

Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı^(*)

Zühtü Arslan^(**)

GİRİŞ: "DÜNYAYI KURTARAN ADAM" LEVIATHAN'A KARŞI

Bilim-kurgu filmlere benzer insanın devletle dansı. İnsan zekası önce, Nietzsche'yi doğrularcasına "iktidar arzusu" (will to power) ile, dünyayı kontrol edecek silahları ya da robotları yapar. Sonra da, filmin "esas oğlanı" çıkar sahneye... Dünyayı hatta bütün gezegenleri bu ölümcül silahtan ya da robottan kurtarmak için. Kurtarır da...Ancak filmin finalinde, ölüm saçan robotun diriliş işaretleri görülür...Ve böyle sürüp gider "iyi"lerle "kötü"lerin savaşı...

İnsanın devletle ilişkisi de bu türdendir. Modern siyasal teoride bu ilişkinin şekillendirilmesi genellikle Thomas Hobbes'la başlatılır. İnsanların, birbirini kemirdiği doğa durumundan, Leviathan dönemine geçişin nedenlerini, şeklini ve sonuçlarını anlatır Hobbes'. Yaşadığı dönemin kaos ve iç savaşlarla dolu olması, Hobbes'un mutlak güç sahibi bir canavar yaratmasını açıkla bile bunu haklı kılmaya yetmez. Ne var ki, olan olmuştur...Hangi nedenle ve ne şekilde

olursa olsun ortaya bir yaratık çıkmıştır. Kimilerine göre, onu yaratanlara eski günlerini aratan bir yaratıktır bu. Şimdi bütün mesele, Leviathan ile birey arasındaki ilişkileri ikincisi lehine düzenleme meselesidir. Ya da bilim-kurgusal anlamda dünyayı Leviathan canavarından kurtarma meselesidir. "Bizatihi kötü" ya da "kötülerin silahı" olarak Leviathan'ın etkisini (zararını) azaltabilmek maksadıyla, zamanla farklı mekanlarda farklı çözüm yolları ortaya konmuştur. Çözüm yollarının tıkanıdığı dönemlerde de "gerçeküstü" fanteziler devreye girmiştir. Yarı "sanal", "deli yürek"ler, kitlelerin gözünde kirli ve hukuk dışı yollara başvuran Leviathan'a karşı alternatif adalet dağıtıcısı olarak algılanabilmiştir.

Hemen belirtelim ki, başından beri Leviathan'ı öldürme ve ondan kurtulma planları yapılmıştır. Bu planlardan en etkili, Yahudiler'in kendisiyle Hristiyan Batı'dan intikam aldığı iddia edilen Karl Marx tarafından geliştirildi.² Marx'ın müritleri "devletsiz" bir dünya-

nın hayallerini kurup bu hayal uğruna devrimler yaptılar. Ancak, "proleterya diktatörlüğü" bir geçiş dönemi olmaksızın çıkarıldı ve "elitler diktatörlüğüne" dönüştürülerek süreklileştirildi. "Bazılarının daha eşit" olduğu sosyalist devletlerde, devletin buharlaşması yerine, "katı olan her şeyin buharlaşması"na tanık olundu. Sonunda, "sosyalizm despotizmin küçük kardeşidir" diyen Nietzsche'nin kehaneti gerçekleşti.³ Despotizmin tarihteki en kanlı örneklerini sergileyen sosyalist rejimler, "devletsiz bir toplum" yerine "toplumsuz bir devlet" yarattılar.⁴ Ütopya'nın cehenneme dönüştüğü yer de doğal olarak sonun başlangıcı oldu. "Reel sosyalizm" in çöküşüyle, insanı sömüren ve özgürlükleri boğan Leviathan'ı yok etme hayali böylece suya düşmüş oldu. Sosyalizmin çöküşünü, liberalizmin hanesine başarı olarak kaydederek, def çalıp oynamak da Francis Fukuyama adında Japon asıllı bir Amerikalıya düştü.⁵

Gerçi arada bir Anarşistler de çıktı Leviathan'ı ve bütün otoriter kurumları ortadan kaldırmak için. Bu "kafa karıştıran adamlar", "eskiden Devlet mi vardı?" diye sordular sinsin. Devletliliğin "kader" değil, tarihsel dönem içinde şekillenen hegemonya kavgasının ürünü olduğunu söylediler.⁶ Ancak burun

kıvırdı kitleler bu kenar mahalle aristokratlarına. Kemiyet, bir kez daha keyfiyeti kemirdi... Sonra da vulgarize ettiler adamları. Anlı şanlı teorilerin sahipleri, kendi sıfatlarının saçı sakalı uzun olanlara, kıyafeti "anormal" olanlara verildiğini ve serseri sıfatını tamamlamak için kullanıldığını görünce kahırlarından ölmüşlerdir herhalde.

Bir de başından beri bu iflah olmaz "Leviathan düşmanları" nı uyaranlar var. Bunlara göre, devlet "kötüdür, ama gereklidir".⁷ Yani "ölümü gösterip, sıtmaya razı etme" hali. Olabilecek kötü durumların arasında en iyi durum devletli olmak. "Gerekli kötü" olan devletin kötülüklerini minimize etmek, liberal siyasal teorinin temel kaygısı olmuştur. Hobbes'un Leviathan'ını sevimli hale getirmek için az uğraşmadı Locke ve onun takipçileri. Önce ona "varlık nede-nim, bireyin haklarını korumaktır!.." diye başlayan amentüyü ezberlettirtiler. Sonra da bunun için kendi kendisini sınırlaması gerektiğini...Devletin dizginlenmesi ve bu yolla bireyin haklarının korunmaya çalışılması neredeyse genel kabul gören bir çözüm yolu olarak çıktı ortaya. Kısaca "anayasacılık" olarak formüle edilen bu görüş, mutlak iktidarın yozlaştırıcı olduğundan hareketle, siyasal iktidarı sınırlamayı hedefledi.⁸

3 F.Nietzsche, *Human, All Too Human*, trans. R.J.Hollingdale, (Cambridge: Cambridge University Press, 1986), s.173.

4 Bkz. R.Crossman(ed.), *The God that Failed*, (New York: Harper & Brothers, 1949).

5 Bir ara çok moda olan Fukuyama ve Kojève'den aldığı (yoksa aparttığı mı demek lazım?) "tarihin sonu" tezi için bkz. F.Fukuyama, "The End of History", *The National Interest*, 16(Summer 1989): 3-18, F.Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, (London:Hamish Hamilton, 1992). Fukuyama'nın "yapıbozumuna" uğratıldığı bir çalışma için bkz. J.Derrida, *Specters of Marx*, trans. P.Kamuf, ((London: Routledge, 1994)

6 Bu konuda bkz.P. Kropotkin, *The State: Its Historic Role*, (London: Freedom Press, 1969).

7 Bkz. T.Paine, *Common Sense*, (Harmondsworth:Penguin, 1976), s.65.

8 Bu konuda bkz. C.J.Friedrich, *Sınırlı Devlet*, çev. M.Turhan, (Ankara: Gündoğan yayınları, 1999), ve Z.Arsan, "Anayasal Devlet'in Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (II)", *Liberal Düşünce*, 4/16 (Güz 1999):5-19.

* Bu makale daha önce Doğu Batı dergisinin 13.sayısında (2000-01) yayımlanmıştır.

** Doç. Dr., P.A. Güvenlik Bilimleri Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

1 Bkz. T. Hobbes, *Leviathan*, (London: J.M.Dent and Sons.Ltd., 1914).

2 Giovanni Pappini, meşhur eseri Gog'da bir Yahudi'yi konuşturur. Ben Rubi adındaki yahudi, yıllardır ezilen ve horlanan soyunun bir asırdır Hristiyan Batı'nın düşünce binasının dayandığı sütunları ve aziz kabul ettikleri bütün inançları baltalayıp kirleterek düşmanlarından intikam aldığını söyler. Marx'ın bu intikamdaki yeri de şu cümlelerle anlatılır: "İnsanlar politika, ahlak, din ve sanatın yüksek fikir ürünleri olduğuna, kese ve miğde ile bir ilgisi olmadığına daima inandılar: Trevesli ve Marx adında bir Yahudi çıktı, bütün bu çok yüksek ideallerin aşağı ekonominin fişki ve gübresi içinde yetiştiğini ispat etti." G.Papini, *Gog I-II*, çev. F.Adil, (İstanbul: İş Bankası Yayınları, 1999), s.71.

Siyasal iktidarı sınırlamanın etkili araçlarından biri de "hukuk devleti" ilkesidir. Ancak hukuk devleti kavramsal ve teorik açıdan problemsiz değildir. Burada, iki farklı devlet anlayışının varlığını ve bu anlayışların birbiriyle sürekli mücadele içinde olduğunu görüyoruz. Bir yanda, Hegel'den Carl Schmitt'e uzanan "maddi/özel" devlet geleneği var. Diğer yanda "prosedürel" devlet geleneği. Birincisi, tarihsel süreçte daha çok "otoriter" tecrübelerle esin kaynağı olmuş, ikincisi ise sınırlı devletin teorik temellerini inşa etmiş. Birincisi, devletin hukukunu ve hikmet-i hükümeti gözetmiş, ikincisi hukukun üstünlüğüne dayanan devleti, yani hukuk devletini savunmuş.

DEVLETİN HUKUKU

Bertrand Russell, Hegelci siyasal gelenekle liberal gelenek arasındaki temel farklılığı şu sözlerle özetliyor:

"Hegel'le ilgili olarak sormamız gereken gerçek soru, Devletin kendi başına bir amaç olarak iyi olup olmadığıdır: vatandaşlar mı Devlet için vardır, yoksa Devlet mi vatandaşlar için? Hegel birinci görüşü savunur, Locke'dan esinlenen liberal felsefe ise ikincisini."⁹

Gerçekten de Hegel'e göre, Devlet "mutlak ve değişmez amaçtır kendi içinde".¹⁰ Hegel'in düşüncesinde Devlet,

"Tanrı'nın yeryüzündeki yürüyüşüdür."¹¹ Bu anlamda o, "yeryüzündeki mutlak güçtür".¹² Bazı yazarlar, Hegel'in aktardığımız meşhur sözünün İngilizce'ye, dolayısıyla diğer dillere, yanlış tercüme edildiğini ileri sürmektedir. Örneğin Shlomo Avineri'ye göre Hegel'in bu sözünün doğru tercümesi, "Tanrı'nın yeryüzündeki sünneti gereği, devlet vardır" şeklindedir. Avineri'nin yorumuna göre, Hegel burada "Tanrı'nın yeryüzünde yürüyüşünü" değil, "devletin varlığının ilahi stratejinin bir parçası olduğunu" kasetmektedir.¹³ Ancak bu yorum, Hegel'in devlete atfettiği önemi değiştirmiyor. Onun için devlet "kutsal"dır. Bu kutsallık, ister "Tanrı'nın yürüyüşü" olarak tecelli etsin, isterse "Tanrı'nın iradesi" olarak, onun "mutlak devleti" savunduğu gerçeği değişmemektedir.¹⁴

Hegel, birey-devlet arasındaki ilişkide ontolojik önceliği de devlete vermektedir. En yüce görevi devletin üyesi bulunmak olan bireyler karşısında, Devlet en ulvi doğruyu temsil etmektedir. Diğer yandan "özgürlük de ancak devlet içerisinde en ulvi doğruya ulaşır."¹⁵ Hegel'e göre, bireyin "hakikate ve etiksel yaşam" a sahip olmasının yolu devletten geçmektedir. Hegel konuşuyor:

9 B. Russell, *A History of Western Philosophy*, Second Edition, (London: Allen & Unwin, 1961), s.713.

10 G.W.F.Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, Trans. H. B. Nisbet, (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), s.275.

11 Ibid., s.279, ve G.W.F.Hegel, *Reason in History: A General Introduction to the Philosophy of History*, (New York: The Liberal Arts Press, 1953), s.53.

12 Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, s.366. (Vurgu orijinal metne ait)

13 S.Avineri, *Hegel's Theory of the Modern State*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1972), s.177.

14 Bkz. R.S.Peters, "Hegel and the Nation-State", D.Thomson(ed.), *Political Ideas*, (Harmondsworth: Penguin, 1969), içinde ss.130-142.

15 Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, s.275.

"Eğer devlet, sivil toplumla karıştırılır, amacı da mülkiyetin ve kişisel özgürlüğün güvenliği ve korunmasından ibaret kabul edilirse, bireylerin çıkarı, uğruna etrafında birleşilen nihai gaye olur. Diğer yandan bu yolla Devlet'e üyelik/mensubiyet seçenekli hale gelir...Oysa Devletin bireyle ilişkisi oldukça farklı bir türdendir. Devlet objektif tin (objective spirit) olduğu için, birey, objektifliğe, hakikate ve etik yaşama ancak Devlet'in bir üyesi olmak yoluyla sahip olabilir."¹⁶

Burada devlet, sivil toplum ve birey karşısında bağımsız ve öncelikli bir konuma sahip olmakla kalmıyor, her şeyin kendisiyle anlam kazandığı bir hareket noktası haline geliyor. Böyle olunca da birey ve onun özgürlükleri kendi başına değil, ancak "objektif tin" olan Devletçe kutsandığı zaman hayatiyet kazanabiliyor. Devlet sadece bireysel özgürlüklerin değil, bireyin hayatındaki bütün somut unsurların da temelini oluşturuyor. Sanat, ahlak, hukuk ve bilim devletin

hayat verdiği unsurlardır. Böylesine aşkın ve kuşatıcı bir devlet anlayışının pratikte nasıl bir şekil alabileceğini tasavvur etmek zor olmasa gerek.¹⁷ "Meşru şiddet uygulama tekeline sahip aygıt"¹⁸ olan Devleti temsil konumunda olan kişilerin, "ne yaptıysak devlet için yaptık" mazereti altında her türlü hukuksuzluğu ve hak ihlalinin kolayca meşrulaştırabildikleri bilinmektedir.

Burada Hegelci geleneğe devam etmeden, bir parantez açıp politik toplum/sivil toplum kavramsallaştırmasına yönelik itirazlara değinmek yerinde olacaktır. Hegel'in devleti, özel ilişkilerin ve kişisel çıkarların alanı olan sivil toplum karşısında (ve üzerinde) konumlandırması, Marx ve onun takipçileri tarafından eleştirilmiştir. Marx, bireyin siyasal toplum ve sivil toplum arasındaki parçalanmışlığına dikkat çekerek, bunun çifte yaşama yol açtığını vurgulamıştır. Marx'ın, Fransız Devrimiyle somutlaşan "kişi hakları"na yönelik eleştirisi de bu yaklaşımdan beslenmektedir.¹⁹

16 Ibid., s.276.

17 Aslında Hegel'in devlet anlayışının, yaşadığı dönemin siyasal şartlarının ürünü olduğu iddiası, üzerinde durulmaya değer bir iddiadır. Popper'e göre Hegel'i bu kadar meşhur ve etkili kılan şey, onun zekası ve yetenekleri değil, vatandaşı olduğu Prusya devletinin kendisini kutsaması ve kullanmasıdır. Devletin "maaşlı filozofu"nun, devletin bekası için felsefi argümanlar geliştirdiği bir durumla karşı karşıyayız. Popper, tezini doğrulamak için Hegel'in çağdaşı ve Nietzsche'nin hocası Schopenhauer'u tanık gösterir. Hegel'i "sertifikalı filozof" ve "zırcahil şarlatan" olarak niteleyen Schopenhauer, olayın "yukardan devletin çıkarları için, aşağıdan da kişisel çıkarlar için felsefenin kullanılması"ndan ibaret olduğunu söyler. Bkz. K.R.Popper, *The Open Society and Its Enemies*, Vol.II: *The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx, and the Aftermath*, Second edition, (London: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1952), ss.32-33. Ancak Hegel'in düşüncesinin büyük ölçüde "realpolitik"çe belirlendiği ve onun "majestelerinin filozofu" olduğu gerçeği, bir başka gerçeği görmemizden gelmemize yol açmamalıdır. Bu da, Hegel'in kendisinden sonraki batı düşüncesini önemli ölçüde etkilediği ve belirlediği gerçeğidir. Denebilir ki, modern batı düşüncesinin farklı kollarının kesiştiği noktadaki birkaç düşünürden biri Hegel'dir. Aşırı Marksistlerden, Faşist sağa uzanan geniş bir yelpazede Hegel'in düşüncelerinin etkili olduğunu görüyoruz. Popper, bu etkiyi daha çok Hegel'in yaşadığı dönemin devlet destekli, "resmi filozofu" olmasıyla açıklama eğilimindeyse de (ibid., s.30ff), bunun daha derinlere inen bir açıklaması olmalıdır. Ancak böylesi bir açıklamaya girişmek de bu çalışmanın sınırlarını aşacaktır. Hegel'in düşünsel mirasıyla ilgili bir çalışma için bkz. J.McCarney, "Hegel's Legacy", *Res Publica: A Journal of Legal and Social Philosophy*, 5/2 (1999):117-138.

18 Bkz. M.Weber, *On Law in Economy and Society*, trans. E.Shils ve M.Rheinstein, (Cambridge, Mass.:Harvard University Press, 1969), s.342.

19 Bu konuda bkz. Z.Arsan, "Taking Rights Less Seriously: Postmodernizm and Human Rights", *Res Publica: A Journal of Legal and Social Philosophy*, 5/2 (1999):195-215, özellikle ss.196-199.

Marx'a göre "kişi hakları" olarak formüle edilen siyasal özgürleşme, "bireyi bir yandan egoist ve bencil bir yaratık olarak sivil toplum üyeliğine, diğer yandan da moral bir şahsiyet olarak vatandaşlığa [siyasal toplum üyeliğine] indirgemektedir".²⁰

Yirminci yüzyılın önde gelen Marksizm yorumcularından Gramsci de, farklı bir düzlemde de olsa, politik toplumla sivil toplum arasındaki içiçeliği vurgulamıştır. Modern devlet, meşruiyetini sağlama ve devam ettirmede hem zora hem de rızaya başvurmaktadır.²¹ Hiçbir devlet, meşruluğunu yeniden üretirken sadece zora ya da sadece rızaya dayanmaz. Meşruluğun zorlama ve rıza boyutları, Gramsci'nin teorisinde iki kavramla ifade edilmektedir: tahakküm (dominio) ve hegemonya (egemonia). Tahakküm, devletin zor/şiddet kul-

lanma yetkisine sahip mekanizmaları yoluyla sağlanmakta ve siyasal toplumu şekillendirmektedir. Hegemonya ise daha çok "entelektüel ve moral önderlik" kavramı çerçevesinde oluşan sivil topluma tekabül etmektedir.²² Başka bir ifadeyle, hegemonya sivil toplumun eğitici, dinsel ve diğer örgütsel kurumlarıyla uygulanmaktadır. Gramsci, devleti tahakküm ve hegemonyanın temellendiği iki toplumun toplamı olarak tanımlar: "Devlet= siyasal toplum+sivil toplumdur. Yani zor kullanma zırhıyla korunan hegemonyadır."²³ Devlet siyasal ve ideolojik hegemonyasını bir yandan zor kullanma yoluyla, diğer yandan da sivil toplum unsurlarını manipüle ederek kurmakta ve devam ettirmektedir.

Gramsci, devlet-hukuk ilişkisini de hegemonya kavramı çerçevesinde formüle etmektedir. Hegemonyanın ko-

runması ve devamında önemli bir yere sahip olan hukuk, biri siyasal topluma diğeri de sivil topluma yönelik iki temel işlevi yerine getirmektedir. Hukuk, bir yandan yönetici kesimin homojenliğini sağlar, diğer yandan da yönetici kesim için son derece önemli olan toplumsal uymayı/itaati gerçekleştirir. Kısaca, hem yönetici kesimin farklı kesimlerini ve güç bloklarını birleştirerek yönetimin "tek-biçim" halinde görünmesini temin eden, hem de kitlelerin sisteme itaatini sağlayan bir araçtır hukuk.²⁴ Böylece hukuk, siyasal (politik toplum) ve ideolojik (sivil toplum) düzlemlerde işlev görerek hegemonyanın devamına katkıda bulunmaktadır.²⁵

Hukukun özellikle siyasal düzlemdeki işlevini iyi anlayabilmek için, "devletin hukuku" ya da "hikmet-i devlet" (raison d'état) anlayışlarının gerektirdiği "siyasal" kavramına biraz daha yakından bakmak gerekiyor. Bu noktada karışımıza belki biraz da ihmal edilmiş bir yazar çıkıyor: Carl Schmitt. Bizde ihmal edilen²⁶ Schmitt, Batı'da ikinci baharını yaşıyor. Schmitt'in yeniden dirilişindeki ironi ise, bir Nazi ideologunun kendilerini post-marxist ve post-modernist olarak tanımlayan kimi yazarlar tarafından esin kaynağı olarak kabul edilmesinde yatıyor.²⁷ Bu ironik durum son

derece ilginç bir konu olmakla birlikte, yazımızın sınırlarını aşmaktadır. Bizim Schmitt'e olan ilgimiz, onun yeniden "moda" olmasından ziyade, onun siyaset anlayışının buna bağlı olarak da hukuk-devlet ilişkisine bakışının içinde bulunduğumuz durumu anlama ve anlamlandırmada yardımcı olacağı inancından kaynaklanmaktadır.

"Liberal demokrasi"ye alternatif arayanların Schmitt'i bayraklaştırmaları boşuna değildir. Schmitt'in siyaset anlayışında devlet ve onu oluşturan "homojen" toplum, bireysel özgürlükler karşısında önceliğe ve üstünlüğe sahiptir. Devlet, hukuku yaratan aygıt olarak onun üzerindedir. Dahası Schmitt'e göre, devletin kendi varlığını koruması gereken "istisnai/olağanüstü durum" (exception)larda hukukun dışına çıkması, onu ayak bağı olmaktan çıkarması normaldir. "Olağanüstü durum", dost-düşman ayrımına dayanan siyasetin krize girdiği, "düşman" tehlikesinin siyasal varlık olarak devleti tehdit ettiği durumdur. Peki, Schmitt'in düşüncesinde merkezi bir konuma sahip olan "olağanüstü durum"a kim karar verecek? Tek kelimeyle "egemen" diye cevaplıyor Schmitt bu soruyu. Schmitt'e göre "egemen, istisna konusunda karar verendir."²⁸ Hukuk "durumsal"dır. Durumsal-

20 K.Marx, "On the Jewish Question", D.McLellan (ed.), Karl Marx: Selected Writings, (Oxford: Oxford University Press, 1971), s.57.

21 Meşruiyet sorununun anayasal düzlemde tartışıldığı bir çalışma için bkz. Z.Arslan, "Anayasalar ve Meşruluk Sorunu", Yeni Türkiye, Sayı 30 (Kasım-Aralık 1999):564-571.

22 A.Gramsci, Selections from Prison Notebooks, trans. Q.Hoare & G.N.Smith, (London: Lawrence and Wishart, 1971), s.12. Gramsci'de sivil toplum ve hegemonya ilişkisi için bkz.J.V. Femia, Gramsci's Political Thought: Hegemony, Consciousness, and the Revolutionary Process, (Oxford: Clarendon, 1987), ss.23-60; C.Buci-Glucksmann, Gramsci and the State, trans. D.Fernbach, (London: Lawrence and Wishart, 1980), özellikle Bölüm 1 ve 2. Gramsci'nin hegemonya kavramının postmodern/postmarksist açıdan okunduğu bir çalışma için bkz. E.Laclau ve C.Mouffe, Hegemony and Socialist Strategy, (London: Verso, 1985).

23 Gramsci, Selections from Prison Notebooks, s.263. Gramsci gibi, Althusser de (her ne kadar Gramsci'nin en büyük eleştirmenlerinden biri olsa da) devletin zor kullanan aygıtları ile sivil topluma tekabül eden "ideolojik aygıtları" sayesinde varlığını devam ettirdiğini ileri sürer. Althusser'e göre polis ve ordu gibi "Devletin Zorlayıcı Aygıtları" (Repressive State Apparatus), güç kullanma esasına göre hareket ederler. Oysa, okul, kilise, aile, sendika ve medya gibi "Devletin İdeolojik Aygıtları" (Ideological State Apparatuses), ideolojiyle hareket ederler. Ancak, Althusser "zor" ve "ideoloji"nin bu iki grup devlet aygıtına hakim olmasına rağmen, pür anlamda "güç kullanıcı" bir aygıtın olmadığını, bunların ideolojik boyutunun da olduğunu ilave eder. Aynı şekilde, kilise ve okullardaki cezalandırma yöntemi de ideolojik aygıtlardaki "zor" ya da "güç kullanma" unsuruna işaret etmektedir. Zorlayıcı Devlet Aygıtları, kamusal alana aitken, İdeolojik Aygıtlar daha çok özel alana aittirler. Althusser'e göre, Devlet bu iki alanda birden ideolojik hegemonyasını devam ettirmeye çalışır. İdeolojik Aygıtlar üzerinde ve içinde hegemonyasını sağlayamayan devletlerin sadece zor/güç kullanarak uzun süre ayakta kalması mümkün değildir. Kısaca, devlet sivil toplum aygıtlarını, özellikle de medyayı, kullanarak meşruluğunu yeniden üretmekte ve varlığını sürdürmektedir. Aslında, Althusser açısından, devletin yeniden ürettiği, "kapitalist sömürü"nü ta kendisidir. Bkz.L.Althusser, "Ideology and Ideological State Apparatuses (Notes Towards an Investigation)", Essays on Ideology, (London: Verso, 1984), içinde s.16, 19, 18, 20, 28.

24 Gramsci, Selection from Prison Notebooks, s.195.

25 Gramsci'nin teorisinde hukuk-devlet ilişkisi için bkz. C.Sumner, Reading Ideologies: An Investigation into the Marxist Theory of Ideology and Law, (London: Academic Press, 1979), s.256-259 ve M.Cain, "Gramsci, The State and the Law", D.Sugarman (der.), Legality, Ideology and the State, (London: Academic Press, 1983), ss.95-117.

26 Bu konuda önemli bir istisna için bkz. M.Sancar, "Devlet Akli" Kısacasında Hukuk Devleti, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2000), ss.88-94.

27 Bkz. W.E.Scheuerman, Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law, (Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1997), s.8-9.

28 C.Schmitt, Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty, trans. G.Schwab, (Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1985), s.5. Schmitt'in "istisna" eksenli egemenlik anlayışının Türk siyasal/hukuksal mekanına yansımaları için bkz. Sancar, "Devlet Akli" Kısacasında Hukuk Devleti, ss.94-101.

lığı bütünüyle belirleyen de egemenin kendisidir. Burada "son karar" yetkisi egemene aittir. Bu yüzden "devletin egemenliğinin özü, onun güç kullanma ya da yönetme tekeline sahip olmasında değil, karar verme tekeline elinde bulundurmasında yatmaktadır."²⁹ Karar, kendisini yasal ve normatif bağlardan soyutlayarak mutlak bir statüye kavuşur. "İstisna"ya karar veren devlet, "kendini koruma hakkı"nı kullanarak hukuku askıya alabilir. Zira devletin varlığı, hukuk karşısında tartışmasız bir önceliğe ve üstünlüğe sahiptir.³⁰

Schmitt, "realist" bir yazardır. Onun çıkış noktası, zaman ve mekan ötesi soyut ilkeler değil, zaman ve mekanın şekillendirdiği somut kurumsal yapılar ve ilişkilerdir. Belki bu noktada Schmitt'in Hegelci siyasal gelenekten ayrıldığı söylenebilir, ancak biraz ileride yollar tekrar birleşecektir. Schmitt "'devlet'in tüm halklar ve zamanlar için geçerli bir kavram olmadığı"nı, aksine "tarihi, belirli bir döneme bağlı, somut bir kavram olduğu"nu, dolayısıyla, bu kavramı "kendi döneminin tipik oluşumları dı-

şındaki zaman ve durumlara aktarmanın yanlış olduğu"nu savunmaktadır.³¹ Aynı şekilde, hukukun üstünlüğü ve parlamentarizm gibi liberal kavramlara saldırırken, Schmitt "modern devlet"in çok önemli yapısal değişiklik geçirdiği argümanına dayanmaktadır. Schmitt'e göre, hukukun üstünlüğü ilkesi müdahaleci olmayan, kapitalist devlet-toplum ilişkilerinde yerini ve anlamını bulan bir ideadır. Ancak, refah devleti gibi müdahaleci, günlük hayatın hemen her alanını düzenleyen bir devlet için bu kavram çok şey ifade etmemektedir. Schmitt için önemli olan devletin "var olan" haliyle algılanıp, analiz edilmesidir. Ona göre "kendimizi tarih ötesi bir idealizmden korumalı ve devleti ideolojik bir olay haline getirmemeliyiz."³²

Ne var ki, Schmitt'in "var olan"dan hareketle ortaya koyduğu görüşler, devleti ideolojik bir aygıt olmaktan uzaklaştırma yerine, tam tersine ideolojinin kucagina itmiştir. Hem de bütün zamanların en yıkıcı ve en kanlı ideolojilerinden birinin, yani Faşizmin kucagina.³³ Bu yüzden, nasıl ki Hegel "Eflatun ile

modern totaliteryanizm arasındaki kopukluğu gideren adam"³⁴ olarak görülüyorsa, Schmitt'i de Hegel'le günümüz otoriteryanizmi arasındaki kopukluğu gideren düşünür olarak değerlendirmek yanlış olmasa gerektir. Schmitt'in siyaseti "dost/düşman" ayrımına dayandırması en azından sonuçları bakımından otoriter bir anlayışı ve uygulamayı doğurmaktadır. Schmitt'e göre, moral alan "iyi/kötü", estetik alan "güzel/çirkin", ekonomi alanı da "kar/zarar" ayrımına dayanmaktadır. Siyasal alanın da dayandığı, belirlendiği temel bir ayrım vardır. Bu "dost/düşman" ayrımıdır.³⁵ Siyasala ait hiçbir kavram, bu temel ayırmadan bağımsız olarak anlaşılamaz. Devlet, anayasal devlet, tarafsız ya da total devlet gibi terimler, ancak bu kavramlarla kimlerin etkileneceği ya da dışlanacağı bilindiği takdirde anlaşılabilir.³⁶ Daha da önemlisi, "dost" ve "düşman" kategorilerini tanımlayıp, somutlaştıracak olan bizzat devlettir. Schmitt konuşuyor:

"Devlet bir siyasal varlık olduğu müddetçe, iç barışın sağlanması gerekliği devleti kritik durumlarda iç düşman konusunda karar vermeye zorlar. Bu nedenle her devlet, bir iç düşman ilan etmenin (kendine has) formülasyonunu geliştirir."³⁷

İlan edilmiş "düşman"la mücadelenin yoğunluğu ve yöntemi değişebilir. Kimi zaman sert, kimi zamanda esnek olan bu mücadele sürgün, dışlama ve yasaklama gibi tekniklerle yürütülebilir.³⁸ Diğer yandan kendisiyle mücadele edilen "düşman"ın moral anlamda "kötü" olması gerekmiyor. Düşman, "yalnızca ötekidir, yabancısıdır; doğası gereği, kesin bir şekilde, varoluşsal bakımdan farklı ve yabancı olandır." Tam da bu yüzden o "olağanüstü durumlarda kendisiyle savaşılmaması mümkün olan"dr.³⁹ Devlet'i belirlediği "tehdit"ler konusunda sorgulamak da mümkün görünmemektedir. Zira Hegelci gelenek, daha önce belirtildiği gibi, devleti kutsal bir zemine oturtmaktadır. Schmitt, tıpkı Hegel gibi, devleti kendi başına, ulvi bir "moral ve siyasi değer" olarak görmektedir. Burada devlet, "bireyin özgürlük alanını güvenceye alma aracı değil, bireyin hizmet eden bir üye olarak içinde eridiği toplumun (Volksgemeinschaft) inşasının ve gelişmesinin temeli"dir.⁴⁰ Yine Hegel'de olduğu gibi, Schmitt'te de devleti metafizik sembollerle özdeşleştirme eğilimi vardır. Schmitt'e göre "modern devlet teorisinin üzerine yapıldığı bütün önemli kavramlar, sekülerize edilmiş teolojik kavramlardır". "Kadir-i mutlak Tanrı", üstün yasakoyucuya, "mucize" de istisnaya dönüşmüş-

29 Schmitt, *Political Theology*, s.13.

30 *ibid.*, s.12.

31 C.Schmitt, "Somut ve Çağa Bağlı Bir Kavram Olarak Devlet", (Çev.B.E.Oder), C.B.Akal (der.), *Devlet Kuramı*, (Ankara:Dost Kitabevi Yayınları, 2000), içinde s.252. Devlet sözcüğü ile ilgili anakronik kullanımları örneklemek için Schmitt şunları söylüyor: "XIX.yüzyılda, çok tabii bir şeyden söz edememişesine, Atinalı'ların, Romalı'ların, Orta Çağ'ın ve Aztekler'in "devletinden" söz edilmesine alışılmıştı. Bu arı ya da karınca devletinden söz etmek gibi esaslı bir hatadır, çünkü bu tür hayvan "devletlerinde" tarihi kavramlar sözkonusu olamaz." *ibid.*

32 *ibid.*, s.254.

Bu noktada "uçuk" sayılabilecek, ama bir o kadar da "dudak uçuklatan" cinsten bir iddiayı hatırlatmak gerekir. Bazı yazarlar, aslında Faşizmin zannedildiği gibi liberalizmin karşıtı olmadığını, tersine onun bir sonucu olduğunu ileri sürerler. Buna göre faşizm, liberalizmin "radikalizasyonu"ndan ibarettir. Nitekim Schmitt'in "otoriter liberal" olarak anılması ve Hayek gibi liberalizmin fikir babalarıyla olan "yakınlığı" bu iddianın dayandığı temeller olarak görülüyor. Bu konuda bkz. J.P.McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), s.14. [McCormick, Schmitt/Hayek ilişkisi için şu iki makaleye atıf yapıyor: B.Scheuerman, "The Unholy Alliance of Carl Schmitt and Friedrich A.Hayek", *Constellations* 4:2 (October 1997), ve R.Cristi, "Hayek and Schmitt on the Rule of Law", *Canadian Journal of Political Science* 17:3 (1984).] Aslında bu tezin daha tutarlı bir versiyonu Zygmunt Bauman'ın modernite kritiğinde bulunabilir. Bauman, Nazizmin en büyük günahı olarak kabul edilen Holocaust (Yahudi Soykırımı) ile modernite arasında doğrudan bir bağ kurar. Ona göre Holocaust, modernitenin doğal sonucudur. (Bkz. Z.Bauman, *Modernite ve Holocaust*, çev. S.Sertabiboğlu, (İstanbul: Sarmal Yayınları, 1997). Modernitenin siyasal projesi ise kimine göre liberalizmdir. Bkz. J.Gray, *Liberalism*, (Milton Keynes: Open University Press, 1986), s.82. Bu konunun indirgemeci ve ucuz yollara sapılmadan incelenmesi meraklıları için ilginç sonuçlar çıkarabilecektir.

34 Popper, *The Open Society*, s.31.

35 C.Schmitt, *The Concept of the Political*, trans. G.Schwab, (New Brunswick, N.J.:Rutgers University Press, 1976), s.26.

36 *ibid.*, ss.30-31.

37 *ibid.*, s.46.

38 *ibid.*, s.47.

39 *ibid.*, s.27.

40 C.Schmitt, "Was bedeutet der Streit um der Rechtsstaat?", *Zeitschrift f.d.ges Staatswissenschaft* 95 (35). Aktaran: G.Weiler, *From Absolutism to Totalitarianism: Carl Schmitt on Thomas Hobbes*, (Durango, Colorado: Hollowbrook Publishing, 1994), s.158.

tür.⁴¹ "Yirminci yüzyılın Hobbes'u" olarak anılan Schmitt, Leviathanı anlatırken, "tanrı" sembolüne ve bu sembolün çağrışımına vurgu yapmaktadır. Ona göre, "Tanrı, insan, hayvan ve makine karışımı bir varlık olan Leviathan, insanlara barış ve emniyet sağlayan bunun karşılığında da onlardan mutlak itaat bekleyen ölümlü bir Tanrı'dır."⁴² İşte yarı-tanrısal bir güce sahip olan devlet, "düşman"ı tanımlama ve onunla mücadele etme konusunda her türlü sınırlamadan muaf tutulmaktadır. Her ne kadar, Schmitt kendisine yöneltilen eleştiriler karşısında, politikayı sadece irasyonel unsurların belirlediği bir alan olarak görmediğini ve hiçbir zaman "düşman"ı yok edilmesi gereken birisi olarak tanımlamadığını söylese de,⁴³ "dost/düşman" ayrımının kaçınılmaz sonucu çatışmadır. Bu çatışmadan belki tek başına Schmitt sorumlu tutulamaz, ancak burada siyaseti "vahşi iktidar savası" olarak gören ve her türlü moral/hukuksal sınırlamayı gereksiz sayan siyasal geleneğin payına epeyce bir sorumluluk düşmektedir.

Diğer yandan, Schmitt'in "dost/düşman" ayrımıyla belirlediği siyasal konseptini, Parlamenter Demokrasinin içinde bulunduğu krize ilişkin değerlendirmeleriyle birlikte okuduğumuzda Schmitt'in payına düşen sorumluluk da-

ha iyi anlaşılacaktır. Schmitt, normatif değerlerin politik alanda yer almasına karşıdır. Birlikte yaşama, çoğulculuk ve hoşgörü gibi liberal kavramlar, Schmitt'in kutsadığı "birlik" önünde ciddi engellerdir. Farklılığı ve çeşitliliği düzenlemeyi amaçlayan bu kavramlar, "realpolitik"ın gereksinimlerini karşılamaktan uzaktırlar. Oysa "birlik", iç ve dış düşmanlara karşı kullanılabilecek en etkili silahtır. Birliği sağlamanın da bilinen en etkili yolu "farklı" olanı "aynılaştırmak"tır. Zaten, Schmitt'e göre "gerçek demokrasi", homojenliği gerektirir. Homojenliğin olmadığı yerde demokrasinin başarılı olması mümkün değildir. Bu yüzden de demokrasi, gerektiğinde heterojen unsurları yok etmekten kaçınmamalıdır.⁴⁴ Bu yaklaşım, ampirik olarak doğrulansa bile, normatif temelinin olmamasından dolayı tehlikeli sonuçlar yaratabilmektedir. Gerçekten de siyaseti "dost-düşman" ayrımına dayandıran, demokrasinin bekasını da farklılıkların elimine edilmesine ve homojenliğe endeksleyen bir yaklaşımın, "düşman" olanı yani "öteki"ni yok etme politikasına dönüşmesi kaçınılmazdır. Bu politikanın bilinen en etkili aracı da "şiddet"tir. Belki de bu yüzden Habermas, Schmitt'i asıl cezbeden, büyüleyen şeyin "şiddet estetiği" olduğunu söylemektedir.⁴⁵

42 C.Schmitt, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a Political Symbol*, trans. G.Schwab & E.Hillstein, (London: Greenwood Press, 1996), s.53.

43 Bkz. J.W.Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, (Princeton: Princeton University Press, 1983), s.93.

44 C.Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, trans. E.Kennedy, (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1988), s.9. Schmitt, bu prensibin geçerli olduğunu ispatlamak için "modern demokrasi" olarak nitelediği Türkiye örneğini veriyor. Schmitt'e göre, Rumların Türkiye'den Yunanistan'a gönderilmesi ve "ülkenin pervasızca milliyetçileştirilmesi" demokrasinin heterojenliği elimine etmesi gerektiğini göstermektedir. Schmitt'in bahsettiği Türkiye, "tek-parti" yönetimi altındaki 1920 lerin Türkiye'sidir. Ayrıca Lozan'da son şekli verilen "nüfus mübadelesi" olayının, Schmitt'in tezini destekleyen bir örnek olup olmadığı tartışmaya açıktır.

45 J.Habermas, *The New Conservatism: Cultural Criticism and the Historians' Debate*, trans. S.W.Nicholsen, (Oxford: Polity Press, 1994), s.137.

Devlet'in kendisini korumak için, hukuksal ve etik kuralları hiçe sayması, hatta gerektiğinde şiddete başvurarak varlığına kasteden "düşman"ları yok etmesi, "devletin hukuku"nun kaçınılmaz gerekleri olarak algılanmaktadır. Machiavelli'den Hegel'e, Fichte'den Schmitt'e uzanan bu gelenek içinde aslolan "devletin bekası"dır. Bu "beka"yı sağlamaya çalışırken devlet, kendisine ayak bağı olan hukuku ve insan hakları gibi meşruluğun diğer normatif kaynaklarını hiçe sayabilmektedir. Meşruluğu kendinden menkul bu tür davranışların hikmetinden sual olunmaz. "Hikmet-i hükümet" ya da "devlet aklı"⁴⁶ olarak da adlandırılan bu anlayış, aslında "militan demokrasi" olarak sunulan anlayışın da dayanak noktasıdır. Özellikle siyasal parti hukukunda kullanılan "militan demokrasi" argümanlarının daha çok Almanya tecrübesine dayandırılması da tesadüf değildir. Weimar Almanyası döneminde Carl Schmitt, Anayasa'nın Cumhuriyet karşıtı partilere de izin veren "siyasal tarafsızlığı"nı eleştirmiş ve anayasaya aykırı partilerin yasaklanma-

sını savunmuştur.⁴⁷ Savaş sonrası Almanya'da Schmitt'in "savaş suçlusu" olarak yargılanmasına karşın Alman Komünist Partisi ile Faşist Parti'nin kapatılması, "militan" ya da "mücadeleci demokrasi" anlayışının Almanya'daki sürekliliğini göstermektedir.⁴⁸ Bu süreklilik her ne kadar anayasal düzlemde (Alman Anayasasının 21.maddesi) somutlaştırılmışsa da, uygulamada siyasal partilerin kapatılması, "hür demokratik düzen"in yerleşmesiyle birlikte, zaman içerisinde ortadan kalkmıştır.

Hikmet-i Hükümet, siyasal literatürde çoklukla keyfilikleri "haklı" göstermek ve kişisel çıkarları gizlemek için arkasına sığınılan bir kavramdır. Fransa'nın meşhur devlet başkanı Mitterand'ın kavramın bu boyutunu ifade eden sözleri ilginçtir. Mitterand konuşuyor:

"Hukuk, adalet hiçbir biçimde hikmet-i hükümet denilen nesneye kurban edilmemelidir. Uzun yıllar taşıdığım siyasal sorumluluğum döneminde hikmet-i hükümet diye bir nesneye hiç rastlamadım. Ne zaman hikmet-i hükümet-

46 Hukuk ve siyaset literatürümüzde Fransızca'daki "raison d'etat" kavramının karşılığı olarak kullanılan "hikmet-i hükümet" yerine "devlet aklı" teriminin kullanılması gerektiğini savunan görüş için bkz. Sancar, "Devlet Aklı" Kısacasında Hukuk Devleti, ss.14-15. "Hikmet-i Hükümet" kavramının tarihsel gelişimi için ayrıca bkz. F.Meinecke, *Machiavellism: The Doctrine of Raison d'Etat and Its Place in Modern History*, trans. D.Scott, (London: Transaction Publishers, 1998).

47 Bkz. P.E.Gottfried, "Antagonizma Olarak Politika", çev.M.Küçük, *Doğu Batı*, 1/3 (Mayıs 1998), s.134.

48 Savaş sonunda Nuremberg'de yargılanan Carl Schmitt, usta teorik manevralarla düşünceleriyle Nazi katliamları arasında hiçbir ilişkinin olmadığını, Faşizm'e ve Nazizme kaynaklık ettiği söylenen düşüncelerinin salt anlamda "akademik" teoriler olduğunu ve bunların Hitler gibi pragmatist politikacılar tarafından farklı yorumlanmasından kendisinin sorumlu tutulamayacağını, hatta düşüncelerinin Nazi Almanyası tarafından değil Franco İspanyası'nca takdir ve taltif edildiğini ileri sürmüştür. Nuremberg mahkemelerinde "galiplerin adaleti"nin uygulandığını da vurgulayan Schmitt'in Nazi'lerle "organik" bağı ispatlanamamıştır. Hapis cezasından yırtan Schmitt'in profesörlüğü elinden alınmış; şahsi kitaplığını ve bilimsel materyallerini kullanması da engellenmiştir. Daha da ilginç, bir çok Nazi işbirlikçisi profesör daha sonra özür dileyip, "eski rejimi" la-netlemeleri karşılığında üniversitelere dönebildikleri halde, Schmitt görüşlerini değiştirmemiş ve Nuremberg mahkemelerini eleştirmeye devam etmiştir. Schmitt'e göre "İnsanlık suçu Almanlar tarafından işlenmiş, insanlık adına suç da Almanlara karşı işlenmiştir." Carl Schmitt'in Savaş sonrası Nuremberg'de sorgulanması ve sorgulamada kullandığı argümanlar için bkz. M.Salter, "Neo-Fascist Legal Theory on Trial: An Interpretation of Carl Schmitt's Defence at Nuremberg from the Perspective of Franz Neumann's Critical Theory of Law", *Res Publica*, 5/2 (1999):161-194.

ten söz edilmişse, bilmelisiniz ki, bu, bir başka şeyi gizlemek için bulunmuş bir bahanedir.⁴⁹

"Hikmet-i Hükümet"ten beslenen "mücadeleci demokrasi" anlayışı, ülkemizde bütün boyutlarıyla siyasal alanı kuşatmaya devam etmektedir. Siyasal kültürümüzde önemli bir yere sahip olan "hikmet-i hükümet", "devleti kurtarma" misyonu ile da birleştirilince devlet seçkinlerinin elinde muhalif düşüncüyü bastırmak için kullanılan önemli bir silaha dönüşebilmektedir. "Devleti kurtarma" söylemine yaslanan bürokratik seçkinler, Çağlar Keyder'in belirttiği gibi, "hikmet-i hükümet adına sivil özgürlükleri, liderlere sadakat ve dayanışma adına da katılım ve demokrasiyi kurban edebilmişlerdir."⁵⁰ Gerçekten Tanzimat'ın Reşit Paşasından, 12 Eylül'ün Kenan Paşasına kadar hemen bütün "müdahaleciler", devleti kurtarma motifini kullanmışlardır.⁵¹ Ne var ki, "gölgelerin gücü" adına yapılan bu müdahaleler, birbirini besleyen ve üreten operasyonlara dönüşmüştür. Dahası, sadece Schmittçi anlamda "olağanüstü durum"larda değil, olağan/sivil durumlarda da devleti kurtarmak ve korumak için hukukun ve özgürlüklerin kısıldığı görülmektedir. Bir anlamda, "hikmet-i hükümet" kavramının gölgesi altında olağanüstülüğün olağanlaştırıldığı bir

siyasal ve toplumsal alanın yaratılmaya çalışıldığı görülmektedir. Yine Schmitt'in kavramlarını kullanırsak, bu siyasal ve toplumsal alanın "dost/düşman" ayrımının sürekli diri tutulmasıyla korunduğu görülmektedir. Gerçekten de hakim söylem, bir tarafa devletin bekasını koruyup kollayan "vatansever"leri, diğer tarafa da devletin temelini oymaya çalışan "hain"leri koyarak "dost/düşman" (biz/öteki) ayrımına dayanan siyaseti sürekli yeniden üretmektedir.⁵²

HUKUK DEVLETİ

Devleti "kendinde amaç" olarak gören ve meşruluğunu kendi üreten bir siyasal kurum olarak algılayan Hegelci gelenek, nihai analizde, "iyi düzenlenmiş bir toplum, bireysel hak ve özgürlükler kavramına dayanmalıdır" şeklindeki liberal önermeyi kabul etmez.⁵³ Bu liberal önerme, devleti soyut, kutsal bir değer olarak gören anlayışın tersine, onu daha çok prosedürel/usuli mekanizmalar bütünü olarak algılamaktadır. Böylece, Russell'in da belirttiği gibi devlet, amaç olmaktan çıkıp araç konumuna otur(tul)maktadır. Araç olarak devlet projesini gerçekleştirmede, liberal siyasal geleneğin kullandığı prestijli kavramlardan biri hiç kuşkusuz "hukuk devleti"dir.

"Liberalizm tacının en değerli mücevheri"⁵⁴ olarak anılan hukuk devleti ilkesi, siyasal iktidarı hukuk kurallarıyla sınırlama anlamında anayasal devletle özdeşleşmektedir. Hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü kavramı,⁵⁵ en geniş anlamda, kişilerin hukuk kurallarına uymasını ve bu kurallar tarafından yönetilmesini ifade etmektedir. Ancak siyasal ve hukuksal teoride, kavram daha dar anlamda kullanılmaktadır. Bu anlamda, hukuk devleti, devletin hukuksal kurallara uyması ve bu kurallarla yönetilmesini ifade etmektedir.⁵⁶ Hukuk devleti anlayışının hakim olması, gerçekten de "devletin keyfi işlemlerine karşı bir güvence" olarak görülmektedir.⁵⁷ Buradaki "keyfilik" kavramı, hukukun üstünlüğünü, "kişinin üstünlüğü"nden ayıran anahtar kelimedir.⁵⁸ Hukukun üstünlüğü, "genellik", "öngörülebilirlik" ve "adalet"i sağlayarak, keyfiliği yok etmeyi amaçlayan bir ilkedir.⁵⁹

Bu ilkenin, üzerine yaslandığı teorik temellerden en önemlisi otonomidir. Bi-

reyin başkasının iradesine bağlı olmadan, kendi kendisini belirlemesi, özgür iradesiyle tercihte bulunabilmesini ifade eden "otonomi", özellikle Kant'ın kategorik imperatifinden beslenir. İnsanın başkalarının arzu ve hedefleri için bir "araç" değil, kendi içinde "amaç" olduğunu ifade eden Kant'ın moral buyruğu⁶⁰, "kişilerin egemenliği"ni değil, kişilerden bağımsız olarak var olan, herkes için geçerli, genel, soyut "kuralların egemenliği" fikrini gerektirmektedir. Kant'a göre "bütün devlet şekilleri, kişinin doğal haklarıyla uyumlu bir anayasa fikrine dayanmaktadır." Devam eder Kant: "Bu fikir gereği, yasaya uyanlar aynı zamanda yasakoyucuların ortak organı olarak hareket etmelidirler."⁶¹ Hukuk kurallarına uyan insan, başkalarının iradesine değil, aslında oluşumuna doğrudan ya da dolaylı olarak katıldığı iradeye uymaktadır. Başka bir deyişle, kişiyi neticede kendi iradesine uymaktadır. Hayek, tam da bu noktadan hareketle "hukuk"la "özgürlüğü" buluşturmakta-

54 A.C.Hutchinson and P.Monahan, 'Introduction' to A.C.Hutchinson & P. Monahan(eds.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, (Toronto: Carswell, 1987), s.ix. Ayrıca bkz. D.J. Manning, *Liberalism*, (London: J.M.Dent & Sons Ltd., 1976), s.14.

55 Bazı yazarlar bu iki kavramın birbirinden farklı siyasal/hukuksal geleneklerin ürünü olduklarını, dolayısıyla farklı anlamlara geldiklerini ileri sürmektedirler. (Örneğin bkz. S.Selçuk, *Konuşma...1999-2000 Adli Yılı Açış Konuşması*, (Ankara: Liberte, 1999), ss.35-38.) Kıta Avrupası'nın ve Anglo-Sakson dünyasının siyasal tecrübelerinin farklılığı noktasından bakıldığında bu tezde haklılık payı olmakla birlikte, normatif düzlemde İngilizce "Rule of Law" ile Almanca "Rechtsstaat"ın birbirinden çok da farklı ilkeleri ifade ettiği kanısında değilim. Türkçe'ye ister "hukukun üstünlüğü" ister "hukuk devleti" olarak çevrilsin, bu iki kavram aynı şeyi anlatmaktadır: siyasal erkin hukuk kurallarıyla sınırlandırılması. Bu nedenle, bu yazı boyunca "hukuk devleti" ile "hukukun üstünlüğü" kavramları eşanlamlı kullanılacaktır.

56 J.Raz, "The Rule of Law and Its Virtue", R.L.Cunningham (ed.), *Liberty and the Rule of Law*, (London: Texas A & M Univ. Press, 1979), içinde s.5.

57 Bkz. R.A.Cosgrove, *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, (London:Macmillan, 1980), s.84.

58 F. Sejersted, "Democracy and the rule of law: some historical experiences of contradictions in the striving for good government", J. Elster ve R. Slagstad (ed.), *Constitutionalism and Democracy*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), içinde s.135.

59 Sejersted, "Democracy and the rule of law...", s. 135.

60 I.Kant, *Fundamental Principles of the Metaphysic of Ethics*, trans. T.K.Abbott, Second Edition, (London: Longmans, 1900), s.56.

61 I.Kant, "The Contest of Faculties", H.Reiss (der.), *Kant's Political Writings*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1977), içinde s.187.

49 Aktaran, S.Selçuk, *Özlenen Demokratik Türkiye:2000-2001 Adli Yıl Açış Konuşması*, (Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 2000), s.134. Benzer bir değerlendirme için bkz. T.Bora, "Milli Tarih ve Devlet Mitosu", *Birikim*, 105/106(Ocak/ubat 1998), s.92:"Devlet hikmeti de, önünde sonunda bir totolojiden ibarettir; devletin daha doğrusu yönetici sınıfın (her daim bir beka sorunu olarak konan) güncel çıkarlarıyla kaimdir."

50 Ç.Keyder, *State and Class in Turkey: A Study in Capitalist Development*, (London:Verso, 1987), s.199.

51 Siyasal tarihimizde "devleti kurtarma" retoriğinin, Sened-i İttifak'ın mimarı Alemdar Mustafa Paşa'yla başladığı ileri sürülmektedir. Bkz. H.İnalçik, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-i Hümayunu", *Belleten*, 28/39 (1964), s.612.

52 Bu konuda bkz. N.Göle, "Liberal Yanılgı", *Türkiye Günlüğü*, 24 (Güz 1993), s.15.

53 A.W. Wood, "Introduction" to Hegel's *Elements of the Philosophy of Right*, s.xvi.

dır. Ona göre "genel soyut kurallar bütünü anlamında hukuka uyduğumuzda, bir başka kişinin iradesine tabi olmuyoruz; dolayısıyla özgürüz".⁶² Diğer yandan, Hannah Arendt'in belirttiği gibi, kendi iradesinin ürünü olan yasalara itaat noktasında vatandaşın etik bir sorunu da yoktur. Arendt'e göre "[y]urttaşların yasaya ahlaki itaat sorumluluğu geleneksel olarak, bireyin yasayı onaylamış olması ya da bizzat kendisinin yasa yapıcısı olması yani yasanın egemenliği altında insanların yabancı bir iradeye değil kendi iradelerine itaat ettikleri kabulünden çıkarılır; bunun sonucu ise herkesin aynı zamanda kendi efendisi ve kölesi olması ve kamunun esenliği için çalışan yurttaşla kendi mutluluğu için çaba gösteren özbenlik arasında var olduğu kabul edilen özgün çatışmanın içselleştirilmiş olmasıdır".⁶³

Liberal siyasal teori, bugün de büyük oranda geçerli olan, Hukuk Devleti formülasyonunu Dicey ve Hayek'e borçludur. Farklı dönemlerin ve mekanların yetiştirdiği bu iki liberalin Hukuk Devleti konusunda benzer görüşlere sahip oldukları görülmektedir. Hayek'e göre, Dicey, *The Law of the Constitution*,⁶⁴ adlı klasik çalışmada "Hukukun Üstünlüğü ilkesini, biraz tek taraflı da olsa,

harika bir şekilde anlatmaktadır."⁶⁵ Diyecey, bu kitabında hukukun üstünlüğü ilkesinin üç ana unsurundan bahsetmektedir.⁶⁶

Birincisi, hukuk devleti "keyfi iktidar karşısında hukukun mutlak hakimiyetini ve keyfiliğin dışlanması ifade eder."⁶⁷ Bu tanım, bizi belki de hukuk devleti ilkesinin en problemli alanına çekmektedir. Bu problemli alanı "rutin hukuk" ile "keyfi iktidar" ayrımının zorluğu oluşturmaktadır.⁶⁸ Eğer yasanın kendisi, bir kişiye ya da kuruma yetki veriyorsa bunun keyfi olduğunu söylemek mümkün mü? Bir başka ifadeyle, biraz paradoksal görünse de, keyfi iktidarın hukuk devleti ilkesiyle uyumlu olduğu iddia edilebilir. Fakat böylesine bir iddia ancak hukukun üstünlüğü "yasallık" boyutuna indirgendiğinde tutarlı olabilir. Oysa "yasal" olmakla, hukukun üstünlüğüne uygun olmak aynı anlama gelmemektedir. Buna göre, yasayla tanınan bir yetki illegal olmayabilir, ancak anayasal prensip olan hukukun üstünlüğüne aykırı olabilir. Bu görüş, hukuk devleti ilkesinin yasal değil anayasal bir ilke olduğunu, bu ayrımın gözden kaçırılması sonucu ilkenin "yasallığa" indirgendiğini ileri sürmektedir.⁶⁹ "Hukuk Devleti" ile "Kanun Devleti"ni

birbirinden ayırmaya ve birincisine anayasal statü kazandırmaya yönelik bu yaklaşım da eksiktir. Zira çok iyi bilindiği gibi anayasalar da keyfi hükümler taşıyabilir. Sözgelimi, devlet başkanına ülkedeki herhangi bir kişiyi sebepsiz yere hapse atma yetkisi veren bir anayasa maddesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşacak mıdır?

Dicey ve Hayek bu soruyu farklı şekillerde cevaplıyorlar. Dicey, aslında böyle bir ihtimali düşünmüyor bile. Ona göre parlamentonun üstünlüğü ile hukuk devleti arasında hiç bir şekilde uyumsuzluk söz konusu olamaz. Tersine bu iki ilke birbirini gerektirmektedir. Dicey'in varsayımına göre, anayasal olarak "sınırsız yetki"ye sahip Parlamento bu iktidarını hiçbir zaman kötüye kullanmayacak, dolayısıyla hukuk devletini ihlal edecek şekilde davranmayacaktır.⁷⁰ Ancak bu varsayımın temelleri çürüktür. Bir kere, Hukuk Devleti tanımını gereği sadece yasaları uygulayanlara değil, onları yapanlara da sınırlamalar getirmektedir. Yasa koyucu organa sınırsız yetki verildiği takdirde, hiç kimse hak ve özgürlüklerin her zaman korunacağından emin olamaz.⁷¹ Kısaca, Hukuk Devleti ve "mutlak güç" karşılıklı olarak birbirini dışlayan kavramlardır.

Dicey'in belki de naif bir niyetle geçtiği bu konuyu Hayek düzeltmeye çalışır. Hayek'e göre "şayet bir anayasa

hükmü, siyasal iktidara dilediği gibi davranma konusunda sınırsız yetki veriyorsa, iktidarın bütün eylemleri yasal olmakla birlikte, hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır."⁷² Bu yüzden Hayek'in düşüncesinde "Hukuk Devleti" sadece "hukuk ötesi" değil, aynı zamanda "anayasa-ötesi" bir siyasal kavramdır. Hukuk Devleti, "sadece Anayasacılık değil, onun ötesindedir: bu kavram Anayasanın içeriği konusundaki kesin gereklilikleri ifade etmektedir." Dolayısıyla, Hukuk Devleti, "hukukun ne olması gerektiği hakkında ve yasaların, kendisine uygun olması için, hangi genel niteliklere sahip olması gerektiği hakkında" ilkeler ortaya koyan bir doktrindir.⁷³

Hukuk Devleti konusunda Dicey ile Hayek'in ilkesel düzeyde anlaştıkları ancak gereklilikleri konusunda aynı düşünceleri ikinci nokta da "eşitlik ilkesi"dir. Dicey, yasa önünde eşitliğin, ülkede yaşayan herkesin aynı yasalara tabi olmasını ve anlaşmazlıkların ülkenin normal mahkemelerince karara bağlanması anlamına geldiğini söylemektedir. Bu yüzden Dicey'e göre, Fransa'da olduğu gibi, Devlet yetkililerinin farklı bir hukuk düzenine bağlı olmasını öngören "idari yargı" sistemi, Hukuk Devleti ilkesini ihlal etmektedir.⁷⁴ Bu tespitinden yaklaşık yirmi yıl sonra Dicey, Fransız idare hukukunu değerlendirirken bazı hatalar yaptığını itiraf etmiştir.⁷⁵ Ancak Dicey,

70 Dicey, *The Law of the Constitution*, s.71.

71 D. Lyons, *Ethics and the Rule of Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1984), s.200; T.R.S. Allan, *Law, Liberty, and Justice*, (Oxford: Clarendon Press, 1993), s.16.

72 Hayek, *The Political Ideal of the Rule of Law*, s.33.

73 Ibid.

74 Dicey, *The Law of the Constitution*, ss.202-3.

75 Dicey, "Droit Administratif in Modern French Law", *Law Quarterly Review*, 17(July 1901):302-18. "Yargı birliği" ilkesinin hukuk devleti bakımından anlamı için bkz. M.Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 3.Baskı, (Ankara:Siyasal Kitabevi, 1999), ss.89-92.

62 F.A.Hayek, *The Constitution of Liberty*, (London: Routledge & Kegan Paul, 1976), s.153. Özgürlükle hukuk arasındaki bu organik ilişkiyi Cicero da net bir şekilde ortaya koyuyor:"Özgür kalmak için hukuka itaat etmeliyiz". Aktaran B.Leoni, *Freedom and the Law*, Third Edition, (Indianapolis: Liberty Fund, 1991), s.73.

63 H.Arendt, "Sivil İtaatsizlik", *Kamu Vicdanına Çağrı: Sivil İtaatsizlik*, çev. Y.Coşar, (İstanbul: Ayrıntı, 1997), s.101. Vurgu eklendi.

64 A.V.Dicey, *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*, 10th ed., (London: Macmillan, 1959).

65 Bkz. F. Hayek, *The Political Ideal of the Rule of Law*, (Cairo: National Bank of Egypt, 1955), s.28.

66 Dicey, *The Law of the Constitution*, ss.202-203.

67 Ibid., p.202.

68 Sir W.I. Jennings, *The law and the Constitution*, Fifth Edition, (London: University of London Press, 1959), s.306.

69 F.V.Heuston, *Essays in Constitutional Law*, Second Edition, (London:Stevens & Sons Ltd., 1964), ss. 40-41; I.Harden ve N.Lewis, *The Noble Lie: The British Constitution and the Rule of Law*, (London: Hutchinson, 1986), s.19.

devlet görevlileri için ayrı bir yargısal düzen getiren idare hukukunun Hukuk Devletiyle bağdaşmadığı yönündeki inancını korumuştur.⁷⁶ Dicey'in "droit administratif" karşısındaki bu iflah olmaz güvensizliğini Hayek paylaşmamıştır. Yargı birliğinin Hukuk Devleti'nin unsurlarından biri olan eşitlik ilkesinin kaçınılmaz gereği olmadığına dikkat çeken Hayek, idari işlemlerin ayrı bir yargısal sistemce denetlenmesinin Hukuk Devleti ilkesine aykırı olmadığını vurgulamıştır. Dicey'in bunu görmemekle yaptığı "temel hata", İngiltere'ye hukuk devletini korumanın etkili bir aracının (idari yargının) geç gelmesine neden olmuştur.⁷⁷

Dicey'e göre Hukuk Devleti ilkesinin son unsuru, anayasanın, "mahkemelerce tanımlanıp uygulanan birey hakları"nın kaynağı değil, sonucu olmasıdır.⁷⁸ Burada, Dicey'in Anglo-Sakson damarının kalkması ve "Kıta Avrupa'sında haklar anayasadan kaynağını alır" iddiasındaki küçük görmeyi bir kenara bırakırsak, Hukuk Devletinin amacının temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğunu söyleyebiliriz. Aslında bu son unsurla birlikte, Hukuk Devletinin özsel/maddi boyutuna da girmiş oluyoruz. Genel, soyut, önceden ilan edilmiş yasaların üstün-

lüğüne dayanan, şekli anlamdaki bir Hukuk Devleti'nin tek başına hak ve özgürlükleri koruması zordur. Dahası böylesine şekilsel bir hukukun üstünlüğü ilkesi, hak ve özgürlük ihlalleriyle de bağdaşmaz değildir.⁷⁹ Dworkin'in dediği gibi, "kitabî kurallara uygun olmak adalet için yeterli değildir; tersine eğer kurallar adil değilse onlara tam olarak uygunluk çok büyük adaletsizlik yaratabilir."⁸⁰ Bu adaletsizliğin önüne geçmek için, Hayek'in önerisi, bir siyasal ideal olan "Hukuk Devleti"nin "iyi" yasanın üstünlüğü ile özdeşleştirilmesi yönündedir.⁸¹ Ancak "iyi" yasa nedir? Hayek'e göre "bilinmeyen kişiler için çıkartılan, her türlü özel yer ve zaman özelliklerinden soyutlanmış, ve her yerde her zaman bulunabilecek şartlara yönelik" yasa gerçek anlamda yasa ya da "iyi" yasadır. Özetle, genel ve soyut yasalar ancak "iyi" ve "adil" yasalarlardır. Hayek, genel yasaların bazen özgürlüklerin aşırı bir şekilde sınırlandırılması için kullanılabilceği ihtimalinin de farkındadır. Ancak ona göre bu olasılık oldukça düşüktür, zira Hukuk Devleti "kuralların yönetilenler kadar, yöneticilere de uygulanması"nı gerektirmektedir.⁸² Hayek'in hukuk devleti anlayışına yönelik eleştirilerden belki de en önemli-

si bu anlayışın birey haklarını ihmal ettiği yönündeki eleştiridir.⁸³

Sadece genellik ve eşitlik özelliklerinin adaletin sağlanması için yeterli olmadığı artık bilinmektedir. Dworkin'e göre, bu yetersizliği gidermek için yasaların mutlaka bireyin haklarını koruyucu nitelikte olması ve yargıçların da kararlarını genel refahın artırılması, kamu yararının gözetilmesi gibi faydacı temellere değil, hak ve özgürlüklere dayandırması gerekmektedir.⁸⁴ Dworkin'in "hak-eksenli hukuk devleti" yaklaşımı, daha çok negatif özgürlüklerin korunmasına önem veren liberal siyasal düşünce bakımından önemlidir. Burada hukuk devleti, siyasal iktidarı etkili bir şekilde sınırlandırarak bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasına katkıda bulunmaktadır. Ancak özgürlüğü dışsal müdahalenin olmaması anlamında negatif bir düzlemde formüle eden liberal anlayış, pozitif özgürlükleri ihmal etmekle suçlanmaktadır. Komünteryanların ve bir ölçüde de postmodernistlerin öne çıkardığı pozitif özgürlükler, liberalizmin "soyut", "toplum"dan bağımsız "birey"i yerine, paylaşılan ve katılımcı bireylerden oluşan toplumu yaratmanın peşindedir. Aslında tam da bu noktada, hukuk devleti ile demokrasi arasındaki mayınlı alana girmekteyiz. Kutsal teslisin bu iki ayağı arasındaki ilişki hiç de sorunsuz değildir. Demokratik siyasal sistemde meşruiyetin kaynağı, bilindiği

gibi, "ulusal irade"dir. Ulusal iradenin somutlaştığı kurum olan Parlamento da, hukuksal kuralları koyma yetkisine sahiptir. Ancak Parlamento ya da genel ifadesiyle "yasa koyucu" mutlak bir güce sahip değildir. Hukukun üstünlüğü ilkesi, siyasal otoritenin (yani çoğunluğun) sınırlandırılarak, azınlıkta kalanların da hak ve özgürlüklerinin korunmasını amaçlar. Böyle olunca da karşımıza, "ulusal irade"ye paralel yeni bir meşruiyet kaynağı çıkmaktadır: insan hakları. Bu yeni meşruiyet kaynağı ile birlikte "sınırsız demokrasi" yerini, temel haklarla "sınırlı demokrasi" anlayışına bırakmaktadır. "Liberal demokrasi" ya da "anayasal demokrasi" olarak da formüle edilen bu demokrasi anlayışında, hukukun üstünlüğü ilkesi demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından biri haline gelmektedir. Ancak, hukukun üstünlüğü ile siyasal otoritenin etki alanının genişlemesi sonucu ortaya çıkan "müdahaleci demokratik devlet" arasındaki gerilim, pratik düzlemde devam etmektedir.⁸⁵

"Eskilerin özgürlüğü" ile "modernlerin özgürlüğü" arasındaki bu gerilim, aslında cumhuriyetçilerle liberallerin devlete biçtikleri rol ile de yakından ilgilidir. Liberaller, devleti tamamen araçsal bir konumda görmekte, devletin varlık nedenini de bireysel hakların korunması olarak ifade etmektedirler. Demokratik süreç de, özel çıkarların bir şe-

76 D.C.M.Yardley, *Introduction to British Constitutional Law*, 2nd ed. (London: Butterworth's, 1964), s.60.

77 Hayek, *Constitution of Liberty*, s.204.

78 Dicey, *The Law of the Constitution*, s.203.

79 Bkz. Raz, "The Rule of Law and Its Virtue", s.14; Allan, *Law, Liberty, and Justice*, s.20.

80 R. Dworkin, "Political Judges and the Rule of Law", *A Matter of Principle*, (Cambridge: Harvard University Press, 1985), içinde s.12.

81 Hayek, *Constitution of Liberty*, s.153.

82 Hayek, *Constitution of Liberty*, s.154-155. Ayrıca bkz. C. Kukathas, *Hayek and Modern Liberalism*, (Oxford: Clarendon Press, 1990), ss.155-156.

82 Raz, "The Rule of Law and Its Virtue", s.4, 21 ; R. Hamowy, "Freedom and the Rule of Law in F.A.Hayek," *Il Politico*, 36(1971):349-377.

83 J.Gray, *Liberalisms:Essays in Political Philosophy*, (London: Routledge, 1989), s.95, W. Baumgarth, "Hayek and Political Order: The Rule of Law", s.19. Hayek'in hukuk devleti anlayışının eleştirisi için bkz.J. Gray, "F.A.Hayek on Liberty and Tradition," *Journal of Libertarian Studies*, 4(Spring 1980):119-137; R. Hamowy, "Law and the Liberal Society: Hayek's Constitution of Liberty," *Journal of Libertarian Studies*, 2(Winter 1978):287-297, T.Demirel, "Hayek'in Düşüncesinde Hukuk Devleti Kavramı", *Liberal Düşünce*, Sayı 5 (Kış 97):112-123.

84 Dworkin, "Political Judges and the Rule of Law", s.11 ve J.Rawls, *A Theory of Justice*, (Oxford: OUP, 1972), ss.235-243.

85 Bu konuda bkz. Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, ss.86-88.

kilde uzlaştırıldığı siyasal zemin olarak anlaşılmaktadır. Liberal siyasette temel paradigma "pazar"dır. Pazara sunulan siyasal görüşlerden en fazla rağbet gören en çok oyu alarak siyasal iktidarı kullanma hakkını kazanır. Öte yandan, cumhuriyetçi düşüncede esas olan vatandaşların "kendini belirlemesi"dir. Buradaki temel paradigma ise "diyalog"dur.⁸⁶ Habermas'a göre bu iki yaklaşımın beraberinde getirdiği olumsuzluklar ancak "söylem kuramı"na aşılabılır. Nietzsche ve Heidegger gibi düşünürlerde köklerini bulan ve Carl Schmitt'in "realist politikası"ndan esinlenen postmodern siyasal düşüncenin yıkıcı saldırıları karşısında, Habermas hemen her düzlemde "rasyonalist" alternatifler geliştirmeye çalışmaktadır.⁸⁷ Habermas, "tamamlanmamış proje" olarak gördüğü modernliğin ve Aydınlanmanın özgürleştirici işlevini yerine getirebilmesi için "araşsal akıl" yerine "iletişimşel akıl", "özne merkezli" bir kamusal alan yerine "öznelerarası" ilişkilerin/iletişimin belirlediği bir siyasal alanı savunmaktadır. Habermas'ın cumhuriyetçi/liberal gerilimini aşmak için eklektik metodla ortaya koyduğu alternatif tez, müzakereyi esas alan prosedürel demokrasiyi öne çıkarmaktadır. Buna göre, "karşılıklı iletişim formlarının

gerektiği ölçüde kurumsallaştırılması durumunda, diyalojik ve araçsal siyaset müzakere ortamında birleştirilebilir."⁸⁸ Söylem kuramı, demokratik sürece liberallerinkinden daha güçlü, cumhuriyetçilerinkinden ise daha zayıf normatif çağrışımlar yüklemektedir. Bu kuram, kanaat oluşturma ve karar alma sürecine merkezi bir önem atfetmekle birlikte, bunun ancak anayasal devletin kurumsal gereklerini yerine getirmekle mümkün olabileceğini ileri sürer.⁸⁹ Hukuk, Habermas'a göre, herkesin kamusal ve özel otonomisini eşit şekilde koruduğu müddetçe meşruiyete sahip olabilir. Prosedürel demokrasi süreci bu meşruluğu yeniden üretmektedir. Siyasal meşruiyet, bir yandan kamusal otonomiye koruyan katılım ve iletişim haklarının ifadesi olan "halk egemenliği", diğer yandan da özel otonomiye koruyan klasik/temel hakların ifadesi olan "hukuk devleti" kavramlarınca sağlanmaktadır.⁹⁰ Gerçekten de hukuk, hem özel hem de kamusal otonomiye korumalıdır, çünkü bu iki otonomi birbirini gerektiren ve tamamlayan özgürlüklere karşılık gelmektedir. Eşit muamele gören vatandaşların özel otonomisi, ancak bu insanların kamusal otonomilerini aktif bir şekilde uyguladıkları oranda korunabilir.⁹¹ Diğer yandan Habermas'a göre "yasaya

muhatap olan kişi, aynı zamanda o yasanın yapıcısı olduğunu anlayabilmelidir."⁹² Bu önerme, daha önce görüldüğü gibi, hukuk devletin meşruluk zeminini oluşturmaktadır.

Son olarak, liberal demokrasinin erdemlerinden biri olarak kabul edilen hukuk devletin herkesçe erdem olarak kabul edilmediğini vurgulamak gerekir. Radikal eleştirel düşünürler, modern siyasal teorinin diğer bir çok kavramı gibi, hukukun üstünlüğünü de kıyasıya eleştirmektedirler. Eleştiriler, daha çok hukukun üstünlüğünün "kişilerin değil, genel, soyut kuralların egemenliği" şeklindeki formülasyonu etrafında yoğunlaşmaktadır. Bu formülasyon, yapay bir "aldatmaca"dır. Max Stirner gibi yazarlara göre, "hukukun yönetimi" ile "kişilerin yönetimi" arasında aslında fark yoktur. Sadece birincisinde, daha kaba bir "kölelik" varken, ikincisinde "hukuksal form içinde bir kölelik" söz konusudur. Her iki durumda da birey, bir başkasının iradesine tabi olmaktadır.⁹³ Öte yandan modern toplumlarda "hukukun yönetimi"nin, pre-modern dönemlerdeki "kişilerin yönetimi"nden daha az otoriter olduğu da kulağa hoş gelen bir masaldır. Gerçekte "hukukun yönetimi" daha az otoriter değildir. Tersine, hukukun üstünlüğü, "servet ve güç da-

ğılımındaki bozuklukları eski dönemlerdeki gibi, pekiştirmektedir; fakat bunu insanı hayretler içerisinde bırakan karmaşık ve dolaylı yollardan yapmaktadır."⁹⁴

Hukukun üstünlüğüne yönelik bir diğer eleştiri, marksist gelenekten beslenen "sınıf-eksensiz" eleştiridir.⁹⁵ Buna göre bir ülkede geçerli hukuk kuralları, zorunlu olarak, o ülkedeki hakim sınıfın değerlerini ve çıkarlarını yansıtmaktadır. Hukuka yapılan retorik vurgu, onu kişilerin yaptığı gerçeğini gizleyebilir. Başka bir deyişle hukukun "mistifikasyonu" sayesinde, egemen sınıfın hegemonyası devam ettirilmektedir. Nitekim, Frankfurt Okulu'nun önde gelen hukukçularından Franz Neumann'a göre, hukukun üstünlüğü ilkesi, egemen sınıfın çıkarlarını gizleme işlevini yerine getirmektedir. Neumann için "hukukun üstünlüğü, halkın mülkiyeti ve eğitimi elinde bulunduran tabakası olan burjuvanın egemenliği anlamına gelmektedir".⁹⁶ Ancak hemen belirtelim ki, Frankfurt Okulu ve Thompson gibi diğer bazı "liberal" marxistler "hukuk devleti" karşısında "ortodoks marxistlerin" ilan ettikleri topyekün savaşa karşındırlar. Neuman ve Kirchheimer, sözgelimi, hukuk devleti ilkesinin Faşizm gibi otoriter yönetimler karşısında kısmen

86 Cumhuriyetçilik konusunda bkz. P.Pettit, *Cumhuriyetçilik: Bir Özgürlük ve Yönetim Teorisi*, çev.A.Yılmaz, (İstanbul: Ayrıntı, 1998).

87 Habermas'ın modernite ve Aydınlanmaya ilişkin görüşleri için bkz. A.Çiğdem, *Bir İmkan Olarak Modernite: Weber ve Habermas*, (İstanbul: İletişim, 1997), ss.172-209 ve B.F.Dellaloğlu, "Toplumsal'ın Yeniden Yapılanması: Habermas Üzerine Bir Araştırma", (İstanbul: Bağlam Yayınları, 1998), ss.219-237.

88 J.Habermas, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, trans. C.Cronin, (Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1998), s. 245.

89 ibid., s.248.

90 ibid., s.258. Habermas'ın söylem teorisini hukuka uyguladığı çalışması için bkz. J.Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans. W.Rehg, (Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996).

91 Habermas, *Inclusion of the Other*, s.264.

92 ibid., s.260.

93 M.Stirner, *The Ego and His Own*, trans. S.T. Byington, (New York: libertarian Book Club, 1963), s.109. Ayrıca Bkz. D.Miller, *Anarchism*, (London: J.M.Dent & Sons Ltd., 1984), ss.22-24; A.Carter, *The Political Theory of Anarchism*, (London: Routledge & Kegan Paul, 1971), s.42. R.P. Wolff, "Violence and the Law", R.P.Wolff (ed.), *The Rule of Law*, (New York: Simon and Schuster), içinde ss.61-62.

94 H. Zinn, "The Conspiracy of Law", Wolff (ed.), *The Rule of Law*, içinde s.18.

95 Bkz. B.Fine, *Democracy and the Rule of Law: Liberal Ideals and Marxist Critiques*, (London: Pluto Press, 1984), ss.155-201.

96 F.Neumann, *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*, (Dover: Berg, 1986), s.125. Franz Neumann ve Otto Kirchheimer'in hukukun üstünlüğüne ilişkin görüşleri için ayrıca bkz. W.E.Scheuerman (ed.), *The Rule of Law under Siege: Selected Essays of Franz L.Neumann and Otto Kirchheimer*, (Berkeley: University of California Press, 1996).

de olsa bir güvence sağlayacağını, ancak bu ilkenin "sosyal(ist) hukuk devleti" olarak yeniden kavramsallaştırılması gerektiğini savunurlar. Edward Thompson'a göre de hukuk devleti, "niteliksiz beşeri iyi" (unqualified human good)dir. Bu yüzden de devlet iktidarını sınırlandırmaya elverişli bir kavramdır.⁹⁷

SONUÇ YERİNE: ÖZGÜRLÜK SARKACI ve TARİH

"Kutsallık" ve "Hikmet-i Hükümet" zırhını kuşanan devlet kolayca keyfiliğe ve ceberrutluğa yönelebilir. Ceberrut devlet de, Konfüçyüs'ün ifadesiyle, yırtıcı kaplanlardan daha tehlikeli olabilir.⁹⁸ Tarih, Konfüçyüs'ü haklı çıkarmak için uğraşan devlet adamlarıyla doludur. Lord Acton'un "güç yozlaştırmaya eğilimlidir, mutlak güç ise mutlak olarak yozlaştırır" ⁹⁹ sözünü de doğrulayan bu tarihsel tecrübe, iktidarın etkili araçlarla sınırlandırılması gerektiğine işaret etmektedir. Gerçekten de "iktidarın etkili bir şekilde sınırlandırılması, sosyal düzenin en önemli sorunudur."¹⁰⁰ Devletin hukukla bağlı olmasını, yönetimin prosedürel anlamda genel, eşit, soyut, geçmişe yürüten, önceden deklare edilen ve temel

hakları koruyan yasalarla sağlanması, bu yasaların uygulanmasından dolayı ortaya çıkan anlaşmazlıkların da bağımsız ve tarafsız yargı organlarınca karara bağlanmasını ifade eden hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü ilkesi, keyfi ve ceberrut devlet karşısında bulunan en etkili panzehir olma özelliğini devam ettirmektedir.

Diğer yandan, "Devletin hukuku" ile "hukuk devleti" arasındaki ilişki, büyük ölçüde siyasal mücadelenin taraflarını da ortaya koymaktadır. Bu mücadelede kimi zaman, "devletin hukuku" kimi zaman da "hukuk devleti" anlayışı egemen olmaktadır. Burada muhalefetin gücü ve daha önemlisi bu gücün algılanışı, belirleyici olmaktadır: "Muhalefetin görece güçsüz ve sistemin kendinden emin olduğu dönemlerde "hukuk devleti" öne çıkarılıp "devlet aklı" arka plana itilmekte; sistemi korkutacak boyutlarda bir muhalefetin ortaya çıktığı ya da adına "kriz" denen herhangi bir olgunun yaşandığı konjonktürlerde ise "devlet aklı" değişik yöntemler içinde belirleyici kılınmaktadır."¹⁰¹ Kısacası, "hikmet-i hükümet" devlet seçkinlerinin ellerinde tutukları etkili ve öldürücü bir silah ol-

ma özelliğini sürdürmektedir. "Yurtseverlik", "kutsallık", "ebed müddet" gibi retoriklerle de süslenince hikmet-i hükümet, "dost/düşman", "vatansever/hain", "bizler/ötekiler" ayrımının şekillendirdiği siyasal/hukuksal alanda özgürlükleri boğmak üzere zaman

zaman hortlayan bir hayalate kolayca dönüşüvermektedir.

Sonuç olarak, özgürlük sarkacı, devletin hukuku ile hukuk devleti arasında gidip geliyor. Bu gidiş gelişlere de galiba "tarih" deniyor...

⁹⁷ E. P. Thompson, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, (London: Allen Lane, 1975), s.266.

⁹⁸ Konfüçyüs'ün bu sözünün yer aldığı öyküyü Sami Selçuk şöyle anlatır: "Konfüçyüs, Thai Dağının eteklerinde gezinirken ağlayan bir kadın görür. Öğrencilerinden biri (Tze-Lu) kadına neden ağladığını sorar.

Kadın:-Çok acı çekiyorum. Bu çevrede bir kaplan var. Önce kaynatamı parçalayıp yedi. Sonra kocamı, şimdi de oğlumu öldürdü, der.

Konfüçyüs söze karışır ve _Öyleyse niçin bir başka yere gitmiyorsunuz? diye sorar.

Kadın şu ilginç yanıtı verir:- Çünkü, burada insanlara baskı yapan bir devlet yok.

O zaman Bilge Konfüçyüs öğrencilerine şunları söyler:

-Kadıncağzı haklı, çocuklarım. Baskı yapan devletler kaplanlardan daha korkunçtur. Bunu hiç unutmayınız."

S.Selçuk, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, (Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1998), ss.13-14.

⁹⁹ Lord Acton, *The History of Freedom and Other Essays*, J.Neille ve R.V. Lawrance (eds.), (London, 1907), s.504. Aktaran R.Yümmner, "Devlet Kuramında Liberal Temalar: Devletin Sınırları (II)", *Toplum ve Bilim*, 31/39 (Güz 1985-Güz 1987):45-57, s.50.

¹⁰⁰ F.A.Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 3, (London: Routledge & Kegan Paul, 1982), s.128.

¹⁰¹ Sancar, "Devlet Aklı" Kısacasında Hukuk Devleti, s.57.