukuk, istisna halini ise daha da şaşkınlıkla karşılayacaktır; çünkü her sıra dışı yetki veya acil durum tedbiri istisna hali sayılmaz. İstisna halinden bahsedebilmemiz için prensip olarak sınırsız yetkinin söz konusu olması gerekir. Bu durumda mevcut hukuk düzeninin tümüyle askıya alınması karşımıza çıkar. Yani hukuk geri adım atarken, devlet baki kalacaktır. İstisna hali, kaostan farklı bir şey olduğu için, hukuk düzeni değil ama hukuki anlamda bir düzen hâlâ

---

<sup>73</sup> Dikmen Caniklioğlu, *a.g.k.*, s. 192.

<sup>74</sup> Agamben, *a.g.m.*, s. 166.

<sup>75</sup> Mehmet Tevfik Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2008, s.241-242.

mevcuttur. Devletin varlığı, hukuki normun geçerliliği karşısında tartışmasız üstünlüğünü kanıtlamaktadır. Karar, kendini tüm normatif bağlardan kurtarır ve gerçek anlamda mutlak hale gelir. Kısaca, istisna halinde devlet kendini koruma hakkına dayanarak hukuku rafa kaldırmaktadır.<sup>76</sup> Schmitt açısından tüm mesele, yasallık perdesinin düzenin düşmanları tarafından taktik bir araç olarak kullanılmasıdır. Hukuk düzeninin de yasallık ilkesine bundan daha fazla değer vermesi anlamsızdır.<sup>77</sup>

Agamben, istisna halinin yarattığı basınca Roma Hukuku'ndaki *iustitium* kavramını örnek vermektedir. Bu kavram, Roma Senatosu'nun devletin güvenliğini sağlamak adına aldığı bir önlem olarak olağanüstü halin ilanına karşılık gelmektedir. Dilbilgisi açısından kavram, yasanın durma noktasını ifade etmektedir. Buna göre, hukuki bir boşluk alanı, yani *ius*'tan mahrum alan yaratılmaktadır. Güneşin durması kadar olağanüstü bu durum, yasal kurum olarak olağanüstü halin paradoksal statüsünü ortaya çıkarmaktadır. Aslında hukuki boşluk terimi yanıltıcı olacaktır; çünkü mevcut yorumlar, bu yapıyı ya tüm yasal kurumların ilga edildiği bir kuralsızlık ya da yasayla gerçeğin bulunduğu bir alan olarak kavramaktadırlar. O halde Agamben, şu soruyu sormaktadır: *Iustitium* sırasında işlenen edimlerin niteliği nedir? Burada yasama, yürütme ve ihlal arasındaki geleneksel ayırım aşılmaktadır. Yasalar ne uygulanmakta ne de ihlal edilmektedir. Bu bir “yasayı icra etmeme” sürecidir. İstisna hali, bir diktatörlük değil, yasaların olmadığı bir alandır. Yazara göre, Nazi rejimini nitelendiren ve bu kadar tehlikeli bir modele dönüştüren şey, bir yandan Weimar Anayasası'nın varlığını sürdürmesine izin vermesi, diğer yandan genelleşmiş bir istisna halinin desteği ile bununla yan yana var olan ikincil ve yasal açıdan resmileştirilmemiş bir yapıyı çoğaltmasıdır.<sup>78</sup>

Olağanüstü bir devlet rejiminde hukukun siyasal işleyişini daha farklı tasvir eden Poulantzas, olağanüstü devleti niteleyen

---

<sup>76</sup> Schmitt, *a.g.k.*, s. 19.

<sup>77</sup> Sancar, *a.g.k.*, s. 94.

<sup>78</sup> Agamben, *a.g.m.*, s. 168-171.



şeyin kuralların çiğnenmesi olmadığını, ama devletin kendi işleyiş “kuralları”nı koyması olduğunu belirtmektedir. Hukuk kurallarının işlemediği noktada keyfiliğe sürüklenen yönetim, iktidar bloku içinde güçler dengesinin yeniden düzenlenmesi açısından siyasi kriz anında hareket serbestisi kazanmaktadır.<sup>79</sup> Hukuki sınırların görünmez olması, devletin müdahale sahasını da genişletmektedir. Mevcut hareketli çerçeve içinde her şey, bu silik hukuki dokunun yüzeyine temas edebilmektedir.

Belirleyici olan nokta ise, teknik olarak yasanın gücü kavramının yasaya değil, ama yürütme gücünün yapacağı hukuki düzenlemelere gönderme yapmasıdır. Biçimsel olarak yasa olmayan kararnameleler “yasanın gücü”ne sahip olurlar. Bu anlamda istisna hali, yasama ve yürütme gücünün birbirine karışmasından çok, yasanın gücünün yasadan soyutlanmasıdır. İstisna hali, yasanın yürürlükte olduğu ama uygulanmadığı; diğer yandan yasa değeri olmayan kararların yasa “gücü”nü edindikleri bir yasa halini tanımlamaktadır. Yasasızlık alanında sürüklenen bu kavram, mistik bir hale bürünmekte ve kendi yasasızlığını bünyesine katmaya çalışan bir kurmacaya dönüşmektedir.<sup>80</sup>

Agamben’e göre, yazılı hukukun karşısına yazılı olmayan yasalar koyan Antigone’nin iradesi burada tersine çevrilmekte ve kurulu düzenin savunusu adına geçerli kılınmaktadır. Fiil ile hukukun ayırt edilemez hale geldiği belirsiz bir bölgeye vardığımızda, zorunluluğu tanımlamaya yönelik her girişimin başarısız olmasına neden olan açmaz ortaya çıkmaktadır. Hukuk düzeninin yok olma tehdidi altında olduğu ileri sürülüyorsa, mevcut düzenin korunması gerektiği üzerinde görüş birliği olmalıdır. Hukuki kurumların ortadan kaldırılmasını ve yeni ihtiyaçlara bağlı olarak yeni normların geçerli olmasını ilan edenlerin de mevcut düzenin yıkılması konusunda yine görüş birliği içinde olması beklenmektedir. Her iki durumda da ahlaki ve siyasi bir değerlendirme yapılacaktır. Zorunluluğun hakkında

---

<sup>79</sup> Nicos Poulantzas, *Faşizm ve Diktatörlük*, (Çev. Ahmet İnsel), İletişim Yayınları, İstanbul, 2004, s. 375.

<sup>80</sup> Agamben, *a.g.k.*, s. 54-55.

karar verdiği Şey de aslında fiili ve hukuki konumu açısından belirlenemez durumdadır.<sup>81</sup>

Derrida'nın ifadesiyle, hukuku, hukukun içinden tehdit eden Şiddet kullanma hakkına sahip olan devleti, suç tedirgin etmemektedir. Mafya veya uyulŐturucu trafiği gibi büyük ölçekte bir suç organizasyonu olsa bile, nihayetinde tikel çıkarlar için ihlal edilmektedir yasa. Devletin asıl korktuğu Şey kurucu Őiddettir. Hukuk iliŐkilerini meşrulaştırmaya veya dnlŐtrmeye muktedir bir Şiddet, kendisini hukuk kurmaya hakkı olan bir Şiddet biçiminde sunmaya başlamaktadır. Hukuku tehdit eden Şey zaten hukuka, yani hukukun kaynağına aittir.<sup>82</sup> Hukukun askıya alınma anı, hukukun içinde hukuk-olmayanın göstergesi olarak aslında hukukun da tarihidir. Hukukun kuruluşunun boŐlukta asılı kaldığı an, verilecek hiçbir hesabın olmadığı andır.<sup>83</sup>

Hukuk düzeni erevesi içinde norm ve karar karşı karşıya gelmektedir. Bir süre hukuki değerlendirmenin eriŐim alanında kalan karar, çerçevenin dışına çıkararak normu imha etmektedir. Egemen, “normal” bir durum yaratmalıdır ki, bu durumun gerçekten sürdürülüp srdrlmeyeceğine “karar” verilsin. Devlet egemenliğinin özü, onun “hukuken zor kullanma” değil ama “karar verme” tekelinde yatar. Karar, hukuki normdan ayrılır ve işin en ilginç yanı otorite, karar vermek için haklı olmak gerekmediğini kanıtlar.<sup>84</sup> Kamu hukukunun sınırları burada sona erer ve artık biz, bilinmeyen topraklara aılırız.

---

<sup>81</sup> *a.k.*, s. 41-44.

<sup>82</sup> Jacques Derrida, “Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli”, (ev. Zeynep Direk), *Şiddetin Eleştirisi zerine*, (Haz. Aykut Çelebi), Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s. 93.

<sup>83</sup> Derrida, *a.g.m.*, s. 95.

<sup>84</sup> Schmitt, *a.g.k.*, s. 20.

## SCHMITT TUZAĞI

Schmitt, fiili en üstün güç ile hukuki en üstün güç arasındaki ilişkiyi egemenlik kavramının temel sorunu olarak işaret eder. Normal durum hiçbir şeyi ispatlamaz; ama istisna halinde alınan kararlar belirleyicidir. Schmitt'in ünlü formülü burada karşımıza çıkar: İstisnai hale karar veren egemendir. Yasa askıya alınsa bile hukuk düzenine yapılan gönderme, hukukun istisna sayesinde yaşamaya devam ettiği görüntüsünü yaratır. Yasa ile kendini sınırlamayı karar veren egemen, devletin varlığının tehdit altında olup olmadığına da karar verendir. Aslında yasa, özünde bir güç kullanımı olduğu için, “yasanın gücü” askıya alındığında, yani sıfır noktasında boş bir alan belirlemektedir. Paradoksal olarak yasama gücü gerçekte yürütmenin gücünün içine yerleşmekte ya da yasadaki daha üstün “karar”lar alınabilmektedir. İstisna halinin hukuk dışı niteliğini hukuk içine alma kararını veren egemen merci, bu kez hukuksal boşluğu dolduran kurucu iktidar gücünün gölgesine çekilmektedir. Bu perspektif içinde devleti korumak için gerçekleştirilen eylemlerin hukuki sonuçlarını belirlemek güçleşmektedir. Şiddeti yok etme vaadi, şiddeti yeniden kurmaktadır. Modern iktidarlar, koruyucu şiddetlerini göstermeden daha derin ve gizli yollarla düzeni devam ettirmektedirler. Söz konusu yöntem, kime hesap vereceği belirsiz bir iktidarı ortaya çıkarmaktadır.<sup>85</sup>

Bloch'un yaklaşımına göre, tüm bu manzarayı, anayasal devletin kendi edimleri, yani keyfiliğe karşı yazılı kurumsal öfkesi nedeniyle zor duruma düştüğü anlardan biri olarak seyredebiliriz. Devletin hukuken yarattığı bu vakumlu alan, pozitif hukukun bir egemenlik tekniği olduğu düşüncesine dayanmaktadır. İşin ilginç yanı, bu hukukun kurumsal tekniği de Machiavelli tarafından tasarlanmıştır. Faşizm ise mevcut tekniği en uç noktaya taşıyarak, pozitif hukuku sadece iktidar temelinden ele almıştır. Pozitif hukukun öne çıkarıldığı ya da terk edildiği bir iktidar muhasebesinde, “boş hukuki alan” istisna hali ya da diktatörlük dönemlerinde görünür olmuş ve Schmitt'in en bilinen

---

<sup>85</sup> Tuğrul, *a.g.k.*, s. 96-99.

mitten arındırma sahasına ulaşılmıştır. Bloch'a göre bu, kanlı bir kurnazlıktır; çünkü Medusa gibi sadistçe bizi baştan çıkaran ve taşlaştıran Schmitt, faşist farsa meşruiyet kazandırmak uğruna liberal hukuk fetişini ve romantik devlet teolojisini yok etmektedir.<sup>86</sup>Aslında biz bu hukuki kasisi “Schmitt tuzağı” olarak değerlendirebiliriz. Pozitif hukuka olan yaygın güvensizlikle beslenen bu tuzak, hukuka olan derin kuşkuculuğu zıddına dönüştürmüştür. Yasaların güçlülerin emrinde olduğuna dair inancı kullanan bu görüş, yasayı koyan güç sahiplerinin açık bir diktatörlük biçiminde iktidara gelmelerine olanak sağlamaktadır.

Agamben'e göre, Schmitt'in egemenlik kuramı, Benjamin'in şiddet eleştirisine yanıt olarak okunmalıdır. Benjamin açısından ezilenlerin tarihi, olağanüstü halin bir istisna değil kural olduğunu göstermektedir. İstisna halinin norm haline gelmesi, Schmitt'in ona biçtiği görevin de artık yerine getirilemediğini ortaya çıkarmaktadır. Yasal düzenin işleme, uygulanması geçici olarak askıya alınan normu uygulanabilir kılmayı amaçlayan istisna haline dayanmaktadır. Ancak istisna, kural haline geldiğinde, bu düzen işleyemez ve Schmitt'in kuramı da yerle bir olur. Artık kural ile kural olmayı ayırt edemediğimiz bir istisna hali içinde yaşamaya başlarız. İstisna halini yasaya bağlayan kurgusal bağ yok olur ve saf şiddetin egemen olduğu bir kuralsızlık alanı ortaya çıkar.<sup>87</sup> Bu durumda istisna hali, normatif bir boşluğa karşılık vermemekte; aksine normun varlığını kurtarmak adına hukuk düzeninde kurmaca bir boşluk açılması anlamına gelmektedir. İstisna hali, uygulamayı olanaklı kılmak için normu uygulamadan ayırır ve hukuka bir yasadızlık bölgesi sokar. Bu hukuki gerilim bölgesi, norm ve uygulama arasındaki karşıtlığın en çok açığa çıktığı alandır.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Ernst Bloch, “Marksizm ve Hukuk”, (Çev. Serhat Öztöpaş), *Defter*, Sayı: 40, Yaz 2000, s. 120-121.

<sup>87</sup> Agamben, *a.g.m.*, s. 172-173.

<sup>88</sup> Agamben, *a.g.k.*, s. 52.

## DEVLETİN İKİ BEDENİ

Fraenkel, “ikili devlet” kavramıyla devlet içinde iki ayrı hat çizer: Devletin kanunlarda ifadesini bulan yasal düzeni, yani Normatif Devlet (hukuk devleti) ve yürütme gücünün yasal denetime tabi olmayan keyfi uygulamalarına sahne olan ya da şiddete başvurduğu İmtiyaz Devleti. İmtiyaz Devleti bir diktatörlük olarak hareket etmektedir. Nasyonal sosyalizmi imtiyaz mantığı üzerinden okumak kolaydır; çünkü Nazi rejiminin en önemli özelliği imtiyaz uygulaması altında hukukun egemenliğine son vermesidir. Ancak orada hukuk devleti de varlığını sürdürmüştür. Yazara göre, kapitalist sistemin yasal temelleri korunmuş ve hukukun üstünlüğü özel mülkiyet ilişkilerinin hukuki çerçevesi olmaya devam etmiştir. Özel hukukun rasyonelliği korunduğu sürece sermaye, keyfi bir iktidarı kabul edecek ve diğer irrasyonelliğe kendini uyarlayacaktır. İkili devlet, bu zemin üzerinde yükselmektedir ve hukuk devleti ile imtiyaz devletinin koşut varlığına dayanmaktadır.<sup>89</sup>

Neocleous ise, ikili devlet görüşünün liberal demokrasi için de geçerli olduğunu düşünmektedir. Hukuk devletinin arka planında daima gizli bir çekince bulunmaktadır: Siyasi çıkarın gözetilmesi. Hukukun egemenliği ile imtiyaz arasında tehlikeli bir gerilim bulunmaktadır. İmtiyaz Devleti ile Normatif Devlet karşılıklı bağımlılık içinde bir bütün oluştururlar. Fraenkel’ göre, imtiyaz yetkisinden vazgeçilmesi, hukuk devleti içinde bile söz konusu değildir.<sup>90</sup> Hukukun egemenliği ile imtiyaz, “normal siyaset” ile “istisnai siyaset” ya da “olağan düzen” ile “olağanüstü hal” arasındaki gerilimi kontrol altında tutar. İstisnai boyut diktatörlüğe uzanmaya çalışırken, liberalizm hukukun üstünlüğünde ısrar ederek devlet aklıyla arasına mesafe koymaya çalışır. Bu mesafe kapandığında, yani istisna halinde, imtiyaz devletinin tüm olanaklarından yararlandığını liberal devlet de fark etmiştir. Düzenin restorasyonu için kullanılan araçlar ve anayasal

---

<sup>89</sup> Aktaran Mark Neocleous, *Güvenliğin Eleştirisi*, (Çev. Tonguç Ok), Nota Bene Yayınları, Ankara, 2014, s. 58.

<sup>90</sup> *a.k.*, s. 59.

sınırların ihlali, “istisna hali”nin koşulları olarak imtiyazın haklı gösterildiği bir savaş alanı açmıştır.<sup>91</sup>

Schmitt, liberal devletin olağanüstü durumları görmezden geldiği ve istisna hali hakkında karar alamayıp, sadece tartışmakla yetindiğini düşünmektedir. Ancak Neocleous’a göre, bu görüş gerçekçi bir nitelik taşımamakta ve hatta liberalizmin doğru kavranmasını engellemektedir. Zira olağanüstü yetkilerin meşrulaştırılması ve anayasal temele oturtulması, liberalizmin modern devlete bir armağanıdır. Yakın tarihin herhangi bir kesiti bile, insanlığın önemli bir bölümünün olağanüstü hal yönetimi altında yaşadığını göstermektedir.<sup>92</sup> Hükümetler, faaliyetlerinin hukuk dışı bir yürütme gücü olarak görünmesinden, yasallık örtüsü altında kalmasını tercih ederler. Ayrıca istisna hali adı altında hayata geçirilen herhangi bir uygulamanın yasal mı yoksa yasa dışı mı olduğu tartışılırken, bu durumun siyasi zorunluluk dünyasının sınırları içinde kaldığı hatırlanmalıdır. Soylu bir retorik karşımıza çıksa da, hukukun askıya alınmasından ziyade, hukuk aracılığıyla meşrulaştırılan önlemler gündeme taşınmaktadır.<sup>93</sup> Kaldı ki istisna hali tablosu, egemenlerin kararlarının denetlenmediği anlamına gelmemekte ve uygulamalar, yargı kararlarıyla hukuki olarak arınmaktadır. Aksi yönde bir anayasanın normlar hiyerarşisinin zirvesine tırmanma şansı yoktur.

## **KURULUŞ ANININ GÖLGESİ ALTINDA HUKUK DEVLETİ**

Almanya’da gecikmiş bir burjuva devrimi girişimi olarak 1848-49 hareketinin yenilgiye uğraması, burjuvazinin topluma yön verme iradesini kırmıştır. Siyasal egemenliği ele geçirme imkânını kaybeden Alman burjuvazisi, çare olarak devletin iktidar araçlarını hukukla bağlamayı görmüştür. Hukuk devleti

---

<sup>91</sup> *a.k.*, s. 59.

<sup>92</sup> *a.k.*, s. 88.

<sup>93</sup> *a.k.*, s. 104.

kavramı, Alman burjuvazisinin elinde aşağıdan bir dönüşüm gerçekleştirememiş olmanın yarattığı engelle birlikte, iktidarı hukuk yardımıyla kontrol etmeyi sağlayan bir araç işlevine dönüşmüştür. Bu nedenle hukuk devleti anlayışı otoriter devletle bağını tam anlamıyla kesememiştir. Hukuk devleti kavramı, otoriterlik ve bürokratinin unsurlarını içererek şekillenmiştir ki bu da devlet dışı alanlardan çok devletle bağlantılı kalmak demektir.<sup>94</sup>

Hukuk devletinin en yıkıcı çelişkileri arasında, mükemmeliyetçiliğinin sonuçlarından biri olarak devletin kendi ilkelerini çiğnediği zamanı bile kurala bağlamasını sayabiliriz. Hukuk devleti iktidarın ellerini bağlamak amacıyla ortaya çıkmış olduğu halde, kurallara uygun biçimde onları yeniden çözmüştür.<sup>95</sup>

Schmitt, şekli bir hukuk devletinin her türlü siyasi rejimin ideolojisi çerçevesinde kullanılabileceğini iddia etmiştir. Bu doğrultuda nasyonal sosyalist devlet de hukuk devleti sıfatına sahip olabilir; çünkü Nazi rejiminde yasalar kesinlikle geçerli, yargıçlar bağımsız ve bireylerin haklarına dair koruma vardır. Güçlü bir devlet, liberal zayıf bir devlete oranla hukuk devletinin şekli unsurlarını daha iyi karşılar. Ancak Schmitt'in öne sürdüğü biçimde, şekli bir hukuk devletinin her türlü içerikle bir arada olabileceğine dair kuramsal yaklaşım, Nazi rejiminin uygulamaları ile kısa sürede uyumsuzluk göstermiştir. Etkin bir yönetim adına yasaları yapan devletin kendi yasalarına uyması kendi çıkarınaysa, Nazi rejimi bu çizgiden çok uzaklaşmıştır. Nazi rejiminin hukuki güvenliğin temel şartlarına uymamasının nedeni, hukuki şeklin getirdiği tüm sınırları ihlal ederek kanunilik ilkesinin getirdiği asgari güvenceyi ortadan kaldırmaktır. Dolayısıyla egemen sınıf çıkarlarına dayanan otoriter bir yönetim kısa sürede inşa edilmiştir. Başta Neumann olmak üzere, birçok

---

<sup>94</sup> Mithat Sancar, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı Mı Güvencesi Mi?”, *Demokrasi ve Yargı*, (Ed. Ozan Ergül), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 54-55.

<sup>95</sup> Miguel Abensour, *Devlete Karşı Demokrasi*, (Çev. Zeynep Gambetti-Nami Başer), Epos Yayınları, Ankara, 2002, s. 151.

yazarın hukuk devletinin şekli özelliklerine anlam yüklemesinin öne çıkan gerekçesi budur.<sup>96</sup>

Hukuk devleti ile devlet aklı arasında bir çatışma bulunmadığını savunanlara göre, hukuk devleti öncelikle bir devletin varlığını ön şart haline getirir. Bu tür bir devletin anayasası da, devletin varlık ve bekasına dayandığı ölçüde anlam kazanmaktadır. Her anayasa temelini bir devletin varlığında bulmaktadır. Devlet ve anayasa birbirine muhtaçtır. Anayasa, devleti yok etmek için değil, örgütlemek için vardır. Kendi örgütlediği bir devletin bekasını göz ardı eden bir anayasa, kendi varlığını da tehlikeye atar. O halde kendini korumak istiyorsa önce devleti güvence altına almalıdır. Sancar'ın deyişiyle "devlet aklı" ile "hukuk devleti" arasındaki bu izdivaç, klasik devlet aklı doktrininden farklı bir yapının ortaya çıktığına dair bir savunmadır. Bu birlikteliğin hukuk devletinin niteliklerini ortadan kaldırmadığını düşünenler, artık belli bir form içinde ve ilkelere dayanan bir devlet aklının belirleyici olduğunu öne sürmektedirler. Yani bu formül "hukuk devleti aklı"dır. Hukuk devletinin anayasası, devlet aklının içeriğini de belirlemektedir. Ancak devlet aklı, hukuk devletinin meşruiyet çerçevesi dışında kalan uygulamaların yine referansı olmaktadır. Devletin bekası için alınacak hukuki ya da hukuk dışı tedbirler, düzenle sorunu olanları hedeflemektedir. Amaç ise hukuk devletini korumaktır<sup>97</sup>. Kısaca hukuk devleti, meşruiyet kaynağı olarak gösterdiği niteliklerini korumak için, o niteliklerini askıya alabilecektir.

Hukuk devleti tarihi, devlet aklı doktrinini gizli ya da açık olarak içermektedir. Muhalefetin güçsüz ve sistemin kendinden emin olduğu dönemlerde hukuk devleti bir adım öne çıkmakta ve devlet aklı geride kalmaktadır. Sistemi tedirgin edecek boyutta bir muhalefet belirmediği ya da "kriz" olgusunun yaşandığı dönemlerde ise devlet aklı farklı yöntemlerle devreye girmektedir. Sancar, bu yöntemleri üç grupta özetlemektedir. Bir kısmı yasallık çerçevesinde hukuk devletinin maddi içeriğinde yer alan temel hak ve özgürlükleri değişik ölçülerde etkisiz ya da

---

<sup>96</sup> Berke Özenç, *Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s. 241-245.

<sup>97</sup> Sancar, *a.g.k.*, 55-57.



geçersiz kılma amacını taşımaktadır. Olağan dönemlerde bile kamu düzeni, milli güvenlik, genel asayiş, kamu yararı ve benzeri kavramlarla kamu özgürlüklerinin sınırlanması söz konusu olmaktadır. Yargı güvencesindeki gerileme ve insan haklarından uzaklaşılmasından kaynaklanan meşruiyet boşluğu devlet aklı ile doldurulmak istenmektedir.<sup>98</sup>

Devlet aklı yöntemlerinin ikinci grubunda, yasallık sınırının muğlaklaştığı ya da aşıldığı uygulamalar öne çıkmaktadır. Olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş halini de kapsayacak bir şekilde “olağanüstü rejimler”, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını, askıya alınmasını ve yürütme organının yetkilerinin norm koymayı da içerek biçimde genişlemesini beraberinde getirmektedir. Ancak bu tür önlemlerin anayasalarda yer alması nedeniyle yine de geniş anlamda bir yasallık çerçevesi karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca bunlara ilave olarak yargı denetiminin gevşetilmesi, hatta kimi zaman kaldırılması söz konusu olabilmektedir.<sup>99</sup>

Üçüncü grupta yer alan yöntemlerde ise artık geriye ne yasallık ne de insan hakları kalmaktadır. Burada salt “devlet aklı” egemendir. Devletin resmi kuvvetlerinin yaptığı “yasadışı” uygulamalar ile devlete bağlı olan fakat yasal statüsü ve resmi kaydı olmayan faaliyetler devreye girmektedir. Hukuk devletine ait bütün ilkeler bu kör noktada imha edilmektedir.<sup>100</sup>

Burjuva egemenliği, “eşitlik, özgürlük, kardeşlik” adına kurulmuş olmasına rağmen, bu tür değerler, bir tahakküm sistemini meşrulaştırmaya elverişli değillerdir. Sancar’a göre, burjuva devletin, her kriz karşısında öncelikle kendi meşruluk temeline saldırmasının asıl nedenlerinden biri de budur. Sözü edilen değerler tahakkümün meşrulaştırılmasına değil, ancak çözümlenmesine yardımcı olurlar. Tahakkümü gizleme işlevine yaradıkları sürece bunlardan vazgeçilmesi anlamsızdır.<sup>101</sup> Ancak

---

<sup>98</sup> a.k., 57-58.

<sup>99</sup> a.k., s.58.

<sup>100</sup> a.k., s.59.

<sup>101</sup> a.k., s. 63-64.

tahakküm çıplak bir güç olarak insanların karşısına çıktığında ve egemenle yüz yüze kaldığımızda bu değerler sadece tehdit haline gelirler. Egemenin onları kendi meşruluğu için sırtında taşımaya gerek kalmamıştır ve hukuk devletinin dekoru kaldırılacaktır.

## VE YASA HALKI TERK EDİYOR: TEMEL NORM

Hukuka aykırı bir devlet faaliyeti, ne zaman devlet görevlisinin sadece kendisini sorumlu kılacaktır? Ya da bu faaliyet ne zaman devleti bağlayacaktır? Devletin hukuka aykırı faaliyetinin olamayacağını savunan bir kuram, sorumluluk çerçevesine sadece kamu görevlisini özne olarak kurar ve devleti hesap verilebilir yargılama alanından kaçıır. Bu tür bir kuram, köklerini Roma Hukukuna uzatmakta ve *mandatum* ilkesine dayanmaktadır. Egemenlik hakkı *imperium*, hukuk dışı bir alan olarak görüldüğünden, Roma'da kavramsal bir sorumluluk alanı gelişmemiştir. Roma Devleti ile görevlileri arasında bir vekâlet ilişkisi olduğu kabul edilmekteydi. Bu durumda vekilin hukuka aykırı faaliyetleri salt onun sorumluluğunu doğurmaktaydı. Hukuka aykırı davranan memur, devleti değil kendisini temsil etmektedir. Devlet, bu formülle kusur ve hatadan muaf tutulmuş ve sorumluluk felsefesi özel hukuk alanında inşa edilmiştir. Monarşik devlet anlayışında da hükümdar ve devlet özdeş kılındığından, memurun kusuru hükümdar iradesinin uzağına sürülmüştür.<sup>102</sup>

Modern devleti anlamak, doğal hukukla pozitif hukuk arasındaki kesin ayrılığı anlamaktır bir bakıma.<sup>103</sup> Ulus-devletin meşruiyet argümanı olarak egemenlik kavramını temellendiren doğal hukuk, aynı zamanda geleneksel doğal hukuk anlayışının dinsel temalarını da “toplum sözleşmesi” kuramıyla ortadan kaldırmıştır. Devlet ile toplumu ayıran bu anlamda doğal hukuktur. Ancak kapitalizmin hukuki güvenlik ve kesinlik

---

<sup>102</sup> Cüneyt Ozansoy, “Devletin Bekasından Hukukun Bakiyesine”, *Birikim*, Sayı: 119, Mart 1999, s. 53.

<sup>103</sup> Akal, *a.g.k.*, s. 94.

talebine yanıt veremeyen doğal hukuk yerine yeni bir hukuk kuramına ihtiyaç duyulmuştur. İstikrar ve güçlü devlet beklentisi, hukuki pozitivizmin kuramsal desteğiyle karşılanmıştır. Hukuki pozitivizm ise devlet ve hukuku özdeşleştirerek toplumu yine dışarıda bırakmıştır.<sup>104</sup>

Hukuki pozitivizm, politik iradeyi etkin hale getirmektedir. Hukuk devletinin etik kaygılardan kurtulması, hukuki pozitivizmin politik eğilimini de yürütmenin güçlendirilmesi yönüne kaydırmıştır. Farklı dünya görüşleri ile parçalanmış çoğulcu topluma ve bu parçalanmanın ürünü olan siyasi partiler ile parlamentoya karşı duyulan güvensizlik burada öne çıkmaktadır.<sup>105</sup>

Kelsen, devleti “hukuk devleti” olarak meşrulaştırma çabasının bir doğal hukuk önyargısı olduğunu düşünmektedir. Her devlet, bir hukuk düzeni olduğu için zaten zorunlu olarak hukuk devletidir. Bu durum siyasi bir değer içermemektedir. Demokrasi ve hukuk güvenliği taleplerini karşılayan devletlerin hukuk devleti olarak değerlendirilmesi, sadece bu tür zorlayıcı düzenlerin gerçek hukuki düzenler olarak görüleceği varsayımına yol açar. Tutarlı bir hukuki pozitivizm ise, devlet gibi hukuku da bir insani davranış zorlayıcı düzeni olarak tanımlar ve bu tanım düzenin ahlak ya da adalet değerine dair bir şey içermez. Devlet-hukuk ikilemi özdeşlik üzerinden aşıldığı için, devletin hukuk dışında farklı bir düzlemde anlaşılması mümkün değildir.<sup>106</sup>

Devleti pozitivizmin rayına yerleştiren Kelsen’in teşhisinde, devletin hukuka aykırı davranışa olanağı bulunmamaktadır. Devlet ve hukuk özdeşleştiği için, devlet normatif bir tasarım haline gelmektedir. Devlet, hukukun asli

---

<sup>104</sup> Bkz. Jale Karakaş, *M. Hardt ve A. Negri'nin Görüşlerinden Hareketle Günümüzdeki Devlet ve Hukuk Anlayışına Eleştirel Bir Bakış*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.

<sup>105</sup> Bünyamin Bezci, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi*, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 26-27.

<sup>106</sup> Hans Kelsen, “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği”, (Çev. Cemal Bâli Akal), *Devlet Kuramı*, (Der. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s. 456.

sahibi olduğu için sorunun çözümü de basitleşmekte ve devlet kavramı Tanrı kavramıyla karşılaştırılmaktadır. Devletin hukuka aykırı davranması, Tanrı'nın günah işlemesi kadar imkânsızdır. Bu nedenle hukuka aykırı bir faaliyet, devlet iradesinin dışında kalmaktadır. Devlet ve kamu gücü tartışılmaz ya da sorgulanamaz bir konuma taşınmaktadır.<sup>107</sup> Kelsen, hukuk düzeninin oluşum anına gönderme yapmaktadır. Herhangi bir kurucu iktidar, kuramsal olarak her zaman anayasal normlardan kaçınıbilir.<sup>108</sup>

Bodin'den Austin'e kadar uzanan yolda egemenlik kavramının hukukun inceleme alanı dışına çıkarılması, yeni durağında Kelsen'in de "temel norm" kavramının başlangıcı olacaktır. Yetkin'e göre temel norm, her tür fiili güce meşruluk tanımakta ve zorba yönetimlerle toplumcu yönetimleri aynı çerçeveye almaktadır. Bir diktatörün iradesi temel normu oluşturduğu zaman, bütün hukuk sisteminin geçerliliği bu iradeden kaynaklanmaktadır. Aslında Kelsen açısından devlet gücünün sınırlandırılması da bizi doğrudan ilgilendirecek bir konu değildir. Bu, politik bir sorundur ve hukuk-devlet özdeşliği, sınırlandırmayı anlamsız kılmaktadır.<sup>109</sup>

Hukuku yaratan egemen gücün hukukla sınırlı olamayacağı düşüncesi, hukuku sadece devletin zor kullanarak düzenlemek istediği alanların hukuki kalıbını hazırlamakla görevlendirmektedir. Devlete bu düzenlemeyi sağladığı için, var olan bir hukuk normu açısından önemli olan yetkili organlarca çıkarılması ve biçimsel koşullara uygunluğudur. Bir devlet iradesi olarak "kutsal kanun", herhangi bir toplumsal değere yaslanmasa bile, bir hukuk normu her türlü emri sindirebilecek bir anlama kavuşmuştur. Hukuki pozitivizm, devlet gücünü elinde bulunduranların hukuki emirlerinin adalete uygun olup olmadığı ile ilgilenmeye tenezzül etmemektedir. Güçlenen bir devlet için

---

<sup>107</sup> Ozansoy, *a.g.m.*, s. 54.

<sup>108</sup> Philippe Braud, "Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri", (Çev. Gülçin Balamir Coşkun), *Devlet Kuramı*, (Der. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s. 376.

<sup>109</sup> Çetin Yetkin, *Kaba Kuvvet Felsefesi*, Toplum Yayınevi, Ankara, 1969, s. 111-112.

adalet veya özgürlük gibi kavramlara ihtiyaç kalmamaktadır.<sup>110</sup> Norm kültürü, usulca yerini devlet kültürüne bırakmaktadır.<sup>111</sup>

Kelsen'in hukuk düzenini kendisiyle temellendirmesi, Chevallier'in ifadesiyle bir varsayıma dayanmaktadır. Farklı yerlerde ortaya çıkan ve devletin aracılığından kısmen kurtulan hukuk normları, devleti çevreler ve devlete kısa devre yaptırır.<sup>112</sup> Hukuk düzeninin kapıları kendi üzerine kilitlemesi, hukuki çıkışı da kapamaktadır. Kelsen'in politik olanı hukuki çerçeveye yerleştirmesi, hukuki pozitivismi Devlet'i olmayan bir devlet teorisi haline getirmektedir. Otorite sahibi olan egemeni yok sayan Kelsen, "temel normu" da bu alandan uzak tutmaktadır. Kendi yetkisini yine bir norma bağlı olarak alan otorite, temel normu belirleyememektedir. Schmitt'in penceresinden bakıldığında, Kelsen'in kurduğu bu yapı, egemenin otoritesine ve istisna haline mekân bırakmamaktadır. Temel norm tarafından belirlenen bir hukuki düzen olarak devlet, hukuki düzenin yaratıcısı ya da kaynağı değildir.<sup>113</sup> "Karar", hukuki pozitivistlerin "burada hukuk sona erer" dedikleri yerde hukukun sona ermediğini göstermiştir.<sup>114</sup>

Herhangi bir norm ve gerçeklik arasında görülebilecek gerilim, devlet ve hukuk arasında daha da artmaktadır. Norm "hukuk", gerçeklik olan "devlet"e karşılık gelmemektedir; çünkü hukukun idesi de devlet idesi ile özdeş değildir. Devlet amaçları yanında hukuk, somut bir devlet amacıyla çatışabilecek bir ideye, hukuk güvenliğine ya da adalete daha yakındır. Devlet, adaleti ve hukuk güvenliğini amaçları arasına alsada, bunları "devlet akli"na feda etmeye hazırdır.<sup>115</sup>

---

<sup>110</sup> a.k., s. 92-93.

<sup>111</sup> Jacques Chevallier, *Hukuk Devleti*, (Çev. Ertuğrul Cenk Gürcan), İmaj Yayınevi, Ankara, 2010, s. 37.

<sup>112</sup> a.k., s. 47-48.

<sup>113</sup> Bezci, a.g.k., s. 99-100.

<sup>114</sup> a.k., s. 102.

<sup>115</sup> Gustav Radbruch, "Hukuk Devleti", (Çev. Hayrettin Ökçesiz), *Hukuk Devleti*, (Haz. Hayrettin Ökçesiz), Afa Yayınları, İstanbul, 1998, s. 14.

Hukukun pozitif hukuktan ibaret kabul edilmesi ve diğer tüm toplumsal kurallardan üstün tutulması, hukuk devleti kavramını egemen gücü sınırlayan bir içerikten yoksun bırakmaktadır. Egemen güce “pozitif hukukla sınırlısın” denilmesi, pozitif hukuku değiştirme olanağına sahip bir güce “kendi kendinle sınırlısın” demek anlamına gelir ki bu da çok tutarlı bir ifade değildir. Eğer egemen gücü değiştiremeyeceği kurallara tabi kılarırsanız, o zaman egemenliğin de bir anlamı olmayacaktır. Hukuki pozitivizm, bu noktada kendisiyle çelişmeden yanıt vermekte zorlanmaktadır.<sup>116</sup>

Neumann, modern devletin kurucu unsurları olarak egemenlik ve hukuk devletini gösterirken bir uzlaşmazlığın da altını çizmektedir. En yüksek düzeyde kudret ile en yüksek düzeyde hak talebinin bir araya gelmesi kolay bağdaşabilir bir husus değildir. Egemenlik genişledikçe, hukuk devletine yer kalmamaktadır. Bu nedenle egemenlik ve hukuk ya da iktidar ve özgürlük ilişkisinin rayına oturması için hukukun hem irrasyonel düzenlemelerden hem de normsuz iradeden kurtarılması gerekmektedir.<sup>117</sup>

## SONUÇ

Santi Romano’ya göre, “zorunluluğun yasası olmasa da, bildik başka bir deyişin belirttiği gibi, zorunluluk yasa yapar; bu da onun gerçek bir hukuk kaynağı oluşturduğu anlamına gelir... ve en üstün derecede hukuki kurumun, yani devletin kökenini ve meşruluğunu ve genel olarak anayasal düzenini, bu kurum fiili bir süreç olarak, sözgelimi devrim yoluyla kurulduğunda, zorunlulukta aramak gerekir. Belirli bir rejimin başlangıç anında gerçekleşen şey, olağanüstü bir yolla ve daha hafiflemiş niteliklerle de olsa, rejim kendi temel kurumlarını biçimlendirdikten ve düzenledikten sonra bile yinelenebilir.”<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> Erözden, *a.g.m.*, s. 72.

<sup>117</sup> William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception*, The MIT Press, Cambridge, 1994, s. 134.

<sup>118</sup> Aktaran, Agamben, *a.g.k.*, s. 40-41.

Görüldüğü üzere zorunluluktan doğan yasa, zorunluluk gerekçesiyle askıya alınabilmektedir. Zorunluluk her durumda hukuku belirlemektedir. Devletin istisna hali çerçevesinde hukuki bir refleksi ya da devlet aklı parantezindeki hukuk dışı herhangi eylemi referansını hukuk düzeninin kuruluş anından, yani başka bir zorunluluktan almaktadır. Dolayısıyla rejimin kuruluş anında gerçekleşen uygulamalar, rejim oturduktan sonra da tekrarlanabilir. Kuruluş anı, devletin hafızasıdır ve hukuk düzeni içinde veya dışında kendini hatırlatma ihtimali yüksektir.

Hukukun kuruluşundaki şiddet, hukukun korunmasındaki şiddeti sarmakta ve bağını hiç koparmamaktadır.<sup>119</sup> Kurucu iktidarın temelindeki hukuk dışılık veya fiili durum kurulu iktidarın her anında saklıdır. Kurucu vadin kendini sürekli tekrarlama ritüeli hukuku çürütmektedir. Yasanın dışında ve içinde kalan şiddet ayrı ayrı tarif edilirken aslında sınır çizilmektedir. Devlet, düşmanın portresini çizerken kendi gücünü resme yansıtmaktadır. Bu resim, hukuken gücü tanımlamamakta; sadece icat etmekle yetinmektedir. Kamu düzenine yönelik bir tehdit halinde kamu gücünü tanımlamaktan kaçınma, ihlali yasanın içine yerleştirmektedir. Hukuk kurucu ve hukuk koruyucu şiddet arasındaki ayırım ortadan kaldırılmaktadır.

Herhangi bir hukuki çerçeveden yoksun bir şiddetin hüküm sürdüğü yasadırlık bölgesinde Benjamin, devlet iktidarının istisna hali yoluyla yasadırlığı bünyesine katma girişimini açığa çıkarmakta ve hukuku, “yasanın gücü” biçiminde askıya alarak koruduğunu öne süren bir hukuk kurmacasıyla karşı karşıya olduğumuzu göstermek istemektedir. Şiddeti her defasında yeniden hukuki bir bağlama yerleştirmek isteyen Schmitt'e karşı Benjamin, şiddete hukukun dışında bir varlık vermeye çalışmıştır.<sup>120</sup>

İstisna halinin ve kurtarıcının her dönemin egemeni olarak sunulması, anayasal sistemleri düşman algısı üzerinden sürekli teyakkuz halinde patolojik yapılar olarak görmektir. Bu hat

---

<sup>119</sup> Derrida, *a.g.m.*, s. 98.

<sup>120</sup> Agamben, *a.g.k.*, s. 81-82.

üzerinden egemenlik, mevcut hukuku devre dışı bırakarak, oluşan hukuk dışı süreçte kendi iktidarını yerleştirmektedir.<sup>121</sup>

Hukuk düzeninin ve tabii ki devletin geçerliliğinin temeli meselesi askıda bırakılmaktadır. Normlar hiyerarşisinde basamak basamak yukarı doğru tırmanarak manzaraya baktığımızda, pozitif norm olarak anayasayı temellendiren şeyin ne olduğu sorusunun yanıtı bizi her durumda hukuk dışı bir alana götürür. Kurucu iktidar ya da siyasi irade görünür olduğunda, karar alanına varmış oluruz. Hukukun kendi geçerliliğini belirleyemediği kırılğan yapısı burada belirmektedir.<sup>122</sup>

İstisna halinin hukuk sisteminin dışında kurulması ise farklı bir siyasi rejimin kapı aralığıdır. Hukuk dışı alanda yaratılan sığınaklar, saf bir güç ilişkisinin siyasi zeminidir. Schmitt'in tüm çabası, bu alanı hukuki düzene entegre etmek ve siyaseti bu alanda kurmaktır. İstisna hali, asli kurucu iktidarın sürekliliğine dair bir pratik üzerine kendini inşa etmeye başlamaktadır.

Mahkemeler, istisna halinin hukuki işleyiş koşullarını kesinleştirirken, anomiyeye karşı çıkmak yerine anomiyeyi hukuk düzeninin içine yerleştirebilmektedirler. Saf şiddeti hukuki bir bağlamda okuma gayreti kararlara yansımaktadır. Birkaç hamle sonrasının hukuki boşluğa ya da daha doğru bir deyişle hukukun nüfuz etmediği bir alana açıldığı görülebilmektedir.<sup>123</sup>

Asli kurucu iktidar, temel felsefesi çerçevesinde, yeni bir anayasa yapma iktidarı olarak değil ama halkın yeni bir anayasa yapma iktidarı şeklinde düşünülmelidir. Asli kurucu iktidar, hukuk dışı kabul edilse bile, hukuk dışı biçimde bir anayasa

---

<sup>121</sup> Dikmen Caniklioğlu, *a.g.k.*, s. 191-192.

<sup>122</sup> Chevallier, *a.g.k.*, s. 43-44.

<sup>123</sup> 11 Eylül sürecinde ABD Yüksek Mahkemesi, yürütme gücünün hukuk düzeni dışında hareket edemeyeceğinin altını çizse de, konunun hukuk devleti çerçevesi içinde tutulmadığı bazı kararlardan anlaşılmaktadır. Yürütme gücüne hukukun dışında geniş bir manevra alanı tanınmaktadır. Bkz. Jean-Claude Paye, *Hukuk Devletin Sonu*, (Çev. G. Demet Lüküslü), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009, s. 46 vd.



yapan her türlü egemen gücün bu tanımın içinde tutulmaması gerekir.<sup>124</sup> Asli kurucu iktidar kavramı, “yeni bir devlet kursa da kurmasa da, eski anayasal düzeni kökten değiştiren ve/veya yepyeni bir anayasa yapan halk iktidarı” olarak yeni bir tanım çizgisine çekilebilir.<sup>125</sup> Hukuk düzenine indirgenen kurucu iktidar, kurulu iktidar kavramıyla da birleşmelidir.<sup>126</sup>

Hukuk devletinin kuramsal temeli, saf egemenlik teorisinin kısmen geçersiz hale getirilmesine dayanmaktadır. Modern devletin hukuk devleti olabilmesi için, devlet tarafından devletin uyması için konulan kuralların yanına ya da daha doğru bir ifade ile üzerine evrensel hukuk ilkelerinin ve temel hak ve özgürlüklerin eklenmesi gerekmektedir. Modern devletin ilk kurgusu devlet aklı doktrinine dayanmaktadır.<sup>127</sup> Saf egemenlik kuramının törpülenmesi, hukuk devletine dönüşüm için ilk basamaktır. Modern devletin devlet aklının gölgesinden sıyrılması ve milli egemenliğin dışında kalan ilkelerden de ışık alması kolay gerçekleştirilecek bir hamle değildir. Devlet iktidarının dili hukuktur.<sup>128</sup> Bu dilin belirsiz bir hale gelmesi, gücün devlet tarafından otoriter biçimde hayata geçirilmesi anlamına da gelmektedir.

Abensour’un deyimiyle, tarihsel ve toplumsal düzeyinde modern devlet, “*ancien régime*”in izlerini yara gibi gizlemekte, ama işleyişini de örtülü olarak bunun sayesinde devam ettirmektedir.<sup>129</sup> Zaten hukuki zemini kendi güvenliği adına yok eden bir kamu gücü, artık çıplak bir güç olarak karşımıza çıkmaktadır. Devlet, siyasi krizlerinde “kuruluş anı”nı referans aldığı anda, kurucu iktidarın geçici olduğu fikri anayasa teorisinde kalmaktadır. Anayasa teorisi, kurucu iktidarı benzersizlik atfetmektedir ve kurucu iktidarın mutlak niteliği de belirgin bir

---

<sup>124</sup> Asli kurucu iktidarın halk dışında başka bir yerde aranmasının kuram açısından değerlendirilmesi için bkz. Aydın, *a.g.k.*, s. 321 vd.

<sup>125</sup> Aydın, *a.g.k.*, s. 323.

<sup>126</sup> Negri, *a.g.k.*, s. 3.

<sup>127</sup> Erözden, *a.g.m.*, s. 73

<sup>128</sup> Scheuerman, *a.g.k.*, s. 144.

<sup>129</sup> Abensour, *a.g.k.*, s. 68.

şekilde bu benzersizlikten gelmektedir. Ancak kurucu iktidar ve anayasa arasında kesintisiz bir ilişki tesis edilmiştir.

Anayasa hukukunun “büyük patlama”sı olarak sadece başlangıcı ya da sıfır noktasını ifade eden kurucu iktidar, ya bir hatıraya yaslanarak ya da bir hatıra üreterek kendi sürekliliğini sağlamaktadır.<sup>130</sup> Bu şekilde anayasal yörüngeye oturan kurucu iktidar, hem hukuk sistemine içkin olmakta hem de anayasal dinamizmin harekete geçmesinin koşullarını belirlemektedir. İktidarı ikiye bölerek aslında kendi anayasallığını da bloke etmektedir. Geçmişin referansı ile geleceğin şekillendirilmesi hususunda “sınırsız” olanaklara sahip bir iktidarın hukuki eşliğinin ve sonsuzluğa uzanma eğiliminin yeniden tartışılması gerekmektedir.

---

<sup>130</sup> Negri, *a.g.k.*, s. 321.

## KAYNAKÇA

- Abensour, Miguel, *Devlete Karşı Demokrasi*, (Çev. Zeynep Gambetti-Nami Başer), Epos Yayınları, Ankara, 2002.
- Agamben, Giorgio, *Olağanüstü Hal*, (Çev. Kemal Atakay), Varlık Yayınları, 2008, İstanbul.
- Agamben, Giorgio, “Olağanüstü Hal”, (Çev. Ferit Burak Aydar), *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, (Haz. Aykut Çelebi), Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s. 165-174.
- Akal, Cemal Bali, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 1998.
- Arditi, Benjamin, *Liberalizmin Kıyılarında Siyaset*, (Çev. Emine Ayhan), Metis Yayınları, İstanbul, 2010.
- Arendt Hannah, *Devrim Üzerine*, (Çev. Onur Eylül Kara), İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.
- Aydın, Öykü Didem, “Biz, Halk: “Egemenliğin Sahibi”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Benjamin, Walter, “Şiddetin Eleştirisi Üzerine”, (Çev. Ece Göztepe), *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, (Haz. Aykut Çelebi), Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s. 19-42.
- Bezci, Bünyamin, *Carl Schmitt’in Politik Felsefesi*, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Bloch, Ernst, “Marksizm ve Hukuk”, (Çev. Serhat Öztöpaş), *Defter*, Sayı: 40, Yaz 2000, s. 119-144.
- Braud, Philippe, “Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri”, (Çev. Gülçin Balamir Coşkun), *Devlet Kuramı*, (Der. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s. 359-376.
- Chevallier, Jacques. *Hukuk Devleti*, (Çev. Ertuğrul Cenk Gürcan), İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.
- De Quincey, Thomas, *Güzel Sanatların Bir Dalı Olarak Cinayet*, (Çev. İsmet Birkan), İletişim Yayınları, İstanbul, 2011.

- Derrida, Jacques, “Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli”, (Çev. Zeynep Direk), *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, Hazırlayan: Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s. 43-133.
- Dikmen, Caniklioğlu Meltem, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Direk, Zeynep, “Yasanın Kaynağı Üstüne”, *Başkalık Deneyimi*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 106-137.
- Erözden, Ozan, “Makyavelizm, Hikmet-i Hükümet ve Modern Devlet”, *Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite*, (Haz. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2012, s. 63-80.
- Gökberk, Macit, “Hegel’in Devlet Felsefesi”, *İstanbul Üniversitesi Felsefe Arkivi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2-3, 1946, s. 99-129.
- Gözler, Kemal, *Kurucu İktidar*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1998.
- Hegel, G.W.F., *Philosophy of Right*, (İngilizceye Çev. S.W. Dyde), Batoche Books, Kitchener, 2001.
- Hobsbawm, Eric, *Tarih Üzerine*, (Çev. Osman Akınhay), Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 1999.
- Kahn, Victoria, “Machiavelli’s afterlife and reputation to the eighteenth century”, *The Cambridge Companion to Machiavelli*, (Ed. John M. Najemy), Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 239-255.
- Kant, Immanuel, *Ebedi Barış Üzerine Felsefi Bir Deneme*, (Çev. Yavuz Abadan - Seha L. Meray), AÜSBF Yayınları, Ankara, 1960.
- Karakaş, Jale, *M. Hardt ve A. Negri’nin Görüşlerinden Hareketle Günümüzdeki Devlet ve Hukuk Anlayışına Eleştirel Bir Bakış*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.
- Keane, John, *Şiddetin Uzun Yüzyılı*, (Çev. Bülent Peker), Dost Kitabevi Yayınları, 1998, Ankara.

- Kelsen, Hans, “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği”, (Çev. Cemal Bâli Akal), *Devlet Kuramı*, (Der. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s. 425-456.
- Mairet, Gérard, “Padovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu”, (Çev. Cemal Bâli Akal), *Devlet Kuramı*, (Der. Cemal Bâli Akal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s. 215-242.
- Negri, Antonio, *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*, (İngilizceye Çev. Maurizia Boscagli), The University of Minnesota Press, Minneapolis, 1999.
- Neocleous, Mark, *Devleti Tahayyül Etmek*, (Çev. Akın Sarı), Nota Bene Yayınları, Ankara, 2014.
- Neocleous, Mark, *Güvenliğin Eleştirisi*, (Çev. Tonguç Ok), Nota Bene Yayınları, Ankara, 2014.
- Ozansoy, Cüneyt, “Devletin Bekasından Hukukun Bakiyesine”, *Birikim*, Sayı:119, Mart 1999, s. 48-56.
- Özcan, Mehmet Tefvik, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2008.
- Özenç, Berke, *Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.
- Paye Jean-Claude, *Hukuk Devletinin Sonu*, (Çev. G. Demet Lüküslü), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009.
- Pierson, Christopher, *Modern Devlet*, (Çev. Dilek Hattatoğlu), Çiviyazıları, İstanbul, 2000.
- Poggi, Gianfranco, *Modern Devletin Gelişimi*, (Çev. Şule Kut – Binnaz Toprak), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001.
- Poulantzas, Nicos, *Faşizm ve Diktatörlük*, (Çev. Ahmet İnsel), İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.
- Radbruch, Gustav, “Hukuk Devleti”, (Çev. Hayrettin Ökçesiz), *Hukuk Devleti*, (Haz. Hayrettin Ökçesiz), Afa Yayınları, İstanbul, 1998, s. 11- 16.

- Sabuktay, Ayşegül, *Devletin Yasal Olmayan Faaliyetleri*, Metis Yayınları, İstanbul, 2010.
- Sancar, Mithat, “*Devlet Aklı*” *Kıskacında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000.
- Sancar, Mithat, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı Mı Güvencesi Mi?”, *Demokrasi ve Yargı*, (Der.) Ozan Ergül), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 44-57.
- Scheuerman, William E., *Between the Norm and the Exception*, The MIT Press, Cambridge, 1994.
- Schmitt, Carl, *Siyasi İlahiyat*, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002.
- Stolleis, Michael, *Yasanın Gözü*, (Çev. Arif Çağlar), Kitap Yayınevi, İstanbul, 2010.
- Supiot, Alain, *Homo Juridicus*, (Çev. Bige Açımız Ünal), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2008.
- Tilly, Charles, *Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu*, (Çev. Kudret Emiroğlu), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2001.
- Tuğrul, Saime, *Canım Sana Feda-Yeni Zamanların Kutsallık Biçimleri*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.
- Weber, Max, *Sosyoloji Yazıları*, (Çev. Taha Parla), Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1993.
- Yetkin, Çetin, *Kaba Kuvvet Felsefesi*, Toplum Yayınevi, Ankara, 1969.
- Zizek, Slavoj, *Ahir Zamanlarda Yaşarken*, (Çev. Erkal Ünal), Metis Yayınları, İstanbul, 2011.