

## EGEMENLİK VE HUKUK İLİŞKİSİ ÜZERİNE

Halis ÇETİN

C.Ü. İİBF, Kamu Yönetimi Bölümü

### Özet

Bu çalışma egemenlik ve hukuk ilişkisini incelemektedir. Çalışmada hukukun fonksiyonları ve devlet ve ideoloji ile ilişkileri tartışılmaktadır. Bu fonksiyonlar; siyasal iktidarın kurulu düzeninin meşrulaştırılması, devletin kişisinin yaratılması ve toplumun sosyal ve siyasal mühendislikle yeniden kurulması olarak incelenmektedir.

Çalışmada, öncülüğünü Machiavelli, Bodin, Hobbes ve Rousseau'nun yaptığı klasik/kurucu egemenlik teorisindeki hukukun devletin bir aracı olarak ele alınması tartışılmakta ve bu yönüyle Locke ve liberal gelenek ışığında bu teoriler eleştirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Egemenlik, Hukuk, Meşruiyet, İdeoloji, Özgürlük.

### Abstract

#### On the Relationship between the Sovereignty and the Law

This study analyzes the relationship between sovereignty and law. The functions of law and the relationship between political power and ideology are discussed. These functions consist of the legitimization of the status quo, the creation of the person of the state and the reconstruction of the society in terms of the social and political engineering .

In this study, law is examined and criticized as the means of the state, from the point of view of Locke and liberal tradition, in the classical theory of which Machiavelli, Bodin, Hobbes and Rousseau led.

**Keywords:** Sovereignty Law, Legitimacy, Ideology, Freedom.

### Giriş

Bu yazı, modern devlet sürecinde yoğunlaşan siyasal iktidar tartışmalarındaki argümanları inceleyerek günümüzde sürdürülen egemenlik ve hukuk konusundaki tartışmalara ışık tutma amacı taşımaktadır. Klasik egemenlik kuramındaki mutlak, tek, bütün ve sürekli iktidar anlayışının hukukun üstünlüğü ilkesiyle sınırlandırılarak siyasal iktidara karşı bireyin hak ve özgürlüklerini savunan bir devlet anlayışına evrimlenen tartışmaları çözümleyebilmemiz için bu sürecin başlangıç noktasına gitmemiz gerekir. Bu evrimin özünde siyasal iktidarın kullandığı egemenliğin kaynağı yani meşruiyet gerekçesi üzerine yapılan tartışmalar vardır. Modern devlet kuramlarıyla bu tartışmalar biri kurucu iktidar geleneği, diğeri özgürlükçü devlet kuramı olarak iki koldan sürdürülmüştür. Birinci

geleneği Machiavelli, Bodin ve Hobbes'un ikinci geleneği ise Locke'un fikirleri ışığında incelemeye çalışacağız.

Siyasal iktidar/devlet ve meşruiyet üzerine tartışmalar modern devlet sürecine geçişte yoğunluk kazanmıştır. Bu süreçte siyasal iktidar olgusunun mutlak, bir, bölünmez, sürekli nitelendirmeleriyle 'egemenlik' kavramıyla tartışıldığına şahit olmaktayız. Machiavelli ile başlayan modern devlet düşüncesi, önceki dönemin dinsel, mitolojik ve geleneksel meşruiyet arayışları yerine rasyonel temeller üzerine bir devlet kuramı geliştirmiştir. Modern öncesi siyasal iktidar ilişkileri doğaüstü güç eksenlidir. Bu ilişkiler toplum dışı güçlerin din, mitoloji ve önderlerin telkinleri ile toplumda içselleşmesi sonucu ortaya çıkmıştır. İktidar, bu toplumlarda kurumsallaşmamış ve süreklilik kazanamamıştır. İktidarın beslendiği meşruiyet kaynakları da yine doğaüstü, mitolojik ve dinseldir.

Ortaçağdaki papa ve imparatorun ikili iktidarı, modern devletin tek ve bölünmez iktidarını engellemekteydi. Kralların iki iktidar yerine tek, mutlak ve bölünmez iktidar ile tarih sahnesine çıkmaları modern devletin kuruluşunun ilk aşamasıdır. Bu dönüşüm döneminin düşünürü olan Machiavelli siyasal iktidarın niteliklerini, çıkar ilişkilerini, amaç olan için siyasal iktidarın bir araç olarak kullanılmasını gerektiğini savunmaktadır (Cassirer,1984:141). Bu yeni dönem siyasal iktidara rasyonel gerekçeler ve meşruiyet kaynaklarının araştırıldığı bir dönemdir. Eskinin mitolojik, dinsel ve doğaüstü meşruiyet yasaları yeni çağın aydınlanmacı aklı karşısında tutunamamıştır. Machiavelli'nin insanı devletin otoritesi ve disiplini altına alarak, neyin iyi neyin kötü olduğunu artık devletin belirleyeceği; eğitim, din, insan ve ekonominin kendi başına bir erek olmayıp siyasal iktidarın bir aracı olduğu söylemi, modern iktidarın devletini haber vermektedir (Ağaoğulları, 1991:194).

### **1. Machiavelli'in Egemeni: Devlet Benim; Hukuk, Benim İçin!**

Machiavelli ile, yeni bir insan, yeni bir toplum anlayışına dayanan yeni bir egemenlik ve meşruiyet geleneği kurulmuştur. Dinin egemenliği parçalayan iktidarı red edilerek 'tek' bir iktidar ve meşruiyet söylemi ortaya çıkmıştır. Onun için iktidar bir, bütün, mutlak ve sınırsızdır. Machiavelli iktidarı korkunun esas olduğu bir güç kullanma aracına indirger (Machiavelli,1994:69). İktidarın mutlak olduğu bu kuramda birey ve toplum iktidarın meşruiyet ilkelerine uyum göstermesi gereken araçlardır. İktidarı sınırlandıracak bir güç olamayacağı gibi iktidar bireylerin ve toplumun iradelerinin üstünde mutlak erektir. Hukuk ise (toplumun yargısal denetimi anlamında) siyasal iktidarın toplumu tek taraflı olarak kurmanın, egemenin iradesinin topluma dayatılmasının bir aracıdır. Asıl olan ister korku isterse ikna ile toplumun itaatini sağlanmasıdır. Egemen bunu sağlamak için hiçbir kayıt altında değildir ve "tuzakları tanımak için tilki, kurtları ürkütmek için aslan gibi" olmalıdır (Machiavelli,1994:110).

Machiavelli'ye göre halk, başında biri olmadığı zaman çaresizdir, kararsızdır, iyi ve kötüyü tam anlayamaz. Bu yüzden egemen, halkın tek yol göstericisi, iktidarın birlik ve bütünlüğünün tek teminatıdır. Egemen, bu yüce amacı gerçekleştirmek için hiçbir engel tanımayan, halkını bazen okşayarak bazen tepeleyerek yöneten, ama her zaman ülkesinin birlik ve beraberliği için çalışan bir kişidir. Egemen; halkını yoktan var eden ve bu yüzden herkesin ona şükran borcu olduğu kimsedir. O, insanlara inanma gücünü aşıl原因an, bir amaç etrafında kenetleyen ve hiç hata yapmayan kişidir (Machiavelli,1994:69). Machiavelli için egemenliğin en temel ilkesi siyasal iktidarın birlik ve bütünlüğüdür. Bu ilkenin amaçsallığı doğrultusunda birey ve toplum araçsallaştırılır. Bu amaca ulaştırılan her şey meşru kabul edilir. Machiavelli'de egemenliğin meşruiyet ilkeleri ahlaki ve evrensel değerlerden yoksundur. Egemeni denetleyecek, sınırlandıracak hiçbir düşünsel, fiziki ve ahlaki güç yoktur. Machiavelli ile siyasal iktidar “yalnızca din ve metafizikle olan bağlantısını değil, aynı zamanda insanın ahlaksal ve kültürel yaşamının tüm öteki biçimleriyle olan bağlantısını da yitirmiştir” (Cassirer,1984:144). Machiavelli, egemenliğin meşruiyet ilkesini “ortak iyi” kavramıyla açıklar. Ortak iyiliğin bilicisi, uygulayıcısı, yargılayıcısı “hükümdardır. O, her zaman bu ortak iyi'yi kendi özel çıkarı ile özdeşleştirecek ve L'etat C'est moi (devlet, benim) kuralına göre eylemde bulunacaktır”(Cassirer,1984:148). Çünkü egemeni sınırlandıracak veya egemenliği parçalayacak (erkler ayrımı) hiçbir güç bulunmamaktadır. Bütün erk egemenin uhdesindedir.

Machiavelli'nin bireyi ve toplumu siyasal iktidarın aracı kılan, topluma güvensizlik duyan, egemeni mutlak, sınırsız, bir ve bütün olarak tanımlayan, ahlaki ve kültürel yaşamın evrensel meşruiyet ilkeleri yerine siyasal iktidarın birliği ve bütünlüğünü önceleyen, ortak iyi ilkesini salt egemenin iradesine bırakan, egemeni sınırlandıracak hiçbir gücü kabul etmeyen, amaç-araç ilişkisinde zor, baskı ve gücü önceleyen, itaat olgusunu pasif bir boyun eğmeye dönüştüren devlet anlayışı Bodin'in “süreklilik” ilkesiyle güçlenerek sürdürülmüştür. Bodin bu bağlamda siyasal iktidarın sürekliliği için egemen güce değil egemenlik olgusuna atıfta bulunur. Egemen ölümlü iken egemenlik ölümsüzdür. Bu modern devletin kurumsallaşması ve sürdürülebilir bir egemenlik arayışının habercisidir.

## **2. Bodin'in “Egemenlik”i; Bir, Mutlak ve Kutsal İktidar**

Bodin'e göre “devlet; birçok ailenin ve bu ailelerin ortak çıkarlarının egemen bir güçle, doğruluk üzere yönetilmesidir” (Bodin,1969:93). Ailedeki baba otoritesi ile devletteki egemen otorite birbiriyle özdeşleştirilmiştir. Doğal, tartışılmaz ve sınırsızdır. Toplumdaki tüm iktidar odakları yetkilerini bu ilkedan almışlardır. Meşruiyet ise, tüm ailelerin iyiliği ve ortak çıkarı esasına dayandırılmıştır. Egemenliğin özü bu çıkarların korunmasında ve sürdürülmesinde gizlidir. Ortak çıkarı belirleyen güç ise Machiavelli'den hiçbir kırılma göstermeksizin yine egemen güçtür. “Egemenlik yurttaşlar ve uyruklar üzerindeki en yüksek, en mutlak ve en sürekli güçtür. Egemenlik, güçlülük niteliğinden ötürü

böyle adlandırılmaktadır. Egemenin egemen güçten yoksun bırakılması düşünülemez. Egemenliğin sahibi prens veya halk ise tanrı dışında hiç kimseye hesap vermek durumunda değildir. Egemenlik daima bölünmez ve devredilmez olacaktır” (Bodin,1969:95-98). Bodin’in bu denli güçle donattığı egemenlik anlayışı içerisinde bireysel özgürlükler, toplumsal rıza ve katılım unsurlarına rastlamak mümkün değildir. Her ne kadar Bodin egemenliğin meşruiyet ilkesi olarak “doğrulukla yönetim” ve “halk refahı”nı dillendirse de tanrı dışında hiç kimseye hesap vermeyecek sınırsız bir egemenin bunları nasıl gerçekleştireceği şüphelidir.

Bodin, egemenliğe yüklediği güç, iktidarın kaynaklığını dayandırdığı aile çıkarı, meşruiyetin gerçekleştirilmesindeki ortak çıkar teorileri çerçevesinde Machiavelli’nin kurucu mutlak iktidar çizgisindeki takipçisidir. Bodin’le birlikte egemen, sadece somut bir bedeni değil aynı zamanda kurumsallaşmış siyasal iktidarın meşruiyet bedenini temsil etmektedir. “Kral öldü, yaşasın kral” ifadesi egemenliğin bir bedensel var oluşu değil sürekli var kılışı anlatmak için söylenmiştir. Siyasal beden mutlak, bölünmez, bir ve aynı zamanda ölümsüz ve süreklidir. Meşruiyet ise hala dışsaldır ve iktidarın kendi dışındaki bir gerçekliğin, dinsel ve mitolojik onamasına muhtaçtır. Meşruiyet hala, dinin kutsal ve mutlak gücünden siyasal iktidarı beslemeye devam etmektedir. Bu sürecin kesilip tüm geleneksel meşruiyet kaynaklarından kurtulmuş bir modern devlet kuramının gerçekleşmesi için Hobbes’u beklemek gerekir (Ağaoğulları-Akal-Köker,1994:56).

### 3. Hobbes ve Mutlak Kurucu İktidarın Kölelik Hukuku: Devlet

Hobbes, mutlak iktidarın mutlak kuruculuğunu savunur. Hobbes için bireyin ve toplumun özü kavga, savaş, güvensizlik ve kaostur. O, insanın doğasında üç temel kavga nedeni keşfeder; “rekabet, güvensizlik ve şan-şeref tutkusu. Birincisi insanları kazanç için, ikincisi güvenlik için, üçüncüsü şöhret için mücadele etmeye iter” (Hobbes,1993:94). İnsanların doğuştan eşitliği güvensizliğe, güvensizlik ise savaşa yol açar. Devletin olmadığı durumda herkesin herkese karşı daima savaş hali vardır. İnsanları bu durumdan kurtaran şey bir sözleşme ile doğal durumdaki tüm haklarını bir egemene devretmeleridir. “Yani, kendi kişiliklerini taşıyacak tek bir kişi veya bir heyet tayin etmeleri ve, herkesin, bu kişi veya heyetin ortak barış ve güvenlikle ilgili işlerde yapacağı veya yaptıracığı şeylerin amili olmayı kabul etmesi, ve kendi iradesini o kişi veya heyetin iradesine ve muhakemesine de onun muhakemesine tabi kılmasıdır...Bu, herkesin bir ve aynı kişilikte gerçekten birleşmeleridir. Bu yapıldığında, tek bir kişilik halinde birleşmiş olan topluluk, bir devlet olarak adlandırılır. İşte o, Leviathan’ın (ejderha) veya daha saygılı konuşursak, ölümsüz tanrının altında, barış ve savunmamızı borçlu olduğumuz, o ölümlü tanrının doğuşudur. Çünkü devletteki her bir kimsenin ona verdiği yetkiyle onun elinde o kadar çok kudret ve güç toplanmış olur, işte devletin özü o kişide toplanmış olur...Bu kişiliği taşıyana egemen denir ve onun egemenlik kudretine

sahip olduğu söylenir, onun dışında kalan herkes ise, onun uyuğudur” (Hobbes,1993:130).

Hobbes toplumsal sözleşmeye/meşruiyete sadece devletin kuruluş aşamasında gerek duyar. Bu anlamda meşruiyet sadece devleti kuran bir ilkedir. Ama devlet kurulduktan sonra bu ilkenin siyasal iktidarı sınırlandırabilme korkusuyla meşruiyet ortadan kaybolur. Meşruiyet artık kurulu iktidarın egemenlik ilkesinin “mutlaklığı”, “birliği”, “sürekliliği” ve “bölünmezliği” gereği egemenin uhdesindedir (Hobbes,1993:131-136). Çünkü Hobbes’a göre egemenlik “bireysel kudretlerin toplamını egemenin kendi iradesine göre kullanmak yetkisidir” (Hobbes,1993:68). Hobbes kurucu iktidarın doğası gereği devleti bir kurucu ilkeyle sınırlandırmak ister. Fakat bireyi yok eden, toplumu ve toplumsal iradeyi egemenin iradesine bağlayan teori burada yine tanrıya sığınır. Hobbes için siyasal iktidarın meşruiyeti “halkın güvenliğinin sağlanmasında yatar; egemen, bu göreve doğa yasasıyla bağlıdır ve bunun hesabını, doğa yasasını yaratan Tanrı’ya ve sadece ona vermekle yükümlüdür” (Hobbes,1993:234). Yani egemen sınırsızdır.

Hobbes, tanrısal iradeyi egemenin kişiliğine vermekle meşruiyetin hala kutsal değerlerle beslendiği döneme bağlılığını gösterir. Bunun sebebi insanlardaki rekabete, güvensizliğe ve şerefe dayalı doğayı bozup kulluğa dayalı bir düzen inşa etmek istemesidir. Bu süreç persona civitatis’in (devletin kişisi) yaratılmasıdır. İnsanı kötü doğalarından kurtarmaktır. Hobbes bunu “genel bir rehberlik yoluyla”(Hobbes,1993:234) egemenin hakları arasında sıralar. Egemenin diğer hakları ise sınırlandırılmamış bir siyasal iktidarın ne denli totaliter ve otoriter olacağını ip uçlarını vermektedir. Uyruklar egemenin karar ve eylemlerine kendi eylem ve kararları imişçesine boyun eğecek, itiraz etmeyecek, eleştirmeyecek, uyruklar için neyin gerekli olduğuna egemen karar verecek, hangi şeylerin uyruklardan kime ait olduğuna egemen karar verecek, yargılama ve anlaşmazlıkları çözüme hakkı egemene ait olacak, iyi, kötü, yasal, yasal olamayana egemen karar verecek, uyruklara hangi düşüncelerin öğretileneğine, kanıların denetlenmesine, kimlerin halk topluluklarının karşısında hangi durumlarda ve nereye kadar konuşmalarına izin verileceği ve bütün kitaplardaki düşünceleri yayımlanmalarından önce kimin inceleneceğine egemen karar verecek, ödül ve ceza, şeref veya payeyi egemen verecektir (Hobbes,1993:131-136). Çünkü “egemen güç yokluğu kadar zararlı değildir” (Hobbes,1993:135). Kurucu iktidar teorilerinin en önemli ilkelerinden birisi olan güvenlik kaygısı ve kaos korkusu Hobbes da doruk noktadadır. Hobbes egemen güç yokluğunu tam bir kaos, kargaşa ve savaş durumu olarak tasvir eder ki daha iyiye, Leviathan’a, itaati meşrulaştırabilsin. Bu, ölümü gösterip sıtmaya razı etmektir. Bu meşruiyet dünyasında tek düşünen, tek karar veren, tek yasa yapan, tek öğreten, tek yöneten egemendir. Uyrukların tek görevi, ki bu yapıda haktan bahsetmek olanaksız, kendilerini kaos ve savaştan kurtaran bu tanrıya minnet edip kullukta kusur etmemeleridir.

Hobbes'un toplumsal rıza ve katılıma dayalı meşruiyet/sözleşme anlayışı egemenin yaratılmasıyla son bulur. Özgürlükçü geleneğin olmazsa olmaz olarak kabul ettiği “meşruiyetin sürekliliği” yerini “iktidarın sürekliliği”ne bırakır. Toplumsal rıza da yerini güvenlik korkusuyla yok edilmiş bireylerin mutlak itaatine bırakır. Bireylerin tüm hak ve özgürlüklerinden vazgeçtikleri toplum sözleşmesi bir kulluk ve boyun eğiş anlaşmasına dönüşür. Bu aşamadan sonra birey ve bireysel hak ve özgürlükler yok edilir, görevler sıralanır. Uyuşukların artık kendilerine özgü düşünceleri, iradeleri ve eylemleri yoktur. Toplumsal irade siyasal iktidarın iradesinde eriyerek yok olur. Egemenin iradesi sınırsızdır, mutlak ve kutsal egemenin dışında ya da üstünde hiçbir güç yoktur. Bu gücün parçalanmasını düşüncem ise imkansızdır. Bunu meşrulaştıracak araç ise toplumu ve siyasal iktidarı bir bütün olarak algılayan organizmacı devlet teorisidir; “...devlet adlı o büyük Ejderha (Leviathan), doğal insanın korunması ve savunulması için tasarlanmış olup ondan daha büyük bir cesarete ve kudrete sahiptir ve onda, egemenlik bütün gövdeye (organizmaya) canlılık ve hareket veren yapay bir ruhtur; yargıçlar ve diğer yargı ve yürütme görevlileri yapay eklemeler; egemenlik makamına bağlı her eklem ve organa kendi görevini yaptıran ödül ve ceza; doğal gövdede aynı işi yapan sinirlerdir; tek tek organların/üyelerin servet ve zenginlikleri ise kuvvettir; salus populi (halkın esenliği) onun görevidir; bilmesi gereken her şeyi ona bildiren hukukçular hafızadır; adalet ve yasalar yapay bir akıl ve iradedir; uyum sağlıktır; nifak hastalığıdır; iç savaş ise ölüm” (Hobbes,1993:17-18). Görüleceği gibi bu organizmacı yapıda hukuk siyasal iktidarın aklının toplumu düzenleme aracından başka bir şey değildir. Hukuk bu düzende Leviathan'ın ‘salus populi’ için ‘persona civitatis’ı kontrol etmek için düzenlediği tek taraflı ‘pactum subjectionis’dir.

Hobbes'un modern devleti, mantıksal olarak kurulmuştur ve ona hakim olan güç ve meşruiyet artık rasyoneldir. Bu rasyonellik, tek tek bireylerin aklından daha aşkın ve daha güçlü bir akıl olan kurucu iktidarın mutlak aklısıdır. Bu akıl, raison d'état, hikmet-i hükümettir. Rousseau bu akli aynı mutlaklıkları vererek genel irade olarak adlandırır. Genel iradeyi temsil eden egemen güç tektir ve asla parçalanmaz. Mutlak, yanılmaz, bölünmez egemenlik genel iradeyi temsil eden bir egemenin elindedir ve bu egemen tek tek bireylerin iradesinin ürünü olduğu için egemene itaat edenler aslında kendi iradelerine itaat etmiş olurlar (Rousseau,1965:32-41).

Machiavelli, Bodin, Hobbes ve Rousseau'nun egemenlik anlayışında günümüz demokrasi anlayışının en önemli ilkesi olan siyasal iktidarın sınırlanması gerekliliğini bulamayız. Toplumu bir bütün olarak algılama, bu bütünlüğü soyut irade ile tanımlama, egemenliği bu iradenin yansıması olarak sunma ve sonuçta da bu iradeyi tek bir kişinin/egemenin temsiliyetine indirgeme şeklinde gelişen bu süreçte siyasal iktidarın meşruiyeti sadece kuruluşa ait bir arayıştır. Oysa meşruiyet, siyasal iktidarın düşün ve eylemliliklerinin her ifade edilmesinde aranması gereken bir toplumsal mutabakattır ki kaynağı toplumsal rıza ve siyasal katılımdır.

Bu ilkeleri siyasal kuramının merkezine oturtan düşünür ise hiç kuşkusuz Locke'tur.

#### 4. Locke ve Özgürlükçü Hukuk Kuramı: Herkes Kendinin Yargıdır!

Modern anlamda iktidarın mutlaklığına ilk itiraz Locke'tan gelir. Locke teorisine iktidarın bir güç ve şiddet ürünü ve yönetimin de en güçlünün yönetim hakkı olarak savunan Machiavelli'yi ret ile başlar (Locke,1969:166). Daha sonra yönetici ve uyruk arasındaki iktidar ilişkisini babanın çocukları, efendinin kölesi, kocanın karısı üzerindeki erkiyle açıklayan doğal iktidar kuramcısı Bodin'den ayrılır (Locke,1969:167). Son olarak da Hobbes'un mutlak, üstün, sürekli, bölünmez, sınırsız olarak kutsadığı ölümlü tanrı'yı (Leviathan) reddeder. O'na göre siyasal erk "mülkiyeti düzenlemek ve korumak için ölüm cezası ve dolayısıyla bundan daha az şiddetli cezalar verebilen yasalar koymak, bu yasaları uygulamak ve devleti yabancıların işleyeceği zararlardan esirgemek için topluluğun gücünü kullanmak, bütün bunları da yalnızca kamunun iyiliği uğruna yapmak hakkı"dır (Locke,1969:167).

Bu tanımlama bizi Locke'da iki temel meşruiyet ilkesine götürmektedir; birincisi mülkiyet, ikincisi ise kamunun iyiliği. Yalnız hatırlatmak gerekir ki Locke'da mülkiyet dar kapsamda mal sahibi olmak değil "mülkiyet genel adı altında, canların, özgürlüklerin ve malların korunması"dır (Locke,1969:177). Bu meşruiyet ilkeleri hem Locke'nin hem de liberal geleneğin siyasal iktidarı sınırlandıran temel argümanlarıdır. Yani devletin amacı "barış, güvenlik ve kamu iyiliğinden başka bir şey değildir". Çünkü toplum sözleşmesi ile kurulan devlet "herkesin özgürlüğünü ve mallarını daha iyi korumak amacıyla yapıldığından toplumun ya da onlarca kurulan yasamanın etki alanının genel iyiliğin ötesine yayılabacağı düşünülemez"(Locke,1969:177). Bu düzende hukuk bireyi kontrol etmek için topluma yayılan bir yapı değil bireysel özgürlüklerin siyasal iktidarın egemenliğine karşı korunmasını garanti eden bir erktir. Çünkü doğal durum "özgürlük durumudur. Bu durum, insanların kimseden izin almadan ve başka birinin iradesine bağlı olmadan, doğa yasasının sınırları içinde, eylemlerini düzenlemek, mallarını ve kişiliklerini uygun buldukları gibi kullanmak konusunda yetkin bir özgürlük durumudur" (Locke,1969:167). Doğa durumu tam bir özgürlük durumu ise devlet bireyi ve toplumu bundan daha az bir özgürlüğe mahkum edecek hukuk düzenlemelerine gidemez. "Hiç kimse özgürlük hakkıma aykırı olarak zorla köle yapmaktan başka bir şey için beni mutlak erki altına almak istemez" (Locke,1969:172) ifadesiyle Locke mutlak, sınırsız egemenlik anlayışına dayalı hukuku reddeder. Devletin amacı güvenlikten uzak doğal durumun güvenlik içinde sürdürülmesini sağlamaktır (Locke,1969:177). Devlet de zaten meşruiyetini bu güvenliği, barışı ve özgürlüğü sağlama yetkinliğinden almaktadır.

Locke'u özgürlükçü devlet kuramının modern öncüsü yapan ikinci teorisi döneminin gerçeklerinin çok üzerinde olarak meşruiyetin kaynağının toplumsal rıza olduğu, bunun sadece siyasal iktidarın kuruluş meşruiyeti (Hobbes'ta bu

meşruiyet sadece egemen yaratılana kadardır. Daha sonra egemeni sınırlandıran hiçbir güç olmaz) değil onun tüm eylemlerinin ve yasalarının meşruiyet kaynaklığını toplumsal rızada aranması gerektiğidir. Locke “egemenlik erkinin her hangi bir bölümünü topluluk yasalarının gösterdiğinden başka yollarla yürüten bir kimsenin yasaların atadığı ve halkın onayladığı kişi olmadığı için sözünü dinletmek hakkı yoktur” (Locke,1969:181-182) ifadesiyle meşruiyetin sürekliliğini iddia etmiş, bir kez kazanıldığında hep meşru kalacak bir siyasal iktidarın olamayacağını vurgulamış ve her eylem ve yaşamada meşruiyet kaynaklığı olarak toplumsal iradenin mutlaklığını iddia etmiştir. Çünkü Locke’a göre hiçbir egemen “halkın hem onaylama özgürlüğü hem de gerçekten onayı olmadan yasal bir hak kazanamaz” (Locke,1969:182) ve “adalete aykırı olarak zor kullanamaz” (Locke,1969:184).

Locke, toplumsal rıza ve egemenlik arasında toplum sözleşmesi ile kurulan meşruiyet mutabakatını egemen lehine tek taraflılığa dönüştürmeyi gasp, (Locke,1969:182) egemenliğin halkın iyiliği dışında kullanılmasını ve meşruiyet ilkesini “topluluk yasaları” olarak da ifade ettiği özgürlük, can ve mal haklarını bu meşruiyet ilkelerinden başka bir kaynaktan beslenerek veya başka bir amaçla kullanarak halkı kendisine boyun eğdirmek yolunda kullanan egemeni “ister bir ister bir çok olsunlar tiranlık” (Locke,1969:183) olarak niteler. Biz tezimizde gasp ve tiranlık durumlarını meşruiyet bozumu olarak açıklamaya çalışıyoruz. Ona göre “yasanın bittiği yerde tiranlık başlar” ve egemen meşruiyet ilkelerinin dışına çıkar veya aşarsa “egemen olmaktan çıkar ve yetkisiz olarak hareket ettiği için ona karşı konabilir” (Locke,1969:183).

Locke, siyasal iktidarın mutlak, sınırsız, bir ve bölünmezliği teorisinin tiranlık olduğunu ve bunun doğal haklar meşruiyetini bozucu bir yön olduğunu söyledikten sonra bu sorunu çözmek için siyasal iktidarın egemenlik alanının yasama, yürütme ve federatif erkler şeklinde bölünmesi gerekliliğini savunur. Hobbes’un her şeyin düzenleyicisi olarak tanımladığı siyasal iktidarın egemenlik alanını Locke “genel iyiliğin ötesine yayılacağı düşünülemez” ifadesiyle sınırlandırır (Locke,1969:179). Toplumun üzerinde bir iktidar alanı olarak betimlenen devleti eleştiren Locke onun toplumsal alana totaliter ve otoriter bir güç olarak yayılmasını da ret eder.

Kısaca özetlemeye çalıştığımız bu iki gelenek egemenlik kavramına yüklenen anlamların ve amaçların farklılığından kaynaklanmaktadır. Total bir dünya kurgusu, toplumsal birlik, bütünlük ve uyum arayışı, güvenlik ve kaos sendromu ve devletin amaçlılığı kuramını savunan kurucu iktidar geleneği ile bireysel özgürlüklerin, toplumsal rıza ve siyasal katılımın meşruiyet kriteri kabul edildiği özgürlükçü devlet kuramı bu iki geleneğin temelini oluşturmaktadır.

Machiavelli, Bodin, Hobbes ve Rousseau’nun temsil ettiği mutlak egemenlik anlayışında erkler ayrımı ve hukukun üstünlüğü egemenliği sınırlandırıcı bir olgu



olarak ret edilmektedir. Locke ise tersine egemenliğin sınırlandırılması için bu ilkelerin zorunluluğuna inanır ve aksi durumu tiranlık olarak değerlendirir.

Machiavelli, Bodin, Hobbes ve Rousseau geleneğinde halk sadece egemenliğin kaynağıdır, egemenliğin kullanıcısı ise egemendir. Locke da ise halk egemenliğin hem kaynağı hem de kullanıcı gücüdür. Bu bağlamda birinci çizginin totaliter gelenek ile ikinci çizginin demokratik devlet geleneğiyle örtüştüğünü söyleyebiliriz. Çünkü demokrasi en basit tanımıyla halkın iktidarındır. Egemenlik halkındır, halktan gelir, iktidar halkın vekili, hizmetçisi ve halka karşı sorumludur. Halkın iktidara karşı korunmasının şartı yasama, yürütme ve yargı güçlerinin birbirinden ayrı ve bağımsız olmasıdır. Bu sayede demokrasinin temel şartlarından olan halkın farklı tercihleri seçebileceği özgür katılım imkanı, hukukun üstünlüğüne dayalı hukuk devleti ve güçlü siyasal kontrol gerçekleşmiş olur. Hukuk siyasal iktidarın kontrol edilmesinde en önemli araçtır. Bu yüzden siyasal iktidardan bağımsız olması gerekir. Siyasal iktidara bağımlı bir hukuk (kuvvetler birliği) mutlak egemenlik geleneği içerisinde siyasal iktidarın toplumu denetlemek ama kendisini denetletmemek için kullandığı bir baskı aracına dönüşür.

##### **5. Hukuk: Egemen Gücün Buyruğu mu, Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvencesi mi?**

Hukuk; siyasal iktidar ve toplumsal rızanın kesiştiği meşruiyet alanıdır. Çünkü siyasal iktidarın amaçları ve eylemlerinin nitelikleri sorunu, aynı zamanda siyasal iktidarın kendisini ve eylemlerini topluma kabul ettirme sorunudur. Bir meşruiyet kaynağı aramayan, düzenleyici ya da uygulayıcı gücünü bir 'yasa'ya bağlı kılmayan siyasi iktidar var olamaz. Bir ilkeye ya da yasaya gönderme yapılmadan siyasi iktidar kullanılamaz, sürdürülemez. İktidar, toplumu ne adına yönettiğini söylemeden, toplumdan onay almadan meşrulaşamaz. Aynı zamanda, hiçbir toplum da, saygı duyduğu bir ilke adına siyasi iktidara rıza göstermeden kendisini yönettirmek istemez. Meşru otoritenin beslemediği bir güç ilişkisine siyasi iktidar adı verilemeyeceği; otoritesiz gücün, yasadışı uygulamanın, ilkesiz kullanımın her türlü toplumsal düzenlemeyi imkansız kılan bir kaosa yol açacağı; (Akal,1991:7) gerçeği bizi hukukun nedenselliği sorununa götürmektedir.

Siyasal iktidar toplumsal rızaya dönüşmedikçe bir zoru, bir zorunluluğu ve bir zorbalığı temsil etmektedir. Bu yüzden tüm siyasal iktidarların temel problemi, toplumsal rıza arayışıdır. Siyasal iktidarın kaçınılmaz olarak şu soruyu cevaplaması gerekir ki yasaları adil, eylemleri haklı, emirleri uyulabilir, cezaları katlanabilir, hataları mazur görülebilir olsun; 'neden' ve 'ne adına', 'hangi amaç' ve 'ne/kim için' iktidar? Bu gücü kullanma hakkını ve yetkisini nereden aldın? İşte hukukun nedenselliği kısaca bu sorulara verilen cevaplarda saklıdır. Yukarıda özetlediğimiz iki farklı siyaset geleneği içinde bu sorulara verilen cevaplar da farklılaşır. Hukukun yeri siyasal iktidarın ya yanındadır ya da karşısındadır. Bu yüzden hukuku tanımlama sorunu, siyasal iktidarı tanımlama sorunudur. Siyasal iktidarın hukuka bakış açısı, yeri ve tanımı konusundaki argümanları siyasal sistem

farklılıklarının temelini oluşturmaktadır. Hukuku siyasal iktidarca belirlenen ve kullanılan bir araç olarak gören totaliter ve otoriter kuramlar onu, güç, etki, otorite, hegemonya ve baskı unsuru şeklinde ele alırken özgürlükçü düşünceler hukuku birey ve toplumun belirleyiciliği altında kullanılan bir güvenlik aracı olarak ele alırlar. Birincisinde hukuk mutlak, aşkın, bir, bütün, bölünmez ve sınırlandırılmaz siyasal iktidarın bir aracı iken ikinci kuramda bireysel haklara, toplumsal rızaya, adalete, özgürlük ve mülkiyetin korunmasına, siyasal iktidarın sınırlandırılıp denetlenmesine dayalı bir araç olarak demokratik değerlere ve evrensel insan haklarına bağlılık şeklinde değerlendirilir. Siyasal iktidar meşruiyetini bu olgulara olan bağlılığından alır. Bu yüzden siyasal sistemler hukuku kendi meşruluk ilkeleri doğrultusunda kullanır. Unutulmamalıdır ki meşruiyet siyasal iktidara var oluş ve süreklilik gerekçeleri ile yasa ve eylemlerine haklılık kazandırır. Kendisini meşru bir siyasal otoriteye dönüştürmek isteyip de meşruiyet aramayan siyasal iktidar olamaz. Bu yüzden egemenlik, siyasal iktidar ve meşruiyet olguları ihmal edilerek bir hukuk incelemesi yapılamaz. Kurucu iktidar geleneği ve özgürlükçü devlet kuramlarında hukukun yerini anlamamız bu incelemeye bir katkı yapacaktır.

Kurucu iktidar geleneğinin mutlak egemenlik ilkesi gereği hukuk, egemen gücün bir buyruğu olarak karşımıza çıkmaktadır. Kurucu iktidar geleneğinde hukuk siyasal iktidarın mutlak egemenliğine hukuksal temel ve rasyonel uyum kazandırmaktadır. Kurucu iktidar geleneğinde egemenlik kavramının iki yönü vardır. İlki, yasaları yapma iktidarını ifade eder: sert yaptırımlarla toplumun üyelerini bağlayıcı direktiflerdir. İkincisi ise, diğer tüm toplumsal varlıklar, egemen varlıktan daha aşağı ve ona bağlı ve bağımlıdır. Bu egemen yapı, diğer egemen yapılardan hiçbirine bağlı değildir. Hepsinin üstünde egemen güçtür (Ekstein,1996:40). Bu bağımsızlık ile beraber ortaya çıkan siyasal iktidarın tartışılmaz ve sorgulanmaz yapısı hukuk aracılığıyla mutlaka ve kutsala dönüştürülmektedir. Kendi iktidarını 'tartışılmaz' ve sorgulanmaz kılan bu anlayış gereği hukuk, egemen gücün egemenlik aracıdır. Hobbes'ta gördüğümüz sınırsız iktidarın hukuk anlayışı içerisinde bireylerin haklarından değil görevlerinden, toplumsal rızadan değil toplumsal itaatten bahsetmek mümkündür.

Kurucu iktidar geleneğinde devlet, siyasal iktidarın kullanıcı gücü olarak cebri iktidar ve adaletin dağıtılmasının düzenleyiciliğini temsil etmektedir. Devlet bu tekeli kamunun iyiliğinin mutlak bilicisi ve uygulayıcısı olma iddiasından almaktadır. Devletin üstlenmiş olduğu görevler olan güvenlik, adalet, eğitim ve diğer siyasal, toplumsal ve ekonomik düzenlemeler, temelde toplumun organizmacı bütünlüğüyle paralel olan hiyerarşi ve toplumsal eşitsizlik anlayışıyla meşruluk kazanan görevlerdir. Eşitsizlik ve hiyerarşik düzen ile kurulu bir toplumda egemenlik, kendisini bu eşitsizlikten kaynaklanan toplumsal uyumsuzluk ve düzensizliğe karşı korumak zorundadır. Bu zorunluluk, hukuku ve hukukun toplumsal uyum ve düzen misyonunu ortaya çıkarmıştır. Bu misyon gereği hukuk siyasal iktidarın toplumu düzenlemek için kullandığı bir araçtır. Amaç ise, sadece siyasal iktidarca rasyonalize edilmiş ve benimsenmiş toplumsal düzen ilkelerinin

gerçekleştirilmesidir (Dennis,1969:101). Bu yönüyle devlette somutlaşmış olan siyasal iktidar, hukuki olarak resmileşmiş bir örgütün modern halini temsil etmektedir.

Hukukun temel problemi, siyasal iktidarın egemenlik ilkesinin yaşatılmasının gerçekliği ile toplumun eşitlik, özgürlük ve adalet beklentileri gerçekliğinin cevaplandırılması arasındaki uçurumda tercihe zorlanmış olmasıdır. Siyasal iktidar kaynaklı ilkeselliğe bürünmüş hukukun, siyasal iktidarın çıkarlarının öncelenmesi araçsallığı nedeniyle toplumsal itaatin saygı ve kabulünden uzaklaşarak kabul ve rıza yerine dayatma ve zorlamanın, eşitlik, özgürlük ve adalet yerine disiplin, güvenlik ve düzenin aracı olması bu problemi daha da büyötmektedir.

Özgürlükçü gelenekte hukuk, mutlaklaştırılan devletin sınırlandırılması için toplum tarafından öngörölen bir düzenlemedir. Toplumun kendi kendisinin yargıcı olduğu ve siyasal iktidarı kendi meşruiyet ilkeleri doğrultusunda sınırlandırdığı bir yapıdır. Özgürlükçü gelenekte hukuk bireysel hak ve özgürlüklerin garanti altına alınması, güven içerisinde gerçekleştirilmesi ve iktidarın sınırlandırılması için öngörölen bir toplumsal rıza alanı iken kurucu iktidar geleneğinde “özgürlükler, haklar güvenceye bağlansın diye yaratılan bu kurum, özgürlüklerin ve hakların baş düşmanı kesilmiştir. Bu, tipik bir yabancılaşmadır” (Selçuk,1998:13). Bu durum tam da meşruiyet bozumu dediğimiz siyasal iktidarın toplumsal rızadan kopması durumudur. Hukukun var olma nedeni toplumun devlete karşı korunması iken bu yapıda toplumun güvenlik ihtiyacından doğan devletin toplumu koruma ve düzenleme aracına dönüşmüştür (Huber,1970:37). Hukukun amacı insanların temel hak ve özgürlüklerini korumak, yaşamlarını güvence altına almak, adil, eşit ve özgür bir toplumsal düzen kurmak ve “özgürlük kanunundan çıkan adil davranma kurallarına”(Hayek,1994:183) dayanmak iken ve devlet bu amacın bir aracı olarak kurumsallaştırılırken devleti sınırlayıcı değil devlet tarafından toplumu düzenleyici bir duruma dönüştürölmüştür. Böylece hukuk Bastiat’ın ifadesiyle “kendi kendisini yok etmiştir”(Bastiat,1997:4). Bastiat’a göre bu bir bozulmadır ve “bu yüzdendir ki hukuk, kendisinden korumasının beklediğimiz adaleti yok etmeye, saygılı olması gereken hakları da sınırlamaya, hatta tahrip etmeye yöneltilmiştir. Hukuk, kolektif gücü hiçbir risk ve sorumluluk yüklenmeden başkalarının kişilik, özgürlük ve mülkiyet haklarını istismar edenlerin eline terk etmiştir” (Bastiat,1997:4). Kurucu iktidar geleneğinde bir bozulmaya dönüşen hukuk, siyasal iktidar ve toplum arasındaki çatışmalara adalet arayan bir sistemden çıkıp toplum içindeki uyumsuzlukları ve düzensizlikleri kontrol eden ve toplumun siyasal iktidarın meşruiyet ilkelerine uymamasını cezalandıran bir düzeneği temsil etmektedir.

Hukukun bu şekilde bozulmasında en önemli unsur olarak kurucu rasyonalizm ve paralelinde gelişen pozitivism yatmaktadır. “Pozitivist hukukun temel felsefesinde hukuk, hükümler gücün iradesinin yansımasından başka bir şey değildir. Modern devlet kurucularının bu hukuk anlayışını kabul etmelerinin asıl

sebebi toplumu yönlendirme ve yeni bir biçim verme amacıdır” (Güriz,1985:446). Pozitivizme göre hukuk, bir emirler serisi olarak değerlendirilmektedir. Bu emirler, toplumun ihtiyacından kaynaklandığı gibi toplumu etkileme amacından da kaynaklanabilmektedir. Devletin müdahaleci yapısının, sosyal adaleti korumak amacıyla, gerektiği kadar ve hukuk devletinin tabii hakları ile sınırlı olarak yerine getirmek yerine, pozitivist bir karakterle adalet amacından daha çok toplumu biçimlendirici ve yeni bir toplum kurucu nitelikte olduğu görülmektedir (Başbuğ,1998:40).

Kurucu iktidar geleneğinde hukuk, bu haliyle toplumsal siyaset içinde erittiği ve tamamen egemen iradeye bağlı ve bağımlı kıldığı için çok önemli bir totaliterizm aracına dönüşmektedir. Hukuk sayesinde, toplumsal ve siyasete ait olanlar birbirinden ayrılmakla kalmayıp birbiriyle çatışır hale dönüşmektedir. Eskinin tanrısal iradesi ve yasalarının kutsallığının yerini toplumun iyiliği ve güvenliği, siyaset iktidarın istikrarının fetişizmi, toplumsal birlik ve bütünlüğün temsilcisi adınının totaliterizmi almıştır. Bu, toplumun bütünlüğü ve düzenlenmesi için siyaset iktidarın gücüne zorunluluk kazandırmakla meşrulaştırılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, hukukun olmazsa olmazı olan adalet işlevi, siyaset iktidarın birliğinin ve bütünlüğünün korunması işlevine dönüşmektedir. Yani hukuk, eşitlik, özgürlük ve adalet sorunu olmaktan çıkıp disiplin, hiyerarşi, birlik ve bütünlük sorununa dönüştürülmüştür. Amacı da, siyaset iktidarın ilkelerine olan bağlılığı ve bağımlılığı azamileştirmek olmuştur.

Kurucu iktidar geleneği, hukuk aracılığıyla temel yasasının olması gerekenler dünyasını belirler. Bu bağlamda hukuk, meşruyetin temel yasası ve ilkelerinden devşirilmiş toplumsal itaat alanının siyaset iktidar tarafından çerçevesiyle tanımlanmasıdır. Toplumun neyi, niçin, nasıl yapacağını gösterdiği normatif alandır. Hukuk, toplumun siyaset iktidar tarafından belirlenen kanunlar çerçevesinde yaşamlarını düzenler. Bu sınırların aşılması halinde neye göre nasıl yargılanacaklarını öğretir. Topluma, siyaset iktidarın meşruyet alanının çiğnenmezliğini, mutlaklığını ve dolayısıyla kutsallığını dikte eder. Hukuk, meşruyetin yasal, resmi ve açıklayıcı yönü olarak toplumun itaatini çerçevesiyle tanımladığı alan olarak da toplumsal mühendisliğin aracına indirgenir. Althusser, siyaset iktidarın kendi varlığını devam ettirebilmesi için baskı aygıtlarına ve ideolojik aygıtlara sahip olduğunu ve bunları yoğun bir şekilde kullandığını ifade etmektedir. Devletin baskı aygıtları, açık güç kullanımının veya zorlamanın bulunduğu alanlarda işleyen hukuk, mahkemeler, polis, ordu gibi kurumlardır. Devletin ideolojik aygıtları ise aile, okul ve din gibi alanlarda siyaset iktidarın onanmasını devam ettiren kurumlardır. Bu alanlar içerisinde bireyler adlandırılır, kimlik kazandırılır ve egemenlik alanına hapsedilir.

Kurucu iktidar geleneğinde hukukun gerek kurucusu, gerek yeniden üreticisi ve gerekse uygulayıcısı siyaset iktidar olduğu için hukuk, baştan itibaren eşitsiz ve tek taraflı bir boyut arz etmektedir. Hukuk, siyaset iktidarın toplumsal itaati terbiye

etme, düzenleme ve cezalandırma hakkını kullandığı bir araç olarak ele alınmaktadır. Bu yüzden kurucu hukuk, siyasal iktidarın toplumsal itaat üzerindeki egemenliğini en fazla gizleyen, örten ve anlam kaydıran bir bozulmadır. Kurucu iktidar geleneğinde hukukun bir iktidar aracı olarak en güçlü yanı, kanun koyucuları gizleyerek kanunlara tabi olunmasını emreden yanındır. Anayasal düzenlemeler ile hem siyasal iktidara hem de topluma karşılıklı bir kontrol ve sınırlama getirildiği varsayımı üzerinde yükselen hukuksal iktidarın toplumsal irade ile değil de siyasal irade ile belirleniyor olması, hukuku toplumsal iradenin üstünde bir güç olarak aşkın, kutsal, dogmatik ve mutlak bir alana yükseltmektedir. Siyasal iktidar alanının dinsel, ideolojik ve geleneksel yasaları isim değiştirerek anayasa ve kanun adını almaktadır. Bu bağlamda kanunlar, kurucu siyasal iktidarın gücünü topluma dayattığı ilkelerdir. Hukuk bu yönüyle kurucu, statükoyu koruyucu ve toplumu yeniden üretip düzenleyici bir araç olarak mutlak egemenlik çizgisinin kendine tanıdığı olağanüstü bir ayrıcalıktır. Geleneksel hukuktan tek farkı, kanun koyucuların yerine kanunların kutsanması ve mutlaklaştırılmasıdır.

Hukukun egemenliği demek, herkes tarafından sonuçları önceden kestirilebilen ve geleceğin ona göre düzenlendiği kanunların herkes için eşit uygulanabildiği kanun hakimiyetidir. Kanun hakimiyeti sayesinde devletin tüm işlemleri önceden ilan edilmiş kanunlara bağlıdır. Bireyler bunu önceden görür ve bilir, ona göre davranır. Devlet ve bireyler her türlü davranışlarını ve gelecekle ilgili planlarını ona göre ayarlar (Hayek, 1999:101). Hukukun üstünlüğünün temel gayesi devletin tüm eylemlerinin önceden ilan edilmiş olması ve toplum tarafından biliniyor olmasıdır. Her bir birey kendi geleceğini kendi tercihleriyle belirler. Kendi geleceğine hükmeden güç kendi iradesi olur. Bu yüzden hukuk, insanların geleceğinin, mukadderatının, temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Eğer kanunların sürekliliği ve hukukun üstünlüğü yerine iktidarın iradesi ve belirleyiciliği öncelenirse yani “hukuk planlamacılığı” yapılırsa devlet bu planlamacılığın tarafı olur ve toplumu bu planlara uydurmak için hukuku ideolojik bir baskı aracı olarak kullanır. Çünkü devlet artık “ahlaki” bir kurumdur ve iyi, kötü, haklı haksız artık devletin tekelinde bir olgudur. Hukuk planlamacılığı genişledikçe hukuki ilkelerin yerine devletin belirlediği bir eylemin iyi, makul veya adilliği alır. Bu ise iktidarın takdir alanını bireylerin aleyhine genişletir. İktidarın çıkarına ve zamanın şartlarına göre iyi, makul ve adil olan şey değişebilir. Bu da ortaya keyfi iktidarı çıkarır. Keyfi iktidarın zıddı sadece kanun hakimiyeti değildir. Kanun hakimiyeti diktatörlüğe de yol açabilir. Asıl olan, kanunların özel tesirlerinin herkes tarafından önceden bilinebilmesi ve bunun bilecek bir sınıfın veya liderin olmamasıdır. Her fert kanunlar önünde eşit olacak ve kanunların sonuçlarını önceden bilerek kendi geleceğini planlayabilecektir. İkincisi ise her şeyin kanunlarla düzenlenmesi gerektiği anlamında değil iktidar sınırının ancak kanunlarla düzenlenmesi, yasama hakkının sınırlı olması, toplumsal geleneğe ve kendiliğinden işleyen toplumsal yapıya uygun olması, insan haklarının ve bireysel özgürlüklerin “daimi” dokunulmazlığı gerekir (Hayek, 1999: 106-114).

Hukukun bu ideal amaçlılığına karşın kurucu iktidar geleneğine göre hukukun üstünlüğü demek, hukuku belirleyen siyasal iktidarın ve onun meşruiyet yasasının/ideolojisinin üstünlüğü/iktidarı demektir. Çünkü kurucu devlet, toplum üzerine kanun koyma ve hukuk belirleme tekeli elinde bulunduran iktidar olduğu için toplumu düzenleme, kontrol etme ve belirlediği ilkeler çerçevesinde disipline etme aracı olarak hukuku kullanır (Yoffe,1988:173). Siyasal iktidarın meşruiyet yasası çerçevesinde onu korumak ve düzenlemek için kurulmuş hukukun tüm yasaları, tüm süreci bu yasaya göre düzenlenmiştir. Dolayısıyla hukuk, siyasal iktidarcı yorumlanan, uygulanan, gerekirse siyasal iktidarın çıkarlarına göre değiştirilebilen bir durumu gösterir. Bu yüzden mutlak egemenlikle kutsanmış siyasal iktidar hukuk kuvvetinin kendisini denetlemek, yargılamak ve cezalandırmak korkusuyla kendisinden ayrılmasına, bağımsız olmasına izin vermez.

### **Sonuç**

Kurucu iktidar geleneği egemenlik kavramında odaklaşan siyasal iktidar teorilerinde güç ve otorite kaynaklı bir iktidar çözümlemesi yaparak meşruiyeti siyasal iktidarın kendinden menkul kurucu bir aracı olarak ele alır. Bu teoride hukuk siyasal iktidarın toplumu düzenlemesinin bir aracına indirgenmiştir. Bireysel haklar ve toplumsal rızaya dayalı bir meşruiyet ve hukuk reddedilmektedir. Buna karşın özgürlükçü devlet kuramı sadece güç ve otoriteye dayalı bir siyasal iktidarın meşru olamayacağını, meşruiyet kaynağının bireysel hak ve özgürlükler ile toplumsal rıza olması gerektiğini savunur. Siyasal iktidarın toplumsal rızaya dayanmadan kullandığı egemenliğin ise bir gasp ve tiranlık olduğunu iddia eder. Devletin amaç, birey ve toplumun bu amacın kurulup yaşaması için araç olduğunu iddia eden kurucu gelenek ile devletin özgürlükleri korumak ve geliştirmek için bireyler tarafından kurulduğunu ve sınırının da bu alan olduğunu savunan özgürlükçü gelenek arasındaki bu çatışma kendisini en yoğun olarak hukuk alanında göstermektedir. Birincisinde hukuk mutlak ve bütün kurucu iktidarın bir egemenlik aracı iken ikinci gelenekte ise hukuk siyasal iktidarı mutlaklığını birey hak ve özgürlükleri ve toplumsal rıza ile sınırlandıran ve bölünmezliğini erkler ayrımı ve kanun hakimiyeti ile parçalayan meşruiyet alanıdır. Günümüzdeki tartışmaların temelinde yatan sorun da egemenlik, meşruiyet ve hukuk arasındaki ilişkilerin hangi ilkeler üzerine bina edileceğidir. Evrensel değer olarak hukukun üstünlüğü fikrinin yükseldiği gerçeğine paralel olarak klasik egemenlik anlayışından taviz vermeden toplumu düzenlemek ve ideolojik bir totalitenin içerisinde kontrol etmek isteyen kurucu iktidar geleneğinin de halen sürdüğü gözlemlenmektedir. Kurucu devlet geleneği, geleneğinin de kendisine verdiği güçle elindeki iktidar araçlarını toplumsal alanın etkinliğine terk etmek istememekte, bireysel haklar, özgürlükler ve toplumsal rızaya dayalı hukukun üstünlüğü ilkesine uyma konusunda isteksiz davranmaktadır.

### Kaynakça

- Ağaoğulları-Köker, M. Ali, Cemal Bali Akal –Levent (1994) *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, İmge Yayınları, Ankara.
- Ağaoğulları- Köker ,Mehmet Ali – Levent (1991) *Tanrı Devletinden Kral Devlete*, İmge Yayınları, Ankara.
- Akal, Cemal Bali (1991) *Yasa ve Kılıç*, Afa Yayınları, İstanbul.
- Bastiat, Fredric (1997) *Hukuk*, Çev: Yıldırım Arsan, LDT Yayınları, Ankara.
- Başbuğ, Aydın (1998) “Cumhuriyetin 75. Yılında Sosyal Hukukun Konumu”, *Türkiye Günlüğü*, Eylül-Ekim (52), Ankara.
- Bodin, Jean, (1969) “Devlet Üstüne Altı Kitap’tan Seçme Parçalar”, Çev: M. Tunçay, *Batıda Siyasi Düşünceler Tarihi, Seçilmiş Yazılar II, Yeni Çağ*, Der: Mete Tunçay, AÜSBF Yayınları, Ankara.
- Cassirer, Ernst (1984) *Devlet Efsanesi*, Çev: Necla Arat, Remzi Kitabevi, İstanbul.
- Dennis, Lawrence (1969) *The Coming American Fascism*, s.116, 140; Aktaran: David SPITZ: *Antidemokratik Düşünce Şekilleri*, MEB Yayınları, İstanbul.
- Eckstein, Harry (1996) “Devlet Bilimi Üzerine”, *Devlet ve Hukuk*, Der: Mehmet Turan, Gündoğan Yayınları, Ankara.
- Güriz, Adnan (1985): *Hukuk Felsefesi*, Ankara.
- Hayek, Friedrich A. (1994) *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, Çev: Atilla Yayla, İş Bankası Yayınları, İstanbul.
- Hayek, Friedrich A. (1999) *Kölelik Yolu*, Çev: Turhan Feyzioğlu- Yıldırım Arsan, Liberte Yayınları, Ankara.
- Hobbes, Thomas (1993) *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- Huber, Ernst Rudolf (1970) “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, Çev: Tuğrul Ansay, *A.Ü.H.F.D.*, c.27, sayı 3-4.
- Locke, John (1969) “Uygar Yönetim Üzerine İkinci İnceleme’den Seçme Parçalar”, Çev: M. Tunçay, *Batıda Siyasi Düşünceler Tarihi, Seçilmiş Yazılar II, Yeni Çağ*, Der: Mete Tunçay, AÜSBF Yayınları, Ankara.
- Machiavelli, Niccole (1994) *Prens*, Çev: Nazım Gönenç, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul.
- Rousseau, J. Jacques (1965) *Toplum Sözleşmesi*, Çev: Vedat Günyol, Çan Yayınları, İstanbul.

- Selçuk, Sami (1998) *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara.
- Yoffe, Norman (1988) “Context and Authority”, *State Formation and Political Legitimacy*, Edited by: Ronald Cohen-Judith D. Toland, Transaction Books, New Brunswick (USA)-Oxford (UK).