

YASALLIK İLE MEŞRÛLUK GERİLİMİNDE HUKUK DEVLETİ

Mithat SANCAR

Birikim Dergisi, Sayı: 116, Aralık 1998

<https://birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-116-aralik-1998/2310/yasallik-ile-mesruluk-geriliminde-hukuk-devleti/4717>

Yasallık ve meşrûluk, hukuk devletiyle ilgili tartışmaların anahtar kavramlarını oluştururlar. Bu iki kavrama verilen anlam ve -belki de daha ziyade- aralarında kurulan ilişki, değişik hukuk devleti, hattâ değişik devlet anlayışlarına vücut verir.

NORMATİFLİK İLE NORMALLİK

Bir siyasal sistemin meşrûluk iddiasıyla yürürlükteki (pozitif) hukuk düzeni arasında bir çatışma olmaması beklenir. Çünkü normal olan, yürürlükteki hukukun, sistemin meşrûluk dayanaklarını kendine özgü formüller ve araçlarla somutlaştırmasıdır. “Anayasa” adı verilen temel belge, böyle bir somutlaştırmanın aslî zeminini oluşturur; ya da öyle olması, anayasa kavramına içkin mantığın gereğidir. Bu durumda, devlet organlarının başta anayasa olmak üzere bütün hukuk kurallarını uygulamakta herhangi bir tereddüt göstermemeleri gerekir. Oysa gerçekte normatif düzen ile fiilî durum, yani “normatiflik” ile “normallik” arasında bir örtüşmeden çok, bir çatışma ya da en azından bir gerilim yaşanır. Özellikle devlet kudretini sınırlayan ve bundan dolayı esas itibariyle devlet tarafından ihlâl edilebilen hukuk devleti, insan hakları gibi ilkeler söz konusu olduğunda, bu çatışma ya da gerilim daha da belirgin hale gelir. Anayasalarında bu ilkelere yer veren sistemlerde, söz konusu çatışma ya da gerilimin sisteme yönelik bir meşrûluk bunalımı yaratmasını ya da sistemin kendi meşrûluk iddialarını inkâr ettiği kanaatinin yerleşmesini önlemek amacıyla çeşitli yorum stratejileri geliştirilir.

HUKUK DEVLETİNDE MEŞRÛLUK SORUNU

Meşrû egemenlik tiplerini meşrûluğun biçim ve içeriğine göre ayırma kolaylığı sağladığı için “çağdaş sosyolojide işlevselliği genel kabul gören Max Weber’in meşrûluk tasnifi”nde[1] hukuk devletinin “yasal egemenlik” kategorisinde yer aldığı açıktır. Rasyonel egemenlik olarak da adlandırılan bu kategoride meşrûluk, önceden belirlenmiş usûl ve kurallara göre çıkarılan kanunlara dayanır.[2] Yasallığın, hukuk devletinin vazgeçilmez unsuru olduğu konusunda bir ihtilaf yoktur. Ancak meşrûluğun, salt yasallığa indirgenip indirgenemeyeceği aynı ölçüde

tartışma dışı değildir. Hukuk devletinin “maddi” ve “biçimsel” olmak üzere iki modele ayrılması, bu tartışmaların bir ürünüdür.

BİÇİMSEL HUKUK DEVLETİ: YASALLIK = MEŞRÛLUK

Meşrûluğu yasallıkla özdeşleştiren, yani yasallığı meşrûluğun yeter şartı sayan yaklaşım, “biçimsel hukuk devleti” anlayışına vücut verir. Bu anlayışın Almanya’daki en ünlü temsilcisi, hattâ babası sayılan Friedrich Julius Stahl, bu modeli şu özlü sözlerle tanımlar: “*Hukuk devleti, hiçbir şekilde devletin hedef ve içeriğini ifade etmez; aksine bunları gerçekleştirmenin tarz ve karakterini tanımlar.*”[3] Stahl, bu tanımı daha sonra şu sözlerle tamamlar: “*Hukuk devleti karakteriyle, yasal düzenin içeriği değil, dokunulmazlığı/mutlaklığı belirlenmiş olur.*”[4] Çağdaş anayasa hukukçularından Theodor Maunz da benzer bir tanım yapıyor: “*Devlet biçimi, siyasal yapı ilkeleri üzerine kurulur; hukuk devleti sıfatı gayri siyasal biçim ilkesidir.*”[5] Bu tanımlardan çıkan sonuç, içeriği ne olursa olsun kendi koyduğu yasalara uyan her devletin hukuk devleti sayılacağıdır. Bu anlayışın mantıksal tutarlılığında, devlet, norm koyma yetkisi açısından tamamen serbest bırakılmış olmaktadır. Devletin iradesi, hukukun mutlak içeriğidir ve hukuk meşrûluğunu, salt devlet iradesinin ifadesi olmasından alır. Yani hukuk devleti = devletin hukuku. Devlete hukuk koyma konusunda açık çek tanınmasının en çarpıcı tasvirini kuşkusuz Kelsen yapmıştır: “Devlet, dokunduğu her şeyi hukuk haline getiren bir Kral Midas’tır”. [6]

MADDİ HUKUK DEVLETİ: MEŞRÛLUK = YASALLIK + AMAÇ

Hukuk devleti kavramının bu şekilde nisbileştirilmesine karşı, hukuk devletinin sadece yasallık ilkesinden ibaret olmadığı, ayrıca yasaların içeriğiyle de ilgili olduğu yaklaşımı geliştirilmiş ve böylece hukuk devletinin tanımında “amaç” ve “değer” unsurları öne çıkarılmıştır. Maddi hukuk devleti olarak adlandırılan bu yaklaşımın yaygın versiyonunda yasallık, meşrûiyetin zorunlu, fakat tek başına yeterli olmayan şartı olarak kabul edilir. Buna göre, “yasallık ilkesi”, hukuk devletinin asgari anlamıdır; fakat bu ilkenin ve onun gerçekleştirilmesine hizmet eden bütün kurumların derindeki anlamı “özgürlüğün” korunmasıdır. Hukuk devleti fikrinin gelişim sürecinin başlangıcında, bu fikrin temelinde yatan liberal öğretiye paralel olarak buradaki “özgürlük”, başta mülkiyet, serbest girişim ve sözleşme özgürlükleri olmak üzere “bireysel özgürlük” şeklinde anlaşılıyordu. Ancak bugün, bu kavram daha genel bir bağlama oturtulmakta ve genel bir ifadeyle “insan hakları” olarak tanımlanmaktadır. Bu yaklaşımın meşrûluk anlayışını şöyle bir formülle özetlemek mümkündür: Meşrûluk = yasallık + insan haklarına uygunluk.[7]

NAZİ HUKUK DEVLETİ: MEŞRÛLUK = DEVLET - YASALLIK(- İNSANLIK= VAHŞET)

Maddi hukuk devleti anlayışının bir başka ünlü versiyonu, hukuk devleti kavramının muhafaza edilmesinden yana olan Nazi hukukçular tarafından geliştirilmiştir. Nazi hukukçular arasında hukuk devleti kavramının iktibasını ve yeni devlete uyarlanmasını savunanlar kadar, kavramın açık ve kesin bir şekilde reddedilmesi gerektiğini düşünenler de önemli bir ağırlığa sahiptiler. Reddiyeci hukukçulardan birine göre, *“hukuk devleti kavramı, 19. yüzyılın anayasal durumuyla bağlantılıdır; 20. Yüzyıl devleti için bunun artık bir meşrûyeti yoktur.”*[8] *“Hukuk devleti, bir siyasal iktidarsızlık devletidir... Şayet hukuk devleti kavramında ısrar edersek, ‘Führer devleti’ni (Führerstaat) nisbileştiririz. Zira o zaman ‘hukuk’ yine önderliğin kendi kendini sınırlaması olarak, yasalara riayet iktidarı elde etmenin yasallığından farklı bir şekilde (toplumu) içerik yönünden biçimlendirmede yasallık olarak tanımlanacaktır. Gerçekte hukuk devletini ve onun yasallığını savunmak, bugün, iktidarın ele geçirilmiş olmasından sonra saçmadır.”*[9] Nazi devletinin vahşet pratiğinin, bu satırlarda dile gelen zihniyetin daha samimi olduğunu gösterdiğini belirterek, yine esas itibarıyla bundan farklı sonuçlara götürmesi söz konusu olmayan nazi maddi hukuk devleti anlayışına dönelim. Bu yaklaşımda, hukuk devleti bir kavram olarak korunmuş olmakla birlikte, yasallık asgari zorunlu şart olmaktan çıkarılmış, devletin kendisi ve kendinde çıkarları önplana alınmış, böylece yasallık ile meşrûluk birbirlerinden kopularak ve hattâ gerektiğinde zıtlştırılarak, hukuk devleti kavramının yalın özü tahrip edilmiştir. Bu yaklaşımın bir özetini, Nazi hukukçulardan Freisler’de bulmak mümkün: *“Hukuk devleti, halkın örgütlenmiş yaşam biçimidir; halkın yaşam hakkını içeriye ve dışarıya karşı güvence altına alacak hayat kuvvetinin tamamını kendinde toplar. ... (Nasyonal sosyalizm) hukuk devleti fikrini biçimsel bir fikirden maddi bir fikir düzeyine yükseltir. Bu maddi hukuk devleti, biçimsel özgürlük güvencelerine ihtiyaç duymaz; çünkü bütüncül dünya görüşünün birliği gibi çok daha güçlü bir maddi özgürlük güvencesine maliktir.”*[10] Yasallık ile meşrûluk arasında ayırım yapıp, ikincisini birincisine karşı kullanma stratejisinin kaba ve banal bir temellendirmesini yansıtan bu zihniyetin modern devletin 20. yüzyıldaki “aklı”nda önemli bir yer tuttuğunu söyleyebiliriz. Ancak bu saptamanın daha iyi anlaşılabilmesi için, söz konusu aklın rafine teorisinin mimarı olarak niteleyebileceğimiz Nazi ideolog Carl Schmitt’in görüşlerini de (çok kısa bir şekilde olsa bile) aktarmak gerekir. Fakat Schmitt’in, devlet teorisinden siyaset bilimine, kültür eleştirisinden felsefeye ve tarihe varana kadar geniş bir alana yayılan fikirler ürettiğini, eserlerinde kullandığı pek çok kavramın kendine özgü zaman ve kurgu bağlamı içinde daha iyi anlaşılacağını, burada aktaracağım görüşlerinin bir özetten öteye gidemeyeceğini belirtmem

gerekir. Bununla beraber bu özetin, cımbızla ayıklama gibi bir yöntemle yapılmadığını, yani Schmitt'in zihniyetini bütünselliği içinde yansıtmaya elverişli görüşlerini seçmeye gayret ettiğimi de ekleyeyim.

VE CARL SCHMITT

Schmitt, normativist düşüncede yasallığın meşrûluğu bastırıldığını; oysa gerçekte yasallığın meşrûluğun tezahür biçimlerinden biri olduğunu belirtir[11] ve yasallığın geçerliğini yalnızca “olağan” dönemlerle sınırlar. Bu iki unsur, olağanüstü dönemlerde birbirlerinden bağımsızlaşarak zıt konumlara düşerler.[12]

Schmitt, yasallık ile meşrûluk arasındaki ilişkiye dair bu saptamalarını başka bağlamlarda ve değişik terimlerle tekrar tekrar dile getirmiştir. Örneğin ona göre, “*hukuk düzeni tamlaması, birbirinden bütünüyle farklı iki unsurdan oluşur: Hukuk ve düzen. Birlik ve düzen, yasalarda, kurallarda ya da herhangi bir normatiflikte değil, devletin siyasal varlığında yatar.*” Schmitt, o zaman yürürlükte olan Weimar Anayasası'nı kastederek, “*Alman devletinin birliği(nin) o 181 maddeye ve onların geçerliğine değil, Alman halkının siyasal varlığına dayan*”dığını belirtir.[13] “Ekstrem durumlar”da “hukuk düzeni” tamlamasında yer alan unsurlar, yani “hukuk” ve “düzen” birbirlerinden kesin bir şekilde ayrılır, “hukuk” geri plana düşerken “düzen” belirleyici hale gelir. Normal durumlarda normatif nitelikteki hukuk düzeni ile siyasal nitelikteki mevcut düzen, yani yasallık ile meşrûluk örtüşür görünürken, ekstrem durumlarda pozitif hukuk normları devletin kendini koruma hakkı gereği ihlâl edilebilir. Schmitt, bu görüşlerini anayasa kavramı etrafında geliştirirken, bir yasa olarak anayasa (nisbi anlamda anayasa) ile temel siyasal düzen anlamında anayasa (mutlak anayasa) arasında ayrım yapar.[14] Schmitt'e göre, anayasanın bazı hükümlerinin veya bir “yasa” olarak (nisbi) anayasanın bütün halinde geçici olarak yürürlükten kaldırılması veya askıya alınması, gerçek (mutlak) anlamda “anayasa”nın askıya alınması demek değildir. Gerçek anlamda anayasa, bir halkın varoluş biçimine ilişkin temel siyasal tercih ve kararları ifade eder. Bu anlamda anayasa, elbette geçici bir süre yürürlükten kaldırılamaz; ama tam da bu temel siyasal tercih ve kararların bekasını sağlamak amacıyla, bunları ayrıntılandırmak için konmuş olan anayasal normlar pekâlâ geçici olarak yürürlükten kaldırılabilir. Schmitt, bu tür normların tipik örneği olarak özgürlüğün korunmasına ilişkin hukuk devleti normlarını gösterir. Schmitt'e göre, bunların kaynağı, gerçek anlamda bir siyasal varoluş biçimine dair ilke değildir; aksine bu normlar, devlet erki karşısında bir sınır ve devletin siyasal faaliyetinin önünde bir köstek oluşturduklarından, siyasal varoluş biçiminin tehlikeye

düşmesi halinde, devletin kendini koruma hakkının önündeki engeller olarak askıya alınır- lar.[15] “Siyasal yönden bütünleşmiş halkın somut varlığı, her türlü normdan önce gelir.”[16]

Schmitt, siyasal birliğin bekasının sağlanmasını, nihai meşrûluk referansı olarak görür. Hukuk olgusu ile hukukun devlet tarafından uygulanması süreci arasında ayırım yapan Schmitt, hukuku uygulama tekeline sahip olan devletin bu konuda iki eşdeğer imkâna sahip olduğunu belirtir: Olağan dönemlerde pozitif yasa geçerlidir; buna karşılık olağanüstü dönemlerde “tedbir” uygulanacaktır. “Tedbir”in ne olduğunu ise Schmitt şöyle açıklıyor: “Amacı hukukun zincirlerinden kurtarmak.”[17] Buradaki “amaç”, siyasal düzenin bekasıdır; hukuk ise, yürürlükteki normlar. Dolayısıyla “tedbir”, varoluşsal meşrûiyetin, normatif yasallık zincirlerinden kurtarılması, daha açık bir deyişle hukukun devlete ayak bağı olmaktan çıkarılması anlamına gelmektedir. Düzenin bekasına yönelik bir tehdit varolduğu ve düzen potansiyel olarak tartışma konusu olmaya devam ettikçe, yani bir “düşman” varolduğu, hukuksal düzenin şık görüntüsünün arkasında bir diktatörlük kılıcı her zaman hazır durumda beklemelidir.

Schmitt’ten buraya aktardığım pasajlarda “olağanüstü hal” kavramının neredeyse merkezî konumda olduğu dikkatten kaçmamıştır. Öncelikle bu kavramın Schmitt’in kuramında ayrıntılı bir şekilde ele alındığını ve çoğu yerde şartları belirlenmiş bir kategori olarak ortaya konduğunu belirteyim. Genel olarak “olağanüstü rejimler”, hem ulusalüstü insan hakları hukukunda hem de çağdaş ulusal hukuk düzenlerinde, özgürlüklerin belli şartlar altında ve belli bir çerçevede olağan dönemlere göre daha fazla sınırlanmasına ve (en azından) dar anlamda yasallığın yine belli şartlarda gevşetilmesine imkân tanıyan “hukuksal rejimler” olarak kabul görmektedirler.[18] Ancak ulusalüstü standartların izin verdiği sınırlama ve sapmalar, hiçbir şekilde Schmitt’in öngördüğü ölçülere yaklaşamazlar. Zaten Schmitt, olağanüstü hal rejimini hukuksal bir rejim olarak görmüyor. Schmitt, olağanüstü dönemleri hukukun mevcut olmadığı (ortadan kalktığı) başlangıç zamanlarına benzetir ve bu dönemlerde devlet otoritesinin “hukuku yaratmak” (yeniden tesis etmek) için hukuka ihtiyacı olmadığını söyler.[19] Schmitt’e göre, “*olağanüstü durum, devlet otoritesinin özünü en açık şekilde ortaya çıkarır. Burada karar (Entscheidung), hukuk normundan ayrılır ve (paradoksal bir şekilde formüle etmek gerekirse) otorite, hukuku tesis etmek için hukuka ihtiyacı olmadığını gösterir.*”[20] Olağanüstü hale karar verip onu ilân eden veya olağanüstü halde tehlikeyi savuşturmaya yönelik bir tedbir alan, herhangi bir normdan türetilmeyecek ve başka bir organ tarafından normatif bir ölçüte göre denetlenmeyecek bir karar almış olur.[21]

Öte yandan Schmitt, olağanüstü hâl kavramına, her zaman belli bir dönem veya rejimi ifade etmek için başvuruyor da değildir. Schmitt’in kavrama yüklediği en önemli işlev, kendi “karar

almacı” teorisine dayanak yaratmaktır.[22] Schmitt’in, egemenlik ile olağanüstü hal arasında sıkı bir bağ kuran ünlü sözüyle biraz oynandığında, felsefesinin özünü daha iyi belirten bir formül elde ederiz. O ünlü söz şudur: “Olağanüstü hale kim karar verirse, egemen odur.” (Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet). “Olağanüstü hal” teriminin kökünü oluşturan Almandaki “Ausnahme” sözcüğü, günlük dilde “istisna” anlamına gelir. Bu durumda, sözü şu formüle dönüştürebiliriz: “İstisnaları belirleme yetkisi kimdeyse egemen odur.” Yasallığın yeminli düşmanı olan Carl Schmitt, 1848 Devrimi öncesinde muhafazakâr Fransız devlet adamı Odilon Barrot’un sloganlaştırdığı ve daha sonraları çok tartışılan “la légalité nous tue” (yasallık bize - yönetenlere- ölüm getirir) sözüne yaptığı atıfla,[23] bu tutumunun gerçek saikini de ele vermiş oluyor.

Schmitt’in bu atfı başka bir bağlamda yapıyor görünmesi ve anılan sloganı “la légalité tue” (yasallık öldürür) şeklinde sadeleştirip, orijinal halinde apaçık olan “yönetenler” bağlantısını gizlemeye, böylece olguyu genelleştirmeye çalışması bu durumu değiştirmeye yetmiyor. Schmitt, başka yazılarda, anayasayı “vatan hainliğinin Magna Charta’sı” olarak nitelerken ya da “halkın ve Reich’in deliksiz bir yasallığa tamamen mahkûm edilemeyeceği”nden söz ederken korkusunu daha açık bir şekilde dışa vurmuş oluyor.[24] Bu korku, Schmitt’in siyaset kavramında köklü bir şekilde temellenmiştir. Siyaset kavramını dost-düşman ayrımı üzerine inşa eden Schmitt’e göre, “*siyasal eylemlerin ve saiklerin dayanağını oluşturan özgül siyasal ayırım, dost ile düşman ayırımıdır*”.[25] Schmitt, iç siyasetin tamamını, her zaman mevcut gördüğü iç savaş ihtimaline tabi kıldığı için,[26] yasallığı da bundan ayrı düşünmüyor. Schmitt’e göre hukukun yasallığa dönüştürülüp onunla özdeşleştirilmesi, doğrudan doğruya, yasallığın iç savaşta bir silah olarak kullanılması sonucunu doğurmuştur. Schmitt, Lenin’in bu gerçeği bütün çıplaklığıyla ortaya koyduğunu, 1920 tarihli “Sol Komünizm Bir Çocukluk Hastalığı” adlı yazısının bu konuda belirleyici bir belge olduğunu ve yasallık konusunda bu yazıdaki bilgileri hesaba katmayan her türlü açıklamanın anakronist kalacağını belirterek, Lenin’in şu sözlerini aktarır: “*Illegal mücadele biçimlerini her türlü yasal araçla bütünleştirmeyi bilmeyen devrimciler, son derece kötü devrimcilerdir.*” Schmitt’e göre işte bütün mesele budur. Buradan çıkan sonuç: yasallık, düzenin düşmanları tarafından taktik bir araç olarak kullanıldığına göre, düzenin de bu ilkeye bundan öte bir değer tanınması aptallık olur.[27]

SUSURLUK SONRASI TÜRKİYE’DE DURUM

Yukarıda tartışılan “meşrûluk modelleri”nden hangisinin Türkiye’de egemen olduğu sorusuna, iki ayrı düzlemde farklı cevaplar vermek gerekir. Normatif düzlemde, “yasallık + insan hakları”

formülüne dayanan maddi hukuk devleti modelinin geçerliği Anayasa'nın 2. maddesiyle taahhüt edilmiştir. Gerçi Anayasa'nın bu taahhüdünde samimi olmadığını gösteren pek çok düzenleme vardır.[28] Ayrıca bu Anayasa'nın kurucu babalarının böyle bir taahhüde uygun bir hukuk düzenini değil, "olağanüstülüğü olağanlaştıran" bir düzeni arzu ve tahayyül ettikleri de biliniyor. Yine de Anayasa'da böyle bir taahhüdün yer almış olması, devlet faaliyetlerinin meşrûluğunu sorgulamada önemli bir dayanak oluşturmaktadır. Öte yandan özellikle "hukuk devletinin ateşle imtihanı" sayılan hassas olaylarda bu taahhüde samimi bir bağlılık göstermemekle beraber Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini bu model çerçevesinde tanımlamaktadır.[29] Gerçeklik düzleminde ise durum bambaşkadır. Hukuk devleti, insan hakları gibi ilkeler bakımından normatif düzen ile fiilî durum, yani "normatiflik" ile "normallik" arasında -yoğunluğu dönemden döneme değişen- bir çatışma Türkiye'de her zaman mevcut olmuştur. Bu çatışmanın "olağan gerilim" sınırlarının ötesinde kalmış ve belli ölçülerde süreklilik kazanmış olması, Türkiye'de egemen olan devlet zihniyetiyle açıklanabilir ancak.[30] Yukarıda tartışılan modeller arasında bu zihniyeti en iyi yansıtanın ya da buna en uygun düşenin Carl Schmitt tarafından geliştirilen model olduğu ortadadır. Bunu saptayabilmek için yüzeysel bir karşılaştırma bile yeterli olur. Tekrardan kaçınmak amacıyla ayrıntılı bir karşılaştırmaya girmeyi gerekli görmüyorum. Ancak bir-iki noktayı tasrih etmeden geçmek de doğru olmaz. Bir defa, Türkiye'de de "devletin bekası" kavramı ya da "korkusu" devlet faaliyetlerinin nihai meşruluk referansı durumundadır, yasallık, ancak buna tâbi bir geçerliliğe sahiptir. Şayet devletin bekası tehdit altında görülüyorsa, bu tehdidin savuşturulması babında alınacak "tedbir"lerde yasallık vazgeçilmez bir şart olarak değerlendirilmez. Böyle bir tehdidin var olup olmadığını belirleme yetkisi ise devletin çekirdeğini temsil eden organ olan Milli Güvenlik Kurulu'na aittir. Tehdidin var olduğunu söylemek, aynı zamanda "olağanüstü" bir durumun ortaya çıktığına karar vermek anlamına gelmektedir. Türkiye'de egemenliğin nihai taşıyıcısının bu organ olması da Carl Schmitt'in egemenlik tanımına uymaktadır. Tekrar belirteyim ki, buradaki "olağanüstü" durumu kavramı, Anayasa'da öngörülmüş "olağanüstü hâl rejimleri"nden birinin resmen ilan edilmesiyle sınırlı bir kapsama değil, ülke yönetiminin ve siyasetin "normal"den farklı kurallara ve şartlara tâbi olacağı bir tehdit ve tehlike algısına işaret eder. Siyasetin dost-düşman ayrımına dayandırıldığı ve siyasetten söz edebilmek için "düşman" kavramının zorunlu olduğu bir devlet anlayışında bir "düşman" daima mevcut olacağından, ülkede durum hiçbir zaman "normal" olmayacak, yoğunluğu "düşman"a atfedilen güce göre değişen bir "anormallik" ya da "olağanüstülük" her zaman hüküm sürecektir. Türkiye'de resmen ilan edilmiş sıkıyönetim, olağanüstü hâl gibi olağanüstü rejimler altında geçen sürelerin uzunluğu bile, başlı başına ülkenin siyasal yaşamının "olağanüstülük" damgasını taşıdığını göstermektedir. Hem bu durum hem de

“düşman” kavramının siyaset tanımındaki belirleyiciliği olağan hal ve olağanüstü hal arasındaki sınırların iyice bulanıklaşmasına ve giderek silinmesine yol açmıştır. Türkiye’deki devlet zihniyetinde olağanüstülüğe bağlanan en önemli sonuç, tıpkı Carl Schmitt’te olduğu gibi “düzen” karşısında “hukuk”un, “nihai meşruluk referansı” karşısında “yasallığın” arkaplana düşmesidir. Bu anlamda “devletin kanun dışı özerklik bölgeleri yaratan politikası”ndan söz edilebilir.[31] Bu politikanın tam anlamıyla “topluma rağmen” yürütüldüğünü söylemek de mümkün değildir; aksine “toplum”un küçümsenmeyecek bir kesimi ile “devlet” arasında söz konusu politikanın zihniyet düzeyinde ve fiilen yeniden üretimini sağlayan bir alışveriş vardır. Hattâ toplumun bu kesimi bazen doğrudan devreye sokulmakta: “Düşmanı sindirme ve gerektiğinde yok etme” politikasını her türlü yasal çerçeveyi ve evrensel hukuk ilkelerinin en aslilerini alenen çiğneyecek şekilde icra etmekle görevlendirilmektedir. Toplumsal sorunların ‘dost’ ile ‘düşman’ ayırımına indirgenmesi, “kendi özel çıkarlarının meşruluğunu şiddetten ve insanda mevcut olan yıkım potansiyelinin seferber edilmesinden başka bir şeye dayandıramayan” güçlerin bir özelliğidir.[32]

“Susurluk diye adlandırılan vak’anın ya da “Susurluk”la simgelenen dönemin özgün yanı, düzen/hukuk, meşrûluk/yasallık zıtlığının yoğunluk itibarıyla tavana vurmuş ve bu zihniyetin gizlenemeyecek şekilde ortaya çıkmış ve itiraf edilmiş olmasıdır. Söz konusu zihniyet, “Susurluk”tan önce de farklı boyutlarda yaşama geçirilegelmiş olmasına rağmen, özellikle “yasallığın” devletin menfaatleri gerektirdiği zaman ve ölçüde bir kenara bırakılabileceği hiçbir zaman bu kadar açık bir şekilde “devlet”in ağzından ifade edilmemişti ve vatandaşın bilincine çıkmamıştı. Gazete ve televizyonlarda sergilenen bilgiler bile bir kenara bırakıldığında, salt Kutlu Savaş tarafından hazırlanan ünlü “Susurluk Raporu”nda yer alan sansürlü bilgiler/itiraflar dahi, yasallık ilkesinin “devlet” tarafından adam öldürmeden, sahte belge tanzimine, uyuşturucu kaçakçılığında kara para aklamaya kadar akla gelebilecek her alanda sürekli olarak ve pervasızca ihlâl edildiğini yeteri açıklıkta ortaya koyuyor. Her biri vahim birer suç oluşturan bu ihlâller, “devlet adına ve devlet için” söylemiyle meşrûlaştırılmak istendi ve isteniyor.

Susurluk’taki kazanın ardından bilgi ve iddialar kamuoyuna akmaya başlayınca, itham edilen baş aktörler, önce her şeyin hukuk çerçevesinde cereyan ettiğini, hukuk dışı hiçbir şey yapılmadığını söylediler; savunma ve meşrûlaştırma söylemi, “her şey hukuk içinde ve devlet için yapıldı” biçimindeydi. Fakat çeşitli belgeler ortaya konup hukuk-dışılık itiraz edilemez şekilde kanıtlandıkça, meşrûluk için başka bir söylem geliştirildi. Bu söylemde, “hukuksallık/yasallık” artık iyi ya da kötü anılmıyor, geriye “her şey devlet adına ve devlet için yapıldı” ifadesi kalıyordu. “Devlet” (düzen) ile “hukuk” arasında başlangıçta ürkekçe yapılan bu ayırım, düzen-içi

çevrelerin örtük ya da aktif desteğinin verdiği cesaretle giderek daha dolaysız bir şekilde işlenmeye ve Carl Schmitt'in kuramındaki bütün unsurları içeren bir meşrûluk stratejisine dayanak oluşturacak şekilde söylemleştirilmeye başlandı. Bu söylemde “devletin çıkarları”, nihai meşrûluk referansı durumundadır ve “yasallık” bu çıkarlar gerektirdiğinde devre dışı bırakılabilecek önemsiz bir ayrıntıdır. Sahnedeki baş aktör rolünün taşıyıcısı Mehmet Ağar'ın bir açıklama yapmak zorunda kaldığında, başkaca bir tartışmaya girmemeye özen göstererek “devletin belirlediği bir konsept” içinde görev yaptığını söylemekle yetinmesi bu stratejinin bir gereğidir. Mehmet Ağar, biraz daha ayrıntı vermek ihtiyacı hissettiğinde ise, Bursa'daki bir konuşmasında yaptığı gibi “Türkiye'nin bir San Marino olmadığını, etrafı ateşle çevrili bir ülkede değişik örgütlenmelere gidilmesinin kaçınılmaz olduğunu” söyleyerek, stratejiyi herkesin anlayacağı bir dile tercüme etmeye çalıştı.

Bu arada başka meşrûiyet stratejilerinin de üretilmek istendiğine tanık olduk. Bazı çevreler, “demokratik” olduğuna inandıkları bu stratejide cesur itiraflarda bulunmakta bir sakınca görmediler. Bu stratejinin benim kaydedebildiğim en önemli örneği Nazlı Ilıcak tarafından dillendirildi. Ilıcak, 9 Nisan 1997 tarihli Sözü'nün Özü programında (*Kanal 6*), Fikri Sağlar'a şu mealde bir soru yöneltti “Tamam terörle mücadelede hukuk dışı yöntemler kullanıldı, ama bu yolla terör etkisiz hale getirildi. Siz bu sonuçtan memnun değil misiniz?” Fikri Sağlar, şayet terör bitmişse bundan memnun olmamanın mümkün olmadığını, ancak böyle bir sonucun başvuru araçları meşrû kılamayacağını açıklamaya çalıştı. Programın sonunda Ilıcak şu dehşet saptamayı yaptı: Ortada iki görüş var; her biri aynı ölçüde saygıya değer iki görüş. Bunlardan birine göre, terörle mücadele için hukuk dışına çıkmak zorunludur ve çıkıldı. Diğer görüş, terörle mücadelenin mutlaka mevcut hukuk kuralları çerçevesinde yapılmasını savunur ve bunun dışındaki her davranışın gayrı meşrû olduğunu iddia eder. Şimdi bu iki görüş seçimlerde yarışacak ve halk buna göre bir değerlendirme yapıp tercihte bulunacak.

Bu yaklaşım, yasallığın karşısına “demokratik meşrûiyeti” çıkarır gibi yapmakla, oldukça tehlikeli bir yolu açmış olmaktadır. Böylece, örneğin yasalara “devlet için cinayet işlenebilir” gibi bir hüküm koymaya gerek olmaksızın, aynı sonucu elde etmeyi sağlayacak bir operasyonla, bu tür fiiller meşrûlaştırılmış olacak. Kuşkusuz burada demokratik bir meşrûiyetten değil, bununla hiç ilgisi olmayan “plebisiter meşrûiyet”ten söz etmek gerekir. İlginçtir, Susurluk bağlamında geliştirilen veya önerilen bütün meşrûiyet stratejileri, dönüp dolaşıp Carl Schmitt'e ulaşıyor. Schmitt de, “olağanüstü yasama” türlerinden biri olarak nitelediği “plebisit”in devletin meşrûluğunu sağlamada önemli bir işlev görebileceğini belirtiyor.[33]

Susurluk tartışmalarının başından itibaren, basında ve siyaset çevrelerinde, “devlet adına ve devlet için” yapılan hukuk dışı icraatlar -ne kadar vahim olurlarsa olsunlar- ile “kişisel menfaatler için” yapılan hukuksuz faaliyetler arasında bir ayırım gözetilerek, “Susurluk” mümkün ölçüde ikinci gruptakilerle özdeşleştirilmek istendi. Amaç, birinci gruba giren icraatların -operasyonların- elden geldiğince gündemden düşürülmesi, en fazla belli kişilerin sorumluluğuna bağlanması ve böylece “devlet”in (aslında “devlet aklı”nın) en az hasarla kurtarılmasıydı. Aradan geçen iki yılı aşkın süre içinde “devlet adına ve devlet için” işlendiği resmî raporlarda bile açıkça kabul edilen binlerce cinayet ve sayısız kanun dışı eylem yönünden ortada bunca bilgi ve belge varken yargısal süreçlerin çok sınırlı ve etkisiz bir biçimde işletilmiş olması bu tutumun kanıtı ve sonucudur. Ancak bu tutumun inandırıcı olabilmesi için, “kişisel menfaat” amaç ve saikiyle girişilen faaliyetlerin üzerine gidildiğinin kamuoyuna gösterilmesi gerekiyordu. Zaten belli ölçülerde bir tasfiye, bu ilişki ve örgütlenmelerin ulaştığı denetlenemez boyut karşısında kaçınılmazdı. İşte bu son “mafya operasyonu” (resmî söylemde daha çok “organize suçlarla mücadele” olarak geçiyor) bu bağlamda değerlendirilmelidir. Bu operasyonlar sırasında da gözaltına alınan ve itibarsızlaştırılan şahıslar açısından bile iki grup icraat arasında ayırım yapılmaya özen gösterildi; bunların “devlet için” yaptığı işler sorgulama dışında tutuldu. Böylece toplumda olumlu yankı bulan bu sözümona “temizlik hareketi”nin bir bedeli olduğu ortaya çıkıyor. Topluma bunun karşılığında meşrûiyet meselesi itibariyle dayatılan bedel, “devlet adına ve devlet için” hukukun dışına çıkılabileceği ve her türden suçun işlenebileceğinin kabul edilmesidir. Muhalefetteyken “*Susurluk olayı belli kişilerin suçlandığı adli bir olaya dönüştü. Bu fevkalade üzücü. Benim gözümde Susurluk, Türkiye’de devletin tıkanıklığına dikkat çekilmesi gereken ve yeni bir yapılanmanın önünü açması lazım gelen bir olaydır*”[34] diyen Başbakan’ın şimdi “mafya örgütlenmesi”ni kastederek “işte Susurluk budur” ve “mafya operasyonlar”ına atıfla “Susurluk çözülüyor” demesi bütün bu söylediklerimin özetle tescili anlamına geliyor.

Buraya kadar esas itibariyle, yasallığın devlete dönük yüzü üzerinde duruldu. Devletin bütün eylem ve işlemlerinin dünyevi yasalara dayandırılması, Avrupa Aydınlanmasının hukuk alanındaki temel talepleri arasında yer alır ve “Leviathan”ın dizginlenmesinin vazgeçilemeyecek yollarından biri olarak değerlendirilmek gerekir. Hukuk devleti kavramına yüklenen ideolojik işlevlerin ve bu kavrama hasetle sahip çıkar görünen devletlerin iki yüzlü pratiğinin, kavramın değerini aşındırdığını belirten Klenner, yine de bütün bunların, yasaların genelliğini, yürütmenin anayasal ve yasal bağlılığını, yargının bağımsızlığını ilke düzeyinde reddetmek için bir gerekçe olmadığını söyler. Klenner’e göre, hukuk devleti kavramı altında toplanan kurum ve

mekanizmaların yokluğunun, daha ileri bir hukuk düzeni ve daha özgür bir yaşam imkânı sunacakları iddia edilebilir mi? Sadece iktidar sinikleri, saf keyfiliğin iyi bir şey olduğunu iddia edebilirler.[35]

Yasallığın diğer yüzü “sıradan vatandaş”a dönüktür. Bu yüz, çoğu kez soğuk ve hattâ acımasızdır. Devlet bir yandan “gerekli gördükçe” yasaları ihlâl etmekten kaçınmaz; ama diğer yandan insan hakları değerlerini ihlâl eden, baskıcı yasaların harfîyen, hattâ harflerin ötesinde bir katılıkla uygulanmasını ister. Vatandaş yasallıkla çatıştığında ya da herhangi bir yasayı ihlâl ettiğinde, genellikle hukukun bütün baskıcı teknikleriyle karşılaşır. Yasanın “adaletsiz” olması, bu sonuçların doğmasını engelleyen bir faktör olarak görülmez. Çünkü “yasa yasadır ve neyi emrediyorsa o yapılır”. Kendisi yasallık ilkesini çok kolay ihlâl edebilen “devlet”, vatandaşın maruz kaldığı “yasal haksızlıklar” karşısında tavizsiz bir yasallıkçı kesilir; hattâ “yasadışı haksızlıklar”ı bile “yasaların gereği”yle bir şekilde meşrûlaştırmak ister. Bizdeki yasallık anlayışını, bizimle benzer tecrübeleri paylaşan Latin Amerika toplumlarının bir atasözü ne de güzel açıklıyor: *“Dostlara adil davranılır, düşmanlara yasa uygulanır.”*

Son olarak yasallığın bu iki yüzünü, Nazi dönemi tecrübesinden hareketle ele alan Gustav Radbruch’un çokça tartışılan dikkate değer görüşlerini (biraz toparlayarak) aktarmak istiyorum. Nazi rejimi altında hukukun tam bir harabeye çevrildiğini belirten Gustav Radbruch, Alman hukukçularının hukukun yeniden inşâsı gibi zorlu bir ödevle karşı karşıya bulduklarını söyler. Radbruch’a göre, *“her şeyden önce yasaya riayetin yeniden sağlanması gerekir. Nazi devleti, yasaları sürekli olarak pervasızca ihlâl etti. Kutsal insan hakları, yaşam, özgürlük, onur, yasallık bahanesine gerek bile duyulmadan binlerce kez ayaklar altına alındı. İktidar sahiplerinin görüşüne veya iddiasına göre halka yararlı olan her şey mübah sayıldı. Şimdi hukuksal güvenliği yeniden kurmak, devleti kendi çıkardığı yasalara yeniden bağlamak, hukuk devletini yeniden inşa etmek zamanıdır... Hukuksal güvenliğin hakiki değerini takdir etmek için, hukukun sağladığı güvenlikten yeterince mahrum kaldık, keyfi bir devlet yönetiminin bütün tehlikelerini yeteri tehditkârlıkla yaşamak zorunda kaldık. Fakat yasaya riayeti yeniden sağlamanın yanında, Alman hukukçusunun bununla neredeyse tezat içinde olan bir başka ödevi vardır. Oniki yıllık diktatörlükte iktidar sahipleri haksızlığa, hattâ caniliğe yasa kılıfı giydirdiler... Hukuk bilimi, antikitenin ... ve aydınlanmanın binlerce yıllık ortak hikmetini, yani yasadan daha üstün bir hukuk, bir tabii hukuk, bir akli hukuk, kısacası yasa kalıbına dökülmüş olsa dahi haksızlığın haksızlık olarak kalacağını ölçecek yasaüstü bir hukuk olduğunu yeniden hatırlamak zorundadır.”*[36]

- [1] Jürgen Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt 1973, s.133.
- [2] Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Vollständiger Nachdruck der Erstaussgabe von 1922*, Tübingen, s.122 vd.; ayrıca bkz. Coşkun San, *Max Weber'de Hukukun ve Meşru Otoritenin Sosyolojik Analizi*, Ankara 1971, s.123 vd.
- [3] Friedrich Julius Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, II. Cilt, II. Kısım, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, 2. Baskı, Heidelberg 1846, s.106.
- [4] Friedrich Julius Stahl, *Der christliche Staat und sein Verhältnis zu Deismus und Judenthum*, Berlin 1847, s.62.
- [5] Theodor Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, 15. Baskı, Münih ve Berlin 1966, s.63.
- [6] Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, s.44.
- [7] Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. Mithat Sancar, “Devlet Aklı”, *Hukuk Devleti ve “Devlet Çetesi”*, *Birikim*, Sayı 93/94, Ocak/Şubat 1997, s.83.
- [8] Günther Krauss, *Disputation über den Rechtsstaat* içinde, der. Carl Schmitt, Hamburg 1935, s.9.
- [9] Krauss, s.31-32.
- [10] Roland Freisler, “Rechtsstaat”, *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft* içinde, C.8, Berlin ve Leipzig 1937, s.572-573.
- [11] Carl Schmitt, “Legalität und Legitimität”, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954 - Materialien zu einer Verfassungslehre* içinde, Berlin 1958, s.346.
- [12] Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, 4. Baskı, Berlin 1985, s.19.
- [13] Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Münih ve Leipzig 1928, s.10.
- [14] *Verfassungslehre*, s.3 vd.
- [15] *Verfassungslehre*, s.109-110.
- [16] *Verfassungslehre*, s.121
- [17] Carl Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 4. Baskı, Berlin 1978, s.XVII.
- [18] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları*, BDS Yay., İstanbul 1991.

- [19] *Politische Theologie*, s.20.
- [20] *Politische Theologie*, s.13.
- [21] Bkz. Helmut Quaritsch, “Souveränität im Ausnahmezustand - Zum Souveränitätsbegriff im Werk Carl Schmitts”, *Der Staat* içinde, 1996, s.23.
- [22] Quaritsch, s.25.
- [23] Carl Schmitt, “Das Problem der Legalität”, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954 - Materialien zu einer Verfassungslehre* içinde, Berlin 1958, s.445.
- [24] Bkz. Jürgen Seifert, *Politik zwischen Destruktion und Gestaltung - Studien zur Veränderung von Politik*, Hannover 1997, s.24-25.
- [25] Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Col-larien*, Berlin 1963, s.26.
- [26] *Der Begriff des Politischen*, s.32
- [27] “Das Problem der Legalität”, s.447-448.
- [28] Ayrıntılar için bkz. Mithat Sancar, “İnsan Hakları Açısından 1982 Anayasası”, *Amme İda-resi Dergisi*, c.25, sayı 2 (Haziran 1992), s.3 vd.
- [29] Bu konuyu *Birikim*’in önceki sayısında incelemiştım: “Hukuk Devleti: Cumhuriyetin Temel Niteliklerinden Biri (mi?)”, *Birikim*, sayı 115, Kasım 1998, s. 40 vd.30 Bunun için bkz. Sancar, “Devlet Aklı”, s.88 vd.
- [30] Bunun için bkz Sancar, “Devlet Aklı”, s. 88 vd.
- [31] Etyen Mahçupyan, “Her Şey Çok Açık”, *Radikal*, 3.12.1996, s.6.
- [32] Seifert, a.g.e., s.29.
- [33] “Legalität und Legitimität”, s.340 vd.
- [34] Mesut Yılmaz’ın, 14.2.1997 tarihli *Milliyet* gazetesinde yayımlanan demeci.
- [35] Hermann Klenner, “Zur Gerechtigkeit des Rechtsstaates”, *Berliner Debatte Initial* içinde, 1996, s.9-10.
- [36] Gustav Radbruch, “Die Erneuerung des Rechts”, *Naturrecht oder Rechtspositivismus* içinde, Ed. Werner Maihofer, Bad Homburg vor der Höhe 1966, s.1-2.