



Hukuksal ve Siyasal Açıdan Meşruiyet

M. Buhari ÇETİNKAYA



GİRİŞ

Meşruiyet sözcüğünün zihinlerde uyandırdığı kavramın yerli yerine oturtulması, en az meşruiyet kavramının beslendiği ve bu kavramı destekleyen evrensel hukuk kavramlarının zihinlerde netleştirilmesi kadar zordur. Öyle ki bütünüyle “hukuk” kavramına getireceğimiz tanımların, hali hazırda var olan hukuka veya olması gereken hukuka yönelik bakış açılarına göre değişim göstermesi kaçınılmazdır. Rodney Barker’ın belirttiği gibi günümüzde hemen hemen her türlü sosyal ilişkide meşruiyet kavramına atıf yapılmakta, bu durum da ister istemez meşruiyet kavramının içeriğini belirsiz hale getirmektedir.¹

Meşruiyet kavramını hukuk temelinde açıklamaya çalışmak için olan/olması gereken hukuk ikilemi incelenmeli ve sorgulanmalı, ardından bütünsel bir bakış açısı ortaya konabilmelidir.

Baştan belirtmek gerekirse, meşruiyet kavramı tarih boyunca sürekli tartışıla gelmiştir. Öyle ki; aynı zaman dilimi içerisinde farklı toplumlar, birbirinden farklı meşruiyet kaynaklarını tanımışlardır. Aynı zaman dilimi içerisinde farklı devletler, birbirinden farklı meşruiyet temelleri üzerine inşa edilmişler ve buna rağmen birbirlerini tanıyarak dostane ilişkiler kurabilmişlerdir. Bugün dünya üzerinde bulunan iki yüze yakın ülkenin ve bu ülkelerin hukuk sistemlerinin birbirinden farklı meşruiyet anlayışları vardır. Sadece devletler açısından değil bölgesel ve küresel çaplı örgütler için de bu durumu gözlemek mümkündür.

Meşruiyet meselesini irdelemek, matematiksel bir problemi çözmek gibi kesin bir sonuca ulaşmak demek değildir. Bu mesele üzerinde zihin yormanın tarihi, insanoğlunun kendi özgürlüğü, demokrasisi, modernizmi üzerinde zihin yormasının tarihiyle paraleldir. Öyle ki, siyasi ve felsefi anlayışların değişmesi hukuki paradigmanın değişmesine, hukuki paradigmanın değişmesi, hukuki meşruiyet algısının başka bir kaynaktan beslenmesine yol açmıştır. Bu kaynak ise çoğu zaman iktidarı meşru kılan siyasi meşruiyetin dayanağı olmuştur.

Meşruiyet sorunsalı açısından toplumlar da kafa karışıklığı olduğu aşikârdır. Bu bakımdan farklı toplumların tecrübelerini incelemek, meşruiyet üzerine düşünmek ve bir kavram çalışması olarak meşruiyet kavramı üzerine okuma yapmak bu kafa karışıklığını büsbütün arttıracaktır. Meşruiyeti tartışmak yukarıda izah edilen sebeplerle sonuca varmayan bir tartışma gibi görünse de bu tip kavramların kafa karışıklığına ve zihin yorgunluğuna dönüşmesi faydalıdır. Zira içinde bulunulan siyasal sistemin ve hukuk sisteminin meşruiyet temeli üzerinde her daim sorgulanması ve fert fert bireylerin olmasa bile hukukçuların bu yönde bir zihin yorgunluğunu taşıyor olması; gücü elinde bulunduran erke, meşruiyetine dair sağlam, ikna edici temeller ve kaynaklara sahip olma ve dayanma zarureti yükler.

Bu çalışmamızda meşruiyet sorunsalını hukuki ve siyasi meşruiyet başlıkları altında iki kategoriye indirgemek suretiyle inceleyeceğiz. Bilhassa meşruiyetin bu iki kategori bağlamında kaynağı ve bir kuralı ya da iktidarı insanlar için “meşru” kılan sebepleri araştıracağız.

¹ Rodney Barker, *Political Legitimacy and the State*, Clarendon Pres, s. 20.

1. Meşruiyet Kavramının Etimolojisi

Meşruiyet kavramı sözlük anlamı ya da etimolojik kökeni bakımından meşru ve gayrimeşru kavramları doğrultusunda incelenebilir. Meşru kavramı sözlükte dar anlamıyla “yasal” ve dine yani (aynı kökten türediği) şeriata uygun olan anlamlarına gelir. Farklı toplumlarda ise genellikle vicdana, kamu vicdanına, dine, dinin temel kaynaklarına uygun olan, bunlar tarafından onaylanan anlamlarında kullanılmaktadır.²

Batı dillerinde meşruiyete muadil olarak kullanılan terimlerin kökeni Latince'dir. “*Legitimus*” kavramı Roma’da hukuka uygun, yasal anlamlarında kullanılmıştır. Her ne kadar geçmişten günümüze meşruiyet kavramı, hukuksal anlamıyla kullanılsa da bu kavramın siyasi çağrışımları da yok değildir. Çiçero, “*Legitium imperium*” ve “*Potestas legitima*” kavramlarını ve benzerlerini hukuka uygun ve hukuka göre oluşturulmuş güçler anlamında kullanmıştır. Geleneksel anlamda dinsel içerikli olarak kullanılan meşruiyet kavramı, modern dönemde seküler içerikli anlamları çağrıştırmaktadır.³

Bu açıdan bakıldığında içine tarih yorumu katılması zarureti doğan bir meşruiyet kavramı bulunmaktadır. Meşru sözünden türeyen kavramları tarihsel olarak taşıdıkları anlamlar açısından incelemek gerekirse, **Meşruiyet**, **Meşruluk**; meşru olma, kanuna uygun bulunma; yasalara uygunluk, egemen sistemin hukuksal yapısına, kanun ve kurallarına uygunluk, yürürlükteki yasalarla çelişmemek; haklı çıkarma veya çıkma, mazur gösterme. **Meşrulaştırma**; var olan veya önerilenin, muhatap olan insanlar için en iyi, en istenilen şey olduğunu gösterme süreci; mevcut durumun bir öneri yahut beklentinin genel kabul gören ahlaki veya toplumsal normlara uygun hale getirilmesi, meşruiyet kazandırma anlamlarında kullanılır.

2. Hukuksal Meşruiyet, Siyasal Meşruiyet Ayırımı

Öncelikle belirtmek gerekir ki; bu ayrım meşruiyet kavramının birbirinden farklı iki görünümünü ortaya koymamaktadır. Hatta şu şekilde söylenebilir ki; hukuksal meşruiyetin siyasal meşruiyetin bir görünümü olduğu ya da tam tersi şekilde siyasal meşruiyetin hukuksal meşruiyetin bir görünümü olduğu tartışılmakta ve dile getirilmektedir. Ne var ki siyasal meşruiyet ya da hukuksal meşruiyet dendiğinde birbirinden farklı kavramlar kastedilmektedir. Benzerlik ise bu iki kavramın içini dolduran argümanlar ile ilgilidir. Çoğu zaman bir iktidarı siyaseten meşru kılan argümanlar, hukuksal meşruiyetin argümanları olabileceği gibi aynı şekilde bir yasa maddesine meşruiyet kazandıranlar da siyasal meşruiyetin argümanları olabilir.

Tarihi süreç incelendiğinde görülecektir ki birinin, diğerinden önce vuku bulması gerekmektedir. Keza siyaseten meşruiyeti haiz olmayan bir gücün yasama faaliyetleri de gayrimeşrudur. Yahut hukuki meşruiyeti olmayan bir yasaya dayanan ya da hukukun evrensel ilkelerini hiçe sayarak oluşturulmuş bir iktidarın, siyasal meşruiyetinden de bahsedilemez.

Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu’nda bu tebliği sunarken konuya ilişkin verdiğimiz örnek; 1986 yılında Meksika’da yapılan Dünya Kupası Finalleri’nde Arjantinli Maradona’nın eliyle attığı goldü. Bu örnekte olduğu üzere çalışmamızın başında golün elle atılıp atılmadığına bakmaksızın yeniden santıra noktasından başlayacak müsabakanın hangi kurallara göre oynanacağı yani hukuksal meşruiyet meselesini inceleyeceğiz.

HUKUKSAL MEŞRUIYET

Frankfurt Okulu düşünürlerinden Habermas, kapitalist sistemin olgusal hukuk temeline dayanmak suretiyle normatif sistem içerisinde ve normatif sistem aracılığıyla meşruiyet temellendirmesi yaptığını dile getirmektedir.⁴ Habermas’a göre meşruiyet kavramı, olgusal

² Bkz.: *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu.

³ Ahmet Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, s. 3.

⁴ Bkz.: Tom Bottomore, *Frankfurt Okulu*, s. 71.

açından değil gerekse açından incelenmelidir. Ona göre hukuk devleti vatandaşlarından, kendi gücü ve zor kullanma yetkisi sebebiyle değil vatandaşlarının kendi özgür iradeleriyle hukuk sistemini tanımalarını istemelidir.⁵

Habermas'ın vurgu yaptığı, olan ve olması gereken hukuk ayrımıdır. Devletin vatandaşlarının yasaya bağlılığı, bu irade doğrultusunda adaletin normatif sisteme bağlanmasıdır. Bu şekilde normatif sistem; hukuk düzeninin, adaletin tecellisi için sunduğu düzendir ve vatandaşlar tarafından tanınır.

Meşruiyet kavramı ile hukukçulardan daha çok (ellerinde bulundurdukları siyasal güce bir şekilde meşruiyet kazandırma zorunluluğu hissetmelerinden dolayı) siyasetçiler ilgilenmişler ise de meşruiyet kavramı, hem etimolojik hem de kavramsal temeli itibarı ile hukuksal bir terimdir. Evrensel bir meşruiyet açılımı yapabilmek için Habermas'ın değindiği olan/olması gereken hukuk ayrımı gözetilmelidir.

1. Olan/Olması Gereken Hukuk Ayrımı

Yalnız hukuk açısından değil her anlamda "olan" ya da "olgu" salt biçimiyle olması gerekeni anlatmaz. Yalın halleriyle olgular, birden çok olması gerekeni gösterebilirler. Bu durum olandan olması gerekene yönelik bir tümevarımın olanaksızlığını ortaya koymaktadır.⁶ Habermas'ın deyişiyle "saf varlığın karşısına soyut bir gerek koymak" söz konusu olmaktadır. Yine Kant'ın dile getirdiği gibi "ideal düzey" yani olması gereken alanı, insanın etik yaşantısına karşılık gelir.⁷

Yukarıda açıklamalardan da anlaşılacağı üzere hukuk, anayasal sistemin [olanın] hukuk kurallarından daha üstte ve bilhassa ondan daha başka bir kavramı betimlemektedir. Hukuk, birincil idesi olan adaleti gerçekleştirmek doğrultusunda olanı, olması gerekene göre tanzim eder. Hukukun öngördüğü düzen, somut hayatın fiillerini nizama sokan bir düzen olmayıp ilerisi için tasavvur edilen adil

bir dünyanın düzenidir. Bu bakımdan hukuk salt olarak anayasaya, anayasaya göre çıkarılan kanunlara ve bunlarla uyum içerisindeki tüzük ve yönetmelikler gibi hukuki metinlere ve hiyerarşik sisteme indirgenemez. Hukuk somut olgulardan bağımsız lakin soyut olgular doğrultusunda somut hayata uygulanması şart olan bir kavramı, olması gerekeni dile getirmektedir.

Roscoe Pound, olması gerekenin somut uygulamada bulunan/olan kadar önemli olduğunu dile getirmiş ve hukukun "yargıçların nasıl karar verdikleriyle" değil hukukun gelişimi için "nasıl karar vermeleri gerektiğiyle" de ilgilenmesi zorunluluğunu belirtmiştir.⁸

Norm ögesi, yani uygulamadaki hukuk kuralları, olması gereken anlayışı doğrultusunda toplumca büyük oranda ihtiyaç duyulanlara yönelik düzenlemelerin yapılması gereğinin bir sonucudur. Bu düzenlemeleri yapacak ve yürütecek mekanizmaların amacı toplumun yüksek değerlerinin ve idelerinin gerçekleştirilmesidir. Doğal olarak söylenebilir ki yürürlükteki hukuk kuralları her zaman için toplumsal gerçekliği yansıtmaz. Bunun aksini iddia etmek ise az evvel dile getirdiğimiz gibi olandan olması gerekene yönelik bir tümevarıma ulaşmak olur ki bu da yanlış bir yöntemin izlenmesi anlamına gelir.

Bu noktada yararcılık teorisine değinmekte fayda görüyoruz. Bentham'ın, yarar ilkesinin ne olduğuna dair açıklamaları ve sosyal yararcıların hukukun her türlü felsefi yahut mekanik işleyişinde etik ilkelere bağlanmak gerektiği yönündeki görüşlerini yabana atmaksızın yararcılık teorisini genel olarak, hukuk ile yararı aynı kabul etmek şeklinde tanımlayabiliriz.⁹ Yukarıda belirtildiği üzere hukuk, toplumun genel kabul görmüş değer ve idelerini gerçekleştirmek yolunda olması gerekenden olana yani normatif düzene doğru ilerleyen ve soyut kabulü, somut norma dönüştüren bir mekanizma işletir. Peki, topluma faydalı olan her şey hukuk mudur? Bu soruya evet yanıtını vermek hukuk devleti ilkesinden ve idesinden yolun başında feragat etmek anlamına gele-

⁵ Bkz.: Habermas, *Sivil İtaatsizlik*, s. 38-39.

⁶ Bkz.: Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü*, s. 84.

⁷ Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 14.

⁸ Bkz.: Burns, Edward McNall, *Çağdaş Siyasal Düşünceler*, s. 137-138.

⁹ Bkz.: Roscoe Pound, *Law and Morals*, s. 112; Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*.

cektir. Keza bir tiranın, hukuka aykırı olduğu halde keyfi uygulamalarını sırf topluma yararlı olduğu savıyla bir nevi meşruiyet temeliyle hukuk olarak kabul ettirmesi olasılıktan öte pek çok kez tecrübe edilmiş bir gerçekliktir. Böyle bir temelle elitlerin ve gücü elinde bulduran zümrelerin çıkarlarının, toplumun çıkarları gibi telakki edilmesi sonucuna ulaşmak güç olmaz.

Toplumsal yarar, her zaman hukuk anlamına gelmeyebilir. Toplumun yararına da olsa, ahde vefa gibi hukukun temel ilkelerinden vazgeçmek veya temel insan hakkı ihlallerini meşru göstermek düşünülemez. Yine de dile getirmek gerekir ki hukuk “norm”, “toplumsal olgu” ve “etik değer” öğelerini bünyesinde barındırır. Etik değere diğerlerinden daha fazla üstünlük ve öncelik verilmesi gerektiğinde kuşku yoktur.¹⁰ Keza evrensel kabul görmüş ahlaki değerlere inanç ve bağlılık olmaksızın, hukukun bağlayıcılığından bahsedilemez. Bu durum da geçmişten günümüze yapılagelen ahlak ve hukuk arasındaki kesin çizgiyi silikleştiren bir gerçektir. Bu ayrıma göre ahlak iç dünyaya, hukuk ise dış dünyaya hitap eder. Böylece hukuk ve ahlak, iç ve dış dünyanın intizamını sağlar.

Fakat yukarıda açıklananlar doğrultusunda ahlak ile hukuk arasında net bir çizgi olmadığı, bu ikisinin ve özellikle ahlakın diğerinin alanına taalluk ettiği kuşkusuzdur.

2. Hukuksal Pozitivizm

Hukuksal Pozitivizm¹¹, hukukun meşruiyet temeline dair çeşitli tezler sunan hukuk felsefesi akımlarından biridir. Öyle ki, Pozitivizm, hukukun aynı zamanda meşruiyetin temeli ve kaynağı olması özelliğine sahip olabilmesi için hangi koşulların bulunması gerektiği yönünde meşruiyeti, neredeyse hukuk olarak ele almış bir felsefi akımdır.

Pozitivizm, tarihsel süreç içerisinde doğal hukukçu anlayışa karşı gelişmiş bir hukuki akımdır. Doğal olarak adil olduğu kabul edilen ya da ilahi kaynağından ötürü adaleti sorgulamayan değişmez hukuk ile yürürlükte bulu-

nan pozitif hukuk arasında sürekli bir ikilem bulunmaktadır. Bu ikilem, XIX. Yüzyıl başlarında pozitif hukukun kodifiye edilmeye başlanmasıyla bir nebze aşılmışsa da doğal hukuk ve pozitif hukuk anlayışları arasındaki görüş farklılığı, her türlü hukuki meselenin tartışılmasında kendisini göstermektedir. Doğal Hukukçu görüş ile Pozitivist görüş temelde meşruiyetin kaynağı meselesinde birbirinden neredeyse tamamıyla ayrılmaktadır. Hatta şu şekilde söylenebilir ki “Doğal Hukukçu Görüş” ile “Pozitivist Görüş”ün en temel ayırım noktası; hukukun meşruiyeti meselesine getirdikleri açılımlardır.

Doğal Hukukçu görüş hukukun, nesnenin doğasını açıklayan ilkeler sisteminin felsefi olarak ortaya çıkarılmasından oluştuğunu, değişmez nitelikli moral ilkeleri araştıran ve deklare eden bir yapı biçiminde görülebileceğini dile getirmektedir.¹² Doğal Hukukçu görüş, hukukun norm unsurunu yadsımadan daha çok etik boyutunu incelemektedir. Doğal hukukçu görüş daha ziyade olması gereken ile ilgilenirken aşağıda da açıklanacağı gibi Pozitivizm “olan” ile ilgilidir.

Doğal Hukukçu görüş, olması gereken hukuk kavrayışına daha yatkın bir görünüm arz etmesinden dolayı tarihsel süreç içerisinde eşitlikçi ve daha insancıl düşünceleri destekler mahiyette ortaya çıkmıştır.¹³ Doğal Hukukçu anlayış yürürlükteki hukukun yetersizliğini adalet idesi bağlamında her an dile getirecek bir söyleme yatkınken Pozitivizm, yürürlükteki hukukun içeriğini ve onu koyan yasama iradesini neredeyse kutsayan bir söyleme sahiptir.

Pozitivizm genel olarak yürürlükte bulunan emredici ve düzenleyici özelliği bulunan somut pozitif hukuk kurallarını, hukukun yegâne kaynağı ve normu olarak kabul eder. Bu sebeptir ki Pozitivizme göre, hukuksal açıdan doğruluğun, hakkaniyetin ve de meşruiyetin tek kaynağı pozitif hukuktur.

Pozitivizm, hukuku soyut ve sosyal bir gerek olarak değil somut ve ampirik bir olgu olarak ele alır. Hukuk sosyal gerek olarak

¹⁰ Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 25.

¹¹ Tebliğde kısaca “Pozitivizm” olarak anılacaktır.

¹² Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 23.

¹³ Karl Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları*, (Çev.: Mete Tunçay), C. 1, s. 80.

soyut halde var olan bir kavram değil yasa koyucunun iradesine göre belirlendiği bir kuraldır düzenidir. Bu haliyle Pozitivizm, hukukun kaynağı olarak yasa koyucuyu, daha doğru bir ifade ile güç sahibini görür. Hukuk yasa koyucu tarafından “konur”. Yani güç sahibinin koyduğu kurallar yoksa hukuk da yoktur. Hukuku var eden, yasa koyucunun yasama iradesidir. Bu sebeple hukuk, ancak ve ancak yasa koyucu tarafından konulmuş normlardan ibaret sayıldığından az evvel yukarıda da izah ettiğimiz hukukun bünyesinde barındırdığı “toplumsal olgu” ve “etik değerden” bağımsızdır. Haliyle hukuk sadece “normdan” oluşur. Tarihsel bir olgu olarak pozitivizm tahmin edilebileceği üzere tutucu, statükocu ve basıncı bir hal almıştır.¹⁴

Giriş kısmında belirttiğimiz üzere çoğu zaman hukuksal meşruiyet, siyasal meşruiyetin bir görünümü şeklinde veyahut tam tersi şekilde ortaya çıkabilmektedir. Pozitivist anlayışın meşruiyet sorunsalına bakışı; siyasal meşruiyeti dışarıda bırakan, siyasal meşruiyetten tamamıyla bağımsız bir bakıştır. Pozitivist anlayış, gücün ne şekilde ele alındığı, iktidarın ne şekilde neşet ettiği ve yasa koyucu erkin hangi yollarla oluştuğuyla ilgilenmez, yasa koymaya muktedir gücü en somut gerçeklik olarak ele alıp yasama faaliyetinde ekonomik, toplumsal, bireysel ve sınıfsal olguları gözetip gözetmediğiyle ilgilenmez. Güç sahibinin kendi biyolojik yapısının, ekonomik koşullarının etkisinde kalması ya da yalnızca isteyince davranması gibi durumlar önemli değildir.¹⁵

Pozitif Hukuk ile tarihsel periyot içerisinde var olmuş ve bugün hali hazırda var olan pozitif normlar deyimlerdir.¹⁶ Kant ise hukuku, sadece pozitif normlardan müteşekkil pozitif hukuk olarak ele almayı şartların ve ihtiyaçların değişmesi karşısında değişir nitelikte bulunan pozitif hukukun yanında, ahlaka dayanan akli buyruklar olması sebebiyle değişmez nitelikli doğal hukukun da bulunduğunu belirtir.

Yukarıda kısaca özetlendiği gibi Pozitivizm’in hukukun ne olduğu yönündeki soruya vereceği cevap ve hukukun tanımlanması yolundaki tezi; hukukun bir güç tarafından “konulmuş” olması ve norm ya da normlar sistemi olarak geçerli, yürürlükte ve “etkin” olmasıdır.¹⁷

Pozitivist anlayışa göre hukuk ile ahlak arasında doğrudan bir bağlantı yoktur. Hukuk derken yasa koyucunun iradesi kastedilmektedir. Ahlak ile hukuk arasındaki bağlantı ancak adalet kavramı bünyesinde var olabilir. Dolayısıyla adaletsiz bir hukukun var olması mümkündür sonucuna ulaşmak güç değildir.

Sonuç olarak Hukuksal Pozitivizm’in hukuk incelemesi içerisinde, olması gereken hukuka yer yoktur. Pozitivistlere göre olması gereken hukuk, hukukçuların inceleme alanına dâhil değildir.¹⁸

a) Hukuksal Pozitivizm’in Meşruiyet Anlayışı

Pozitivizm’in meşruiyet anlayışı, yasallık anlayışı ile hemen hemen örtüşen bir anlayıştır. Şöyle ki; yasa olan bir norm aynı zamanda meşrudur ve meşru olan bir norm meşruiyetini daha yüksek dereceli bir normdan aldığı için bir yasal hiyerarşiye tabidir. Aradaki farklılık, meşruiyet ile pozitif hukuk normuna yani yasaya uygun olmaktan ziyade normlar hiyerarşisinde kendisine meşruiyet kazandıran üst norma uygun olmak kastedilir. Arada çok küçük bir fark olmasına karşın aslında Pozitivizm’in meşruiyet olarak zikrettiği kavram, yasallıktan başka bir şey değildir.

Pozitivizm, pozitifleşmiş normlara sahip her toplumsal sistemin, hukuk devleti özelliğini zorunlu olarak bulundurduğunu dile getirir. Buna göre hukuki normlar meşruiyetini, normlar hiyerarşisi içerisinde kendisinden bir üst derecede bulunan normdan alırlar. Kısacası Pozitivizm için hukuksal meşruiyetin kaynağı; meşru olan bir üst derecedeki normdur. Hukuksal işlemler meşruiyetlerini

¹⁴ Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 32.

¹⁵ Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 143-144.

¹⁶ Bkz.: Ralp Barton Perry, *Realms of Value: A Critique of Human Civilization*, s. 237.

¹⁷ Bkz.: Ralf Dreier, *Hukuk Kavramı* (Çev.: Altan Heper), 2. Kitap, s. 10; Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, s. 64.

¹⁸ Bkz.: Cahit Can, a.g.e., s. 108-109.

tüzükler ve yönetmeliklerden, tüzükler ve yönetmelikler meşruiyetini kanunlardan, kanunlar ise meşruiyetini anayasadan alır. Dolayısıyla en yüksek norm olan anayasadan başlamak suretiyle aşağıya doğru bir meşruiyet temellendirmesi yapılmaktadır. Burada sorulması gereken soru “anayasaların meşruiyetinin kaynağının ne olduğu” sorusudur.

Anayasaların, normlar hiyerarşisi içerisinde kendilerinden daha yüksek derecede bir norm olmaması sebebiyle meşruiyetini nereden aldıklarına dair pozitivist felsefe içerisinde pek çok açıklama olsa da biz bu tebliğimizde başlıca Kelsen ve Schmitt’in açıklamalarına değineceğiz.

I. Anayasaların Meşruiyetine Kelsenci Bakış Açısı

Kelsen, genel pozitivist anlayıştan farklı olarak yasa koyucu otoritenin meşruiyetinin önemine vurgu yapmaktadır. Genel pozitivist anlayışa uygun olarak; devletin her fiilinin meşru bir eylem olduğunu düşünüyor olmasına karşın Kelsen’in devlet kavrayışı, normları temel alan ve normatif sistem temelinde yürüyen bir devlet kavrayışıdır. Kelsen, otoritenin belirlediği hukuktan ziyade hukukun belirlediği otoriteye daha yatkındır. Kelsen, bir nevi güce bürünmüş normlardan bahsetmektedir. Bu normların başında temel norm ya da “grandnorm” gelmektedir.

“Grandnorm, bir yükümlülük duygusuna, toplumsal yarara karşı duyulan ve salt hukuksal normlara bağlılığı aşan bir saygıyı ifade etmektedir.”¹⁹ Kelsen bireyin bütünüyle devlete ait olmadığını ancak belirli şartlar altında devlete tabi olduğunu düşünür. Fakat doğal hukuk kaynaklı bireysel özgürlükleri savunmamaktadır.²⁰

Kelsen, pozitivist bir anlayışla hukukun olması gerekenle değil olanla ilgilenmesi gerektiğini belirtir. Kelsen için öncelikli sorun, hukukun meşruiyeti sorunudur. Hukukun geçerli ve etkin olabilmesi için öncelikle yetkili organlar tarafından konulmuş olması gerekir.

Normlar hiyerarşisini, pozitivist anlayış içine yerleştiren Kelsen’dir. Yukarıya doğru piramit şeklinde daralan bu hiyerarşi, pozitivist anlayışın hukuk devleti ölçüsüdür. Buna göre eylemsel anlamdaki hukuki işlemler, tüzükler ve yönetmeliklerden başlayarak anayasaya kadar üst norma uygunsa yani meşru ise burada bir hukuk devletinden bahsedilebilir. Peki anayasalar meşruiyetini nereden alır sorusunu tekrar soracak olursak Kelsen, bu meşruiyet meselesine iki açıdan yaklaşmaktadır.

Anayasa koyucu otorite barışçıl bir niteliğe sahipse anayasa, meşruiyetini ahde vefa [Pacta Sund Servanda] ilkesinden alır. İçi doğal hukukun ilkeleri, ahlak ve toplumsal gerçeklikle doldurulabilecek bu ilke, anayasaya meşruiyet kazandıran “grandnorm”dur. Grandnorm, pozitif bir norm olmamakla yani hukuk olmamakla birlikte Kelsen için “Hukuk Ötesi”dir.²¹ Anayasa koyucu otoritenin barışçıl olmaması yani baskıcı ve zorba olması durumunda Kelsen, otoritenin meşruiyetinden bahsedilemeyeceğini dile getirir.²² Buna karşın anayasaya meşruiyetini kazandıran; yukarıda ifade ettiğimiz hukuksal normlara salt bağlılığı aşan saygı boyutuyla yine grandnormdur. Fakat bu halde ortada otoriter bir grandnorm vardır ve Kelsen için bu tür bir grandnorm hiç de tercih edilir nitelikte şayanı arzu değildir. Kelsen’in grandnorma ilişkin bu açıklamalarından grandnormun, ilk yasa koyucu iktidarın ya da kurucu gücün iradesi olduğu yolunda bir yorum da yapılabilir.

II. Anayasaların Meşruiyetine Schmittyen Bakış Açısı

Alman Filozof Karl Schmitt’e göre devlet iki farklı ruha sahiptir. Bunlardan ilki “politik olan” kavramı çerçevesinde şekillenen “Somut Düzen”dir. Diğeri ise devletin “Hukuk Düzeni”dir.²³ Schmitt, pozitivist anlayıştan farklı olarak hukuk düzenini değil somut düzeni ele almakta ve siyasal meşruiyet temelinde politik düzeni incelemektedir. Ona göre

¹⁹ Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 42.

²⁰ Bünyamin Bezci, “Modern Türkiye’de Meşruiyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme”, *FİNANS, Politik ve Ekonomik Yorumlar*, Cilt 44, Sayı 508, s. 7.

²¹ Bkz.: Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı*, b.y. Anayasa Yargısı II, s. 269.

²² Bkz.: Hans Kelsen, “Society and Nature”, *A Sociological Inquires*, ed. Dr. Karl Mannheim, Kegan Paul, Trench, Trubner & Sons Ltd. s. 266.

²³ Bünyamin Bezci, a.g.e., s. 5.

devletin politik ruhu olan somut düzen devletin tabiatıdır. Siyasi meşruiyetten bahsetmesi sebebiyle de meşruiyetin yegâne temelini yasallık gören normatif pozitivist anlayıştan ayrılmaktadır.

Schmittyen bakış açısı, modern devletin resmini çizmek bağlamında oldukça önemlidir. Keza ilahi yahut doğal özelliği nedeniyle adil sayılan hukuk ile uygulamadaki hukuk arasındaki düalizm, hukukun yazılı hukuka indirgenmesi yani kodifiye edilmesiyle aşılmıştır. Alman Hukuku 19. yüzyıl başında bu sorunu aşan hukuk sistemlerinin başındadır. Schmitt, pozitif hukuk karşısında meşruiyet sorununu kanunilik çerçevesinde ele almaktadır. Bununla beraber kanunilik bağlamındaki bir meşruiyet dayanağını yeterli bulmamaktadır.

Schmitt'e göre devlet, hukukun uygulayıcısı olmakla hukukun yaratıcısı olmak arasında her ikisi de olan bir kurumdur.²⁴ Yürürlükte bulunan pozitif herhangi bir kanuna dayanan devlet, kendi kendisini temellendirmekten uzaktır.

Schmitt'in normativizm eleştirisi, doğrudan doğruya Kelsen'in bakış açısına yöneliktir. Kelsen gibi devletin temelini hukuksal pozitivizmi yerleştirmemektedir. Schmitt, Kelsen'den farklı olarak politik olanı yani somut düzeni, devletin doğasından saydığı için hukuku sadece kanunilik olarak ele almamaktadır. Kelsen için en başta meşruiyeti sorgulanamaz olan grandnorm varken Schmitt için başlangıçta fetih vardır.

Schmitt, karşı koyduğu normativizmi, önde gelen isimlerinden olduğu kararcılık bağlamında aşmaya çalışmıştır. Pozitivist hukukun yalnızca olağanüstü hale özgü bir kavramı olan karar, onun için hukuk düzenini yaratan politik bir kavramdır. Schmitt, Kelsen'den farklı olarak egemeni de sorgulamaktadır. Ona göre "egemen, olağanüstü hale karar verendir."

Schmitt'in kararcılığı [desizyonizm] hukuksal anlamdaki bir belirsizlikten ve somut bir anarşi halinden egemen karara ulaşmaktır. Görüldüğü üzere Schmitt, hukukun başlangı-

cında kararı görmekte ve egemenin iradesini merkeze almaktadır. Bu sebeple devleti sadece normatif düzenden ibaret olarak görmeyip somut düzeni yani politik olanı, hukuki meşruiyetten önce sorgulamaktadır. Bir yandan da kararcılık, pozitivistin cevap bulamadığı bir bakıma hukukun tükendiği noktada, hukukun tükenmediğini göstermektedir.

Somut bir düzen ve biçim olan devletin ötesinde politik olan somut düzenin varoluşsallığı, en yüksek norm olan anayasaların da meşruiyetinin dayanağıdır. Her anayasa, bir politik varoluşun iradesini yansıtır.

Görüldüğü üzere Schmitt, "Hukuk Devleti" ilkesinin içini pozitivist muhteva ile dolduran Modern Devletin meşruiyet temellendirmesini, Kelsen'den daha ayrıntılı resmetmiştir. Schmitt'in kararcılığı, anarşiyi her zaman saf dışı bırakacak bir karar ve karar organı arayışı içerisindedir. Kararcı anlayışın, "egemeni" yücelten ve hukukun sahibi gören bir paradigma geliştirdiği söylenebilir.

Anayasayı Schmitt için meşru kılan, onun bir politik karar olmasıdır. Anayasalar hukuki olarak korunmayan ama politik olarak savunulan normlardır. Bu şekildeki "karar" yasal saldırılara karşı anayasaya bağlılık kazandırır.²⁵

Politik olan somut düzen, varoluşsal olduğu için önceliğe sahiptir. Var olan politik birliğin önemi, normların doğruluğu ya da etkinliği ile ilgili değildir. Politik birlik, zaten var olduğu için önemlidir, bir değer sahibidir.²⁶ Dolayısıyla her politik karar, varoluşsal bağlamında temellendirilmekte ve bu karar normatif bir başlangıç olmaktadır.

Schmitt'in yukarıda özetlenen görüşleri bağlamında sorulacak olursa; normatif olana karşı politik olan somut düzenin öncelenmesi, anayasal düzenin devrimle yok edilmesine yol açmaz mı? Keza Schmitt anayasal düzenin, bir somut düzen olmasından bahisle somut düzeni sağlayanlar tarafından, politik olarak korunmasından bahsederken diğer

²⁴ Henrique Ricardo Otten, *Der Sinn Der Einheit im Recht*, Akademie Verlag, Ber, s. 37.

²⁵ Bünyamin Bezci, a.g.e., s. 8.

²⁶ Kraus, Hans-Christof, *Verfassunglehre und Verfassungsgeschichte*, Duncker und Humblod Verlag, s. 642.

yandan her politik kararın yeni bir normatif başlangıç olduğunu dile getirmektedir.

Schmitt, böyle bir açmazda asıl olanın; politik birliğin devamı olduğunu dile getirmektedir. Ona göre birlik ve düzeni sağlayan kurallar değil somut politik varoluş olarak devlettir.²⁷ Bu nedenle önemli olan somut düzenin korunmasıdır.

Schmitt, somut düzen kavramı ile toplum ve normatif sistem arasında bir bütünlük bir alaka kurmak istemektedir. Somut düzen kavrayışı ile toplumun yaşam tarzının ve gereksinimlerinin, hukuk anlayışına sirayet etmesini arzulamaktadır. Bu haliyle somut düzeni yaratan ancak ve ancak toplumun kendisidir.

Yukarıda belirtildiği üzere somut düzenin ne kadar korunabildiği somut düzeni sağlayanların politik performansını gösterir. Hukukun tanıdığı bireysel haklar ve özgürlükler somut düzenin varlığı halinde tam anlamıyla kullanılabilir. Bu sebeple devlet hukukun hizmetkârı değildir. Çünkü hukuk kendiliğinden gerçekleşmez. Devlet, diğer güç odaklarından daha güçlü olduğu için değil daha yüce olduğundan muktedirdir.²⁸

3. Sosyolojik Hukuk Akımı

Pozitivizm'in meşruiyet için belirlediği pozitif kaynaklar, en üst norm olan anayasanın meşruiyeti sorgulandığında tıkanmaktadır. Kelsen, Schmitt gibi politik bir açılım getirmese de anayasaların meşruiyetine dair söyledikleri, toplumsal gerçeklerden soyutlanamaz türdendir. Schmitt ise anayasaların meşruiyeti konusunu, politik bir mesele olarak görmekte ve toplumsal düzeni ve gerçekleri önemseyen bir meşruiyet temeline işaret etmektedir.

Pozitivizm, her ne kadar pozitif hukuk metinlerinden başka bir gerçekliği göz önünde bulundurmasa da hukuk gibi tamamıyla toplumu ilgilendiren bir kavramın, toplumsal realitelerden bağımsız düşünülmesi olanaksızdır.

Hukukun, muhtevasında normu, etik değeri ve sosyal olguyu barındırdığını belirtmiştik. Tıpkı pozitivist görüşün, etik değer ve sosyal olguyu değerlendirme dışı bırakarak hukuku normatif olarak ele alması gibi; yine etiği göz önünde bulundurmaksızın sadece toplumsal gerçeklerin göz önünde bulundurulması suretiyle bir "hukuk" kavramsallaştırılması yapılması mümkün müdür? Daha açık bir ifadeyle soracak olursak; "Toplumsal bir gerçekliğin, yalnız bu özelliği dolayısıyla hukuk tarafından tanınması ve hukuk sistemine dâhil edilmesi, bu tür bir hukuki faaliyete meşruiyet kazandırır mı?"

Hukuk anlamında toplumdan bahsederken hemen beraberinde düşünülmesi gereken kavram bireydir. Hukuk olarak sadece toplumsal gerçekliğin esas alındığı bir hukuk düzeninde bireyin, topluma bağımlı olmaktan, toplumsal her gerçekliği onaylamaktan ve toplumun genel kabul görmüş uygulamalarını benimsemekten başka bir seçeneği yoktur. Oysa hukukun idesi adalettir. Adaletin, toplumsal gerçekliğe de uygulanması gerekmektedir. Hukuk, toplumsal gerçekliği yansıtmak gibi bir misyona sahipse de diğer yandan adaletin, toplumsal gerçekliğe uygulanmasına da çalışmak mecburiyetindedir. Bu anlamda toplum, birey, adalet gibi kavramlar iç içe düşünülmelidir.²⁹

Toplumsal gerçeklik, hukuku belirlemede önemli bir etkidir. Buna rağmen toplumsal gerçeklerin belirlenmesinde hukuksal kavramların etkisi de yadsınamaz. Hele bu kavramların toplumun idealine yerleşmesi durumunda toplumsal gerçekliğin, hukuksal kavramlar ve değerler doğrultusunda değişen bir yola ve sürece girdiği söylenebilir.

Sosyolojik Hukuk Görüşü, yukarıda belirtilenler doğrultusunda özellikle hukukun temellendirilmesi açısından toplumsal gerçekliğe vurgu yapmaktadır. Norm, etik değer ve sosyal olgu olarak belirttiğimiz hukukun temel öğelerinden sosyal olguyu ön plana çıkarmaktadır. Diğer iki öğenin dışarıda bırakılıp bırakılmadığına dair sosyolojik görüş içerisinde farklı düşünceler mevcuttur.

Sosyolojik görüşün meşruiyet temellendirmesi, toplumsallık temelinde ele alınmak-

²⁷ Gary L Ulmen, *Politische Mehrwert*, s. 324.

²⁸ Henrique Ricardo Otten, a.g.e., s. 34.

²⁹ Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 53.

tadır. Duguit önceleri, hukukun toplumsal gerçekliğin bir yansıması olduğunu düşünmüştür. Belirttiğimiz öğeleri göz önünde bulundurarak bir başka şekilde söyleyecek olursak; hukukun kaynağının sosyal olgu olduğunu dile getirmekteydi. Yaşamının son dönemlerinde hukuka, sosyal olgu dışında tinsel bir öğe katma zorunluluğu duymuş ve “hukukun, toplumsal çevrede geçerli olan adalet duygusu doğrultusunda belirlendiğini” belirtmiştir.³⁰ Duguit, hukukun kaynağı olarak toplumsallığa her zamanki gibi vurgu yaparken sonlara doğru “adalet duygusu” diyerek ona etik bir boyut da getirmiştir.

Burada özellikle Amerikalı düşünür Roscoe Pound’un yukarıda belirttiğimiz görüşlerine tekrar vurgu yapmak gerekirse; Pound, hukukun sosyal olgu öğesini, yalnızca olandan ibaret görmemektedir. Toplumsal gerçekliğe “olan” [olgu] olarak yaklaşmaktan ziyade sosyal olgu boyutunda olan ile olması gereken arasında olabildiğince bir uyumun yaratılması gerektiğinden bahseder.³¹ Yine hatırlatmak gerekirse Pound, hukuk biliminin yargıların “nasıl karar verdiği” ile olduğu kadar “nasıl karar vermeleri gerektiğiyle” de ilgilenesi gerektiğini söylemektedir.

Pound’un olması gereken hukuk bağlamındaki söylemleri, doğal hukukçu görüşün meşruiyete dair söylemleri ile örtüşmektedir. Öyle ki doğal hukukçu görüş; hukukun meşruiyetinin evrensel hukuki kavramlarla uyumlu olması gerektiği yönündeki görüşe eğilimlidir. Gerek Duguit gerek Pound, adalet ve olması gereken hukuk söylemlerini dillendirerek hukukun etik bir boyutu olduğunu kabul etmektedir.

Yukarıdaki açıklamalarımız, Duguit ve Pound’un söylemlerinden de anlaşılacağı üzere yasa yapım süreci ve faaliyeti, toplumdan bağımsız düşünülemez. Fakat sosyolojik görüşten pek çok düşünürün de dile getirdiği gibi hukuku belirleyen, salt toplumsallık değildir. Hukuk ve toplum sürekli bir şekilde birlikte bir devinim içerisinde.³²

³⁰ Bkz.: Cahit Can, a.g.e., s. 155-159.

³¹ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Gözden Geçirilmiş, Değiştirilmiş ve Genişletilmiş 5. baskı, s. 229-230.

³² Ömer Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, s. 44-45, 48, 77; Adnan Güriz, a.g.e., s. 226-227.

4. Hukuksal Meşruiyetin Kaynağı Olarak “Evrensel Hukuki Kavramlar ve Değerler”

Yukarıda, hukukun üç temel öğesi olan norm, sosyal olgu ve etik değer öğelerinin hukukun olmazsa olmaz öğeleri olduğunu belirttik. Norm öğesinin, hukuksal meşruiyete tek başına kaynaklık etmesi meselesini Pozitivist görüş ve bu görüşün önde gelen düşünürlerinin tezleri bağlamında inceledik. Bununla beraber bir diğer temel öğe olan sosyal olgu öğesinin yine hukuksal meşruiyete kaynaklık etmesi meselesini, toplumsallık ve toplumsal gerçeklik temelinde Sosyolojik görüşün tezleri ve bu görüşe sahip düşünürlerin açılımları doğrultusunda ele aldık.

Hukukun etik değer öğesi, hukuksal meşruiyete dayanak teşkil etmesi açısından diğer iki öğeden farklı görünüm arz etmektedir. Öncelikle etik değerler, diğer iki temel öğeye nazaran çok daha evrenseldir ya da evrenselleştirilebilir. Diğer taraftan etik değerler, çok daha bağlayıcıdır. Hukukun bağlayıcılığı açısından ne sosyal olgu öğesi ne de norm öğesi etik değerler kadar etkin değildir. Normun başlı başına bağlayıcı olduğunu söylemek bizi kural devleti ya da polis devletine götürür. Hakeza sosyal olgunun tek başına bağlayıcı olduğunu dile getirmek bireyi saf dışı bırakan bir bakış açısidir ki birey, topluma bağımlı olmak durumunda kalır. Etik değerler ise içsel bir isteği dile getirir. Buyurucu bir biçimde gerçekleşmeyi beklerler. Bu buyruk, inanılan bir ahlak yargısı ise olabildiğince ona uygun davranılması gerektiği yönünde bağlayıcılık gücüne sahiptir.³³

Kant’a göre bir eylem, evrensel bir kural oluşturabilecek nitelikteyse ahlaki anlamda iyidir. Ya da tam tersini söyleyecek olursak bir eylem, evrensel bir kural oluşturabilecek nitelikte değilse ahlaki anlamda iyi değildir. Kant’ın vurgusu; bir açıdan etiğin evrensel olduğu yönündedir. Dolayısıyla etik değerler, diğer iki öğeden farklı olarak evrensel olduğunu söyleyebiliriz. Keza norm öğesi hukuk düzenlerine göre farklılık gösterebiliyorken, yine her toplumun sosyal gerçeklikleri, birbiri-

³³ Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 72.

ne bazen taban tabana zıtken, bir değer ve bir ide olarak adalet kavramı evrenseldir.

Kant, hukukun yalnızca bir ülke sınırları dâhilinde ve bir ülkenin vatandaşları arasında uygulanmaması gerektiğini söylemektedir. Kant'a göre devletler arasında gerçek manasıyla bir hukukun var olabilmesi için bütün devletlerin dayandığı ve kendilerini bağlı hissettiği bir meşruiyet ölçüsünün bulunması gerekmektedir.³⁴ Kelsen'e göre hukuk nosyonu, devlet nosyonundan daha temellidir. Yasal bir düzen olmaksızın hukukun olmayacağını kabul etsek bile yasal düzenden illa ki devletin algılanmaması gerekir. Pek ala bu düzen başka bir şekli ile karşımıza çıkabileceği gibi bu düzenin ulusal üstü alanda tesis edilmesi de olanaklıdır.³⁵

a) Evrensel Hukuksal Değerlerin Göreceliliği Noktasında; Değerler ve Değer Yargıları

Meselenin tartışılması gereken bir diğer noktası; evrenselliğinde kuşku bulunmayan bu değerlerin içeriğinin öznel yorumlara açık olduğudur. Öyle ki adalet, demokrasi, hukuk devleti, özgürlük eşitlik, insan hakları gibi evrensel hukuki değer ve idelerin, kişilere ve politik görüşlere göre birbirinden farklı değerlendirilmesi olasıdır. Evrensel etik değerler aslında insanın, insan olarak var olmasının ve insan olarak gelişiminin davranış kurallarını belirler. Söz gelimi insan öldürmenin ahlaki olmadığına dair farklı dinlerde, farklı politik görüşlerde, farklı hukuk sistemlerinde birbirinden farklı hükümler bulunsada evrensel olan öldürmenin "iyi olmadığı"dır. Zaten insanlar, herkesçe benimsenen ortak bir değere dayanmıyorlarsa insan için insan anlaşılabilir demektir.³⁶

Değerlerin rölativitesinin yani göreceli olduğunun tartışılması noktasında "değer" ile "değerlendirme" kavramının birbirinden ayrıl-

ması gerekmektedir. Zamana göre değişen değerlendirmelerin üzerinde, değişmez nitelikli değerler bulunmaktadır. Her bireyin, bir değere yönelik yargısının olması kaçınılmazdır. Sözelimi İslam'ın insan hakları kavramını değerlendirmekteki yargısı, Batı'nın insan haklarını değerlendirmekteki yargısından farklıdır. Bu yargılar, değerleri farklılaştıran yargılar değil değerlendirmeleri görece kılan değer yargılarıdır. Değişen ve başkalaşan objektif ve evrensel olan değer değil öznel olan değerlendirmelerdir. Bu değişimler, değerlerin değil değerlendirmelerin niteliğinden ileri gelmektedir.³⁷ Değerlendirmeler, sübjektif zaman ve şartlara göre sürekli bir değişim içinde olsalar da değerler her daim değişmez niteliktedir. Örnek verecek olursak yeşil renkli bir otomobil pek çok kişi tarafından beğenilebileceği gibi yine pek çoklarının da zevkine hitap etmeyebilir. Bu durum yeşil renge karşı olan değer yargılarının bir sonucudur. Oysa bir değer olarak yeşil renk evrenseldir. Yani hiç kimse, otomobilin yeşil renkte olmadığını öne sürmez. Zira değer sabittir.

Değer kavramının, etik bir anlamı olduğu açıktır. Yine etik ile hukuk arasında ayrılmaz bir ilişki olduğunu ve özellikle etiğin, hukukun alanına taalluk ettiğini vurgulamıştık. İşte bu sebeple değer kavramının hukuksal bir boyutu da bulunmaktadır.

b) Adalet İdesi

Açıklananlar doğrultusunda verilebilecek en güzel örnek adalettir. Adalet, bakıldığında içi boş bir kavramı deyimler gibi görünür. Hiçbir zaman için adalet kavramının, yeniden tanımlanmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Keza genellenebilecek bir tanımı yoktur ve bilinen erdemlerin en eskisidir. Deneysel olarak ne olduğunun saptanmasına da asla olanak yoktur. Adalet kavramının niteliğindeki bu özellikler, adaletin üstün, aşkın, tinsel ve hatta metafizik bir değer olduğunu gözler önüne serer.

Adalet kavramı temelini daha üstün bir değerden almamaktadır. Fakat diğer hukuksal değerlerin kaynağını adalet idesinden aldığı

³⁴ Ernst Hirsch, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, s. 202.

³⁵ George Whitecross Paton, *A Text-Book of Jurisprudence*, s. 139.

³⁶ Albert Camus, *Başkaldıran İnsan*, (Çev.: Tahsin Yücel), 3. baskı, s. 23.

³⁷ Vecdi Aral, *İnsan ve Mutlu Yaşam (Yaşamın Anlamı)*, Birinci Kitap, s. 95.

pek ala söylenebilir. Adaletin kavramlar eliyle bir yazılı formüle dökülmesi olanaksızsa da hukuk eliyle adaletin sağlanması için evrensel hukuki değerlerin formüle edilmesi gerekmektedir.³⁸ Dolayısıyla hukuk, kendisini kaçınılmaz bir şekilde etik değerleri idealize etmek yolunda seferber etmelidir.

c) Adalet İdesi'nin İçeriğini Belirleyen ve Hukuksal Meşruiyetin Dayanağı Olan Değerler

Evrensel hukuki değerler, adalet kavramının içeriğini dair ipuçları verir. Soyut ve tanımlanamaz olan adalet kavramı, evrensel hukuki değerler eliyle somutlaşır. Tarihsel süreç içerisinde insanlığın yüksek değerleri, pozitif hukuk metinlerine dökülerek temel haklar biçimini almıştır. Pozitif hukukun deyimlediği kodifiye edilmiş bu haklar, doğal hukuk anlayışının yani olması gereken hukuka yönelik çözümlerinin bir sonucudur.

I. İnsan Hakları

İnsanlar doğuştan, insan olarak var olmalarından dolayı belli haklara sahiptirler. Bu haklar insanın kendisine mündemiç, hiçbir güç ve kurumun dokunamayacağı haklardır. Pozitivist görüşün deyiminin aksine haklar, yazılı hukuk metinleri ve hukuk sistemleri tarafından devlet eliyle "bahşedilen" haklar değil insanın, insan olmasından dolayı sahip olduğu haklar olması sebebiyle hukuk sistemleri tarafından "tanınan" haklardır. İnsanlar bu hakları diğer insanlar ve güçlere karşı evrensel olarak ileri sürebilir.

İnsan hakları, insan doğasının değil insanın ahlaksal doğasının bir sonucudur. İnsan hakları, yaşam için değil insan onuruna yakışır bir yaşam için elzem ve dokunulmazdır. İnsan haklarına yönelik kayıtlamalar, çoğu zaman insanın yaşamı için gerekli olan ihtiyaçların karşılanmasını engellemezler ama onurlu bir yaşam için gereken ihtiyaçların karşılanmasını engellerler.³⁹

Değerlendirme ögesinden sıyrılmış olarak salt değer halindeki insan hakları kavramı üzerinde olduğu gibi; insan haklarının dokunulmaz kıldığı ve gözetildiği değerler üzerinde de evrensel bir kabul vardır. Bir değer olarak insan haklarına ve insan haklarının bu evrensel kabul görmüş değerlerine saygı duymayan bir hukuk sisteminin ve bu hukuk sisteminin eylemlerinin adil olduğundan bahsetmek güçtür. Bu durumun ise hukuk sisteminin meşruiyeti açısından soru işareti yaratması kaçınılmazdır.

Hukuk sisteminin kendisinin bizzat insan haklarına saygılı olması ve vatandaşlarının haklarını tanımış olması, sistemin adil bir şekilde işlemesi için yeterli değildir. İnsan sahip olduğu hakları sadece devlete karşı ileri sürme yetkisine sahip değildir. Kişi bu hakları diğer bireylere karşı da ileri sürebilir. Bu açıdan devletin, politik güç olarak bireyleri birbirinden koruma görevi bulunmaktadır. Bu güç ise çoğu zaman devletin, bireyler üzerinde bir baskı gücüne dönüşmesi sonucunu doğurabilme özelliğine sahiptir. Weber'in deyimiyle meşruiyet, gücü yetkiye dönüştürür. Devletin güç sahibi olmaktan çıkıp yetki sahibi olmasının birincil koşulu olarak bir diğer hukuksal kavram ve değer olan hukuk devleti ilkesi karşımıza çıkmaktadır.

II. Hukuk Devleti

Hukuk devleti ilkesi çoğu zaman, devletin yetkiyi kullanırken yasalara bağlı kalması şeklinde tanımlanabilirse de hukuk devleti olmanın koşulu yalnız ve yalnız pozitif hukukun içinde kalması ya da bir pozitifleşmiş hukuka sahip olması demek değildir. Bir değer olarak hukuk devletinin değersel içeriği temel haklar ve özgürlüklerdir. Temel hak ve özgürlüklerin düşünsel ve eylemsel olarak hayatiyet kazanabildiği bir toplumsal yapı, meşruiyetin dayanağıdır.⁴⁰ Hukuk Devleti, en yüksek derecede bir meşruiyet isteğini içermek zorundadır. Vatandaşlarından, hukuk düzenini ceza korkusuyla değil özgür iradeleriyle tanımalarını istemelidir.⁴¹ Bir değer olarak hukuk devletinin, insan hakları kadar evrensel kabul gör-

³⁸ Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 97.

³⁹ Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları* (Çev.: Mustafa Erdoğan-Levent Korkut), s. 27; Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 108.

⁴⁰ Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk Devleti Olgusu*, b.y. HFSA, 3. Kitap, s. 145-146.

⁴¹ Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 111.

düğünü söyleyemeyiz. Buna karşın bir değer olarak hukuk devleti, evrenselleşmeye doğru giden bir çaba görünümü arz etmektedir.

Evrensel hukuksal kavramlar ve değerlerin, hukukun başlıca idesi olan adaletin içeriğini dolduran değerler olduğunu belirtmiştik. Bir sonucun adil olduğuna dair bireyleri içsel anlamda tatmin eden cevapların başlıcası, herhalde “neden ben ya da biz değil?” sorusuna verecekleri cevap olsa gerek. Çoğunlukla siyasi bir meşruiyet temeli içerse de yönetimler, bu soruya tatminkâr bir cevap vermeyi, meşru bir temele oturmakla özdeş görmüşlerdir. Başta da belirttiğimiz gibi çoğu zaman siyasi meşruiyet, hukuki meşruiyetin bir görünümü şeklinde ortaya çıkabilir. Böyle olması da çok doğaldır. Çünkü bir hukuksal değer olarak insan haklarını ve hukuk devletini işletecek olan somut düzenin koruyucusu siyasi iktidardır. Günümüz dünyasında neredeyse bütün yönetimlerin meşruiyetinin bir ölçütü olarak “demokrasi” benimsenmektedir.⁴²

III. Demokrasi

Demokrasi kavramıyla kastettiğimiz, sadece yöneticilerin demokratik usullerle belirlenmesi değildir. Demokrasiyle kastettiğimiz aslında demokrasi kültürünün varlığı ve bu kültüre saygı duyulup duyulmadığıdır. Yöneticilerin demokratik usullerle belirlenmediği örneğin monarşi ülkelerinde hukukun ya da siyasi iktidarın meşru olmadığını söylemek zordur. Fakat demokrasi ülkesi olmasa da yöneticilerin, baskıcı bir tutum içinde bulunması, demokrasi kültürüne aykırı olduğu için iktidarın meşruiyetini sakatlar. Suudi Arabistan gibi bir mutlak monarşi ülkesinde sözgelimi askerlerin, dileklerini dayatmak için savaş uçaklarını başkent semalarında alçaktan uçurması durumunda bu yöntem, demokratik olmadığı için eleştirilecektir. Yoksa siyasal sistemin demokrasi rejimi olması başlı başına bir meşruiyet gerekçesi değildir. Diğer bir deyişle demokrasi dışında bir siyasal rejimin pek ala meşruiyetinden bahsedilebilir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi demokrasinin somut bir sistem olarak görülmesinden ziyade ahlaki bir değer olarak benimsenmesi hukuk yapım aşamasında da kendisini göstere-

cektir. Demokrasi kültürünün yerleştiği bir hukuk sisteminde yasa yapım sürecine katılım daha çoğulcudur. Toplumda farklı sınıflara mensup kişiler yasa yapım sürecinde aktiftir. Bu da bir etik değer olarak belirttiğimiz demokrasinin içeriğini dolduran çoğulculuk, katılım, temsil gibi kavramların ne ölçüde işlevsel olduğuyula doğru orantılıdır. Bir etik değer olarak demokrasi, hukuksal meşruiyetin temel kaynaklarından biridir.

“Demokrasi kültürü” olarak ifade ettiğimiz kavramın işlerlik kazanabilmesi, siyasal güç olan devlet karşısında bireyin ve toplumun irade, eylem ve inanç özgürlüğüne sahip bulunması ile mümkündür. Böylece hukuksal meşruiyetin dayanaklarından birisi olan özgürlük kavramı ve değeri karşımıza çıkar.

IV. Özgürlük

Özgürlüğün, yukarıda belirttiğimiz irade, eylem ve inanç özgürlükleri boyutlarının tamamının bir arada ele alınması gerekmektedir. Bir hukuk sisteminin meşruiyetine dair en önemli ipucunu verecek olan; bireyin ve toplumun irade, eylem ve inanç özgürlüğünü muhafaza etmesi ve kullanması için gerekli şartların sağlanmış olup olmadığıdır. Hukuka düşen başlıca ödev, bu şartların sağlanmasıdır.⁴³ Bu belirttiklerimiz doğrultusunda Spinoza, her insanın ortadan kaldırılamaz bir hakla kendi fikirlerinin efendisi olduğunu, yıkım getirici sonuçlar doğurmadıkça siyasi gücün buyrukları doğrultusunda konuşmaya zorlanamayacağını, iktidarın gerçek ödevinin özgürlük ortamını sağlamak olduğunu belirtmektedir.⁴⁴

Siyasal Meşruiyetin kaynaklarından biri olması anlamında özgürlük kavramı ve değeri, her bir birey için sahip oldukları dış özellikler göz önünde bulundurulmaksızın geçerlidir. Hukuk her bir bireyi, kendi başlarına birer amaç olarak benimsemek durumundadır.

Hukukun çözüme kavuşturmak zorunda olduğu bir başka sorun da özgür irade, eylem ve inanç sahibi bireylerin birbirine baskı oluş-

⁴³ Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 114.

⁴⁴ Frederick Copleston, *Felsefe Tarihi*, Cilt 4: *Çağdaş Felsefe*, Bölüm b, Kita Ussalcıları (Çev.: Aziz Yardımlı), s. 149; Ahmet Gürbüz, a.g.e., s. 115.

⁴² Bkz.: *International Encyclopedia*, s. 245.

turmasının önüne geçmektir. Hukuk bunu, her bir bireyin kendi özgürlüğünü, diğerlerinin özgürlüğü ile uyumlu bir şekilde kullanabileceği halde tanzim ederek yapacaktır.⁴⁵

Özgürlükten bahsederken başlıca ele aldığımız kavram birey olsa da bireyin, toplumsal bir varlık olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Çoğu zaman hukuk, bireylerin eylemlerine yönelik sınırlamalar getiren kuralları barındırması itibarıyla özgürlük kavramının özüne ters bir görünüm arz etse dahi bireyin, toplumsal bir varlık olması göz önünde bulundurulduğunda aslında özgürlük kavramı ile bağıntılı olduğu görülecektir. Özgürlük kavramı ve değeri, eşitlik ve güvenlik kavramları ile birlikte düşünülmelidir.

Evrensel hukuki kavramların ve değerlerin, hukuksal meşruiyetin kaynağı olması ve adalet idesinin içini doldurması açısından özgürlük kavramının bir başka değeri vardır. Özellikle irade ve inanç özgürlükleri bu kavramların ve etik değerlerin yerli yerine oturtulması açısından hayati öneme sahiptir. Neyin adil olup olmadığı ancak özgür bir ortamda tartışılabilir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi; hukukun, bireye özgür bir alan tanıması için bireyleri tek tek birer amaç olarak ele alması gerekmektedir. Bir anlamda hukuk karşısında her bir bireyin eşit kabul edilmesi elzemdir. Keza özgürlük anlamında bireylere birbirinden farklı standartlarda özgürlük tanınması, eşitliği zedeleyecek ve bu bireylerin birbirine yönelik baskı oluşturmasını sonuçlandıracak ve nihayetinde özgürlük ortamı kaybolacaktır. Tüm bunlar bir değer olarak eşitlik kavramının ele alınması ve hukuksal meşruiyetin kaynaklarından biri olarak eşitlik değerine önem atfedilmesini gerektirecektir.

v. Eşitlik

Eşitliği, en klasik anlamda Bentham'ın "her bir bireyin tek bir değeri olduğu ve hiçbir kimsenin birden fazla değeri olmadığı" yönündeki açıklamalarıyla tanımlayabiliriz. Kişi doğuştan, tüm insanlar gibi insan doğasına sahip olduğundan ötürü herkesle eşit konumdadır. Diğer

insanlarla eşit doğaya sahip bulunduğu için diğer insanlar kadar saygı görme ve yeteneklerini kullanabilmesi için eşit şartlara sahip olma hakkını haizdir. Kişi devlete ve diğer insanlara karşı eşit olduğunu ileri sürmek için insan olmaktan başka bir gerekçe göstermek zorunda değildir. İnsan olmak dışındaki örneğin milli, etnik, sınıfsal kimlikler bu kimliğin önüne geçemez ve bu eşitliği bozucu özelliğe sahip değildir.⁴⁶

Kişinin doğuştan sahip olduğu hakları kullanabilmesi, diğer insanlar gibi eşit bir şekilde sahip olduğu doğasının ihtiyaçlarını giderebilmesi ve yeteneklerinin ürünlerini ve kazanımlarını elde edebilmesi için diğer insanlarla eşit olması kadar eşit fırsatlara da sahip olması gerekmektedir. Hukuk düzeninin, bireyler arasındaki bu fırsat eşitliğini göz önünde bulundurması, onun meşruiyetine dair önemli bir emare oluşturur. Öyle ki toplum içerisinde bir sınıf veya grubun ya da belli özellikleri ve nitelikleri haiz olanların diğerlerinin aleyhine güçlenmesini sağlayacak mekanizmalara göz yuman bir hukuk sisteminin ya da siyasal düzenin meşruiyetinden bahsetmek olanaksızdır. Bu anlamda eşitlikle beraber fırsat eşitliğini ya da bir evrensel hukuki değer olarak toplumsal adaleti, hukuksal meşruiyetin bir dayanağı olarak görmek mümkündür.

5. Sonuç

Hukukun, olanı olması gerekene göre belirlemesi gerekmektedir. Hukuk her ne kadar geneli itibarıyla olması gerekenle ilgili bir kavram da olsa toplumsal düzeni sağlamakta norm ögesi, olmazsa olmaz özelliğe sahiptir. Norm ögesinin düzene soktuğu toplumsal yaşamın daha ideal bir düzeye ulaşması, hukuki metinler belirlenirken sosyal gerçekliklerden soyutlanmaması suretiyle mümkündür. Son tahlilde sosyal gerçekliklerin, salt sosyal

⁴⁵ Roscoe Pound, *Laws and Morals*, New York, 1969, s. 97.

⁴⁶ Örnek olarak; YÖK'ün meslek lisesi mezunlarına uygulanan katsayı eşitsizliğini kaldırmasına yönelik kararını eşitsizlik olarak yorumlayan İstanbul Barosu Başkanı Muammer Aydın, katsayı eşitsizliğinin eşitlik olduğunu dile getirmek için "eşitlik eşitler arasındadır" ifadesini kullanmıştır. Eşitliği eşitler arasında gören anlayışa sahip bir gücün siyasal meşruiyetinden ve böyle bir hukuk sisteminin hukuksal meşruiyetinden bahsedilmesi olanaksızdır.

olgu düzeyinde adil olduğunu söylemek doğru değildir.

Hukukun temel öğeleri olan norm, sosyal olgu ve etik değer öğeleri birbirinden bağımsız düşünülemez kavramlardır. Hukuksal meşruiyetin sorgulanması aşamasında bu öğelerden sadece biri bağlamında yapılacak meşruiyet temellendirmesi, eksik ve sakat bir temellendirme değildir. Normların belirlenmesi ve sosyal olguların değerlendirilmesi noktasında hukukun bir diğer öğesi olan etik değer, sahip olduğu evrensellik özelliği nedeniyle elimizdeki en temel malzemedir.

Hukukun, ahlaktan bağımsız olduğunu dile getirmemiz güçtür. Öyle ki hukuku, toplum için bağlayıcı kılan çoğu zaman ahlaki öğelerdir. Söz gelimi kimsenin bulunmadığı bir yolda kırmızı ışıkta durmayan bir sürücü, söze konu şartlar altında ahlakın, kırmızı ışıkta durulması gerektiği yönünde bir buyruğu olmaması sebebiyle bu davranışını gerçekleştirilmektedir. Kırmızı ışıkta durulması gerektiği yönündeki salt bir norm, bağlayıcılığını sadece bir kural olmasından almamaktadır. Ahlak, aynı yoldan yayalarında yararlanma hakkı olduğunu dolayısıyla yayalara da geçiş hakkı tanınması gerektiğini buyurur. Bu sebeple yayaların ve araçların ortak kullanımını düzenleyen ışıklandırma sistemi, bu ahlaki bağlayıcılığın dolayısıyla hukukun bağlayıcıdır. Kısaca, hukukun içsel olarak bağlayıcı addedilmesi, hukukun etik boyutunun varlığının kabul edilmesiyse mümkündür.

Etik değer boyutu yadsınan bir hukukun ya da ahlaki insanın sadece içsel yaşamına hapseden bir hukuk sisteminin meşruiyetinden bahsetmek olanaksızdır. Etik değerlerin gözetilmesinin hukukun meşruiyeti için olmazsa olmaz kabul edilmesi durumunda dahi somut düzen, toplumun içsel olarak hukuku benimsemiş olmasıyla sağlanamayabilir. Somut düzeni koruyacak ve meşru hukuk düzeninin belirlediği yollarla yönetme iktidarını elde edecek siyasi otoritenin bulunması, hukukun meşruiyet kaynaklarından beslenmeye devam eder bir şekilde faal kalması için gereklidir. Zira meşru otorite, kendisine meşruiyet kazandıran öğelerden biri olan hukuk düzenini değiştirme iktidarına da sahiptir.

Yukarıda belirtilen durum, ifade ettiğimiz gibi; hukuksal meşruiyet ile siyasal meşruiyet

tin bazen bir diğerinin görünümü şeklinde ortaya çıkmasını, bir birinin içine geçmiş olmasını ve çoğu zaman da birinin diğerinden önce gerçekleşmiş olmasını sonuçlar.

Bu yüzden hukuksal meşruiyeti düşünmek, siyasal meşruiyeti düşünmekten bağımsız değildir. Tebliğimizin bundan sonraki kısmında, meşruiyet sorunsalının bir diğer görünümü olan siyasal meşruiyet meselesini inceleyeceğiz.

SIYASAL MEŞRUIYET

Tebliğimizin en başında verdiğimiz örneği tekrarlayacak olursak; bundan önceki kısımda Maradona'nın golü elle atıp atmadığıyla ilginlemezsiniz yeniden başlayacak maçın, hangi kurullarla oynanması gerektiği üzerinde yani hukuksal meşruiyet üzerinde durmuştuk. Bu kısımda ise önce siyasal meşruiyetin ne şekilde sağlandığı ve meşru bir gücün ne özelliklere sahip olması gerektiğini elverişli kavramları belirterek tartışacağız ve yine örneğimiz doğrultusunda; golün elle atılmasının maçın kalan kısmının meşruiyetini ortadan kaldırıp kaldırmadığını inceleyeceğiz. Yani hukuk sistemini yaratan siyasi düzenin meşru olup olmadığını, meşru ise; meşruiyetinin ölçüsünün neler olduğunu, meşru değil ise; meşruiyetini sonradan kazanıp kazanamayacağını ya da hukuk düzeninin, meşruiyetini kazanabilmesi için neler yapılması gerektiği üzerinde duracağız.

Siyaseti, bir toplumda meşru otoriteye dayanmak suretiyle yapılan varlık ve değer dağıtma faaliyeti olarak tanımlayabiliriz.⁴⁷ Böyle bir tanımlama doğrultusunda tanım içerisindeki en belirleyici öğenin; meşruiyet olduğunu belirtmemiz gerekir. Yukarıda belirttiğimiz üzere siyasal meşruiyeti tartışmak, elverişli kavramlar eliyle mümkündür.

Bugün siyasal otorite ve meşruiyet üzerine kullandığımız kavramları ve bu alanda üretilen düşünceleri Max Weber'e borçluyuz.⁴⁸ Weber'in siyasal meşruiyet meselesinin tartışılması için kullandığı kavramları ve yaşanan dönüşümleri gösteren ideal tiplerini kullanarak tebliğimizin bu kısmında siyasal meşruiyet meselesini irdedeleyeceğiz.

⁴⁷ Bkz.: Cemil Oktay, *Siyaset Bilimi İncelemeleri*, s. 6.

⁴⁸ M. Hilmi Özev, *Meşruiyet Kavramının Dönüşümü*.

Geleneksel usullerin belirleyici rol oynadığı çağlarda meşruiyetin dayanağı, toplumun dışında ve toplumun üstünde öğeler, bir nevi kutsal ve tartışılmaz kaynaklardı. Geleneksel dönemdeki bu meşruiyet anlayışının çözüleceğine dair ilk belirtileri, Descartes'in şüpheciliğe dayanan düşünce sistematüğinde görmek mümkündür. Buna karşın geleneksel meşruiyet anlayışının çözülmeye başlaması Machiavelli'ye dayanmaktadır.

Yukarıda, hukuksal meşruiyet başlığı altında açıkladığımız ve özellikle Alman Filozof Karl Schmitt'in tezleri doğrultusunda dile getirdiğimiz sosyal düzenin, bir başka deyişle siyasi birliğin oluşumunun temelinde Machiavelli, soylular-halk çatışmasını koymuştur. Bu bakış açısı, geleneksel olarak tanrıdan yönetme iktidarını alan kralların elde tuttuğu siyasi birliğin oluşumuna, bir nevi halkı da dâhil etmek anlamına gelmektedir. Buna karşın Machiavelli, meşruiyetin kaynağına ilişkin her hangi bir şey söylememektedir.

Meşruiyet anlayışının, kutsaldan dünyevi alana inmesinin başlangıç noktası Bossuet ve Bodin'dir. Bossuet, egemenliğin yanılmaz, vazgeçilmez, devredilmez ve bölünmez bir bütün olduğunu ve mutlak bir güç olarak benimsenmesi gerektiğini dile getirmektedir.⁴⁹ Jean Bodin de egemenliği benzer bir şekilde nitelendirmektedir. Yeni tip meşruiyetin filizlenmesine, Bossuet ve Bodin'in bölünmez egemenlik kavramından beslenen bir süreklilik anlayışı sebep olmuştur. Machiavelli'in meşruiyet kavramını zikretmemesine karşın Bodin, yeni tip meşruiyet anlayışının temelini atmıştır. Bodin'in aksine Machiavelli'de siyasi birliğin bir meşruiyet kaynağı yoktur. Tarihsel süreç içerisinde meşruiyet anlayışının, sosyal sözleşmeye doğru kaydığı görülür. Öyle ki başlarda Suarez, dine dayalı bir sosyal sözleşmeden bahsederken sonradan Hobbes, seküler bir sosyal sözleşmeyi temellendirmiştir.⁵⁰ Zamanla ve modernite süreciyle birlikte kutsalın tahtına devlet oturmuştur. Yurtta sulhu sağlayan cihanda savaşı devlet...⁵¹

1. Weber'in Kavramsallaştırması

Siyasal meşruiyetin, hukuksal meşruiyetten daha fazla inanç meselesi olduğunu dile getirebiliriz. Bu inanç, iktidarın ve yöneticilerin meşru olduğuna dair bir inançtır. Bu anlamdaki bir siyasi meşruiyeti "Siyasi sistemin kurum ve yöntemlerinin en uygun kurum ve yöntemler olduğu yolundaki inanç ve güven"⁵² olarak tanımlayabiliriz. Tanımımızda belirtilen inanç ve güven, siyasi gücün ve yöneticilerin meşruiyetlerini belli bazı meşruiyet dayanaklarından almaları halinde oluşabilmektedir. Bu inanç ve güvenin ne şekilde oluştuğuyula ilgili Weber'in kavramsallaştırması yeteli değilse bile meselenin tartışılmasına yarar nitelikte olduğundan önemlidir.

Weber, sırasıyla üç tip meşruiyet modelinden bahsetmektedir. Bunlar Geleneksel, Hukuki-Rasyonel [Yasal-Ussal] ve Karizmatik Meşruiyet tipleridir.

Şunu hemen belirtelim ki geleneksel meşruiyet anlayışından bugünkü modern devletin rasyonel meşruiyetine doğru yaşanan dönüşüm, aslında modernite sürecinin ta kendisidir. Bugün için sorun meşruiyet sorunu olmaktan çıkıp bir bakıma meşrulaştırma, meşruiyet kazanma ya da meşruiyet devşirme sorunu halini almıştır.

a) Geleneksel Meşruiyet Modeli

Geleneksel usullerin hâkim olduğu geleneksel dönemde iktidar, günlük hayatın alışılmış ve basit ihtiyaçlarının giderilmesine yöneliktir.⁵³ Siyasi iktidar gelenekseldir. Siyasi iktidarı meşru addetmek geleneksel inançlara dayanır. Geleneklerden dolayı siyasi iktidarın gücüne boyun eğilir. Siyasi iktidarın kurallarına uyma, dinsel ve kutsallık içerir. Sadece siyasi iktidarın kurduğu düzene riayet edenler için değil yöneticiler de ellerindeki iktidarı bu şekilde görür. Kuralların dayanağının kutsal olduğuna dair toplumda ve yöneticilerde ortak bir anlayış birliği vardır ve geleneksel

⁴⁹ Niyazi Öktem, *Egemenlik, Hukuk Devleti ve Meşruiyet*.

⁵⁰ M. Hilmi Özev, a.g.m.

⁵¹ Cemal Bali Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 18.

⁵² Bkz.: Cemil Oktay, s. 53.

⁵³ Max Weber, *Sosyoloji Yazıları*, (Çev.: Taha Parla), s. 325.

iktidara siyasi meşruiyetini kazandıran bu anlayış birliğidir.⁵⁴

Weber'in geleneksel meşruiyet modelinin eleştirildiği noktalardan birisi budur. Weber, meşruiyetin kaynağı olarak yönetenler ve yönetilenler arasındaki yönetme hakkının kutsal tarafından siyasi otoriteye verilmiş olduğu yönündeki kabulü ve anlayış birliğini görür. Bir yandan da geleneksel dönemin, yönetilenler ve yönetenlerinde meşruiyetin kaynağının kutsal olduğu düşüncesi vardır. Yani Weber, meşruiyetin kaynağının kutsal olduğunu her iki tarafın da düşünüyorsa; meşruiyetin kaynağı olarak görmektedir.

Geleneksel meşruiyet anlayışında siyasi sistem, fonksiyonel olmak yerine kişisel ilişkiler çerçevesinde hüküm veren efendinin kısıtlanmamış keyfilliğini ve lütuflarını beraberinde getirir. Bu anlamda, gelenekçi otorite irrasyoneldir.⁵⁵

Coğrafi keşifler, ulaşım imkânlarının artması, iletişimin kolaylaşması gibi bir dizi neden, geleneksel toplumun tarihsel süreç içerisinde sanayi toplumuna evrilmesine ve demokratize olmasına neden olmuştur. Örneğin; Osmanlı'da Tanzimat'la birlikte hukuk laikleştirilmiş ve Osmanlı vatandaşlığının hukuka yerleştirilmesiyle birlikte geleneksel tebaa anlayışı çözülmeye başlamıştır.

b) Hukuki-Rasyonel [Yasal-Ussal] Meşruiyet Modeli

Geleneksel meşruiyet anlayışına dayalı toplumda iktidar, günlük yaşantının olağan ve basit ihtiyaçlarını karşılamaya yöneliktir ve usuller gelenekselidir. Yine geleneksel toplumda, geleneği sürdürme isteği hakimdir. Dolayısıyla geleneksel toplumun meşruiyet anlayışı da buna dayalı olarak geleneksel olanın yönetmeye, muktedir olmaya devam etmesi doğrultusundadır. Bir nevi geleneği sürdürme güdüsü hâkimdir. Geleneksel dönemin çözülmeye başlamasıyla modernite sürecine girilmiş ve geleneksel meşruiyet anlayışı, yerini yavaş yavaş hukuki-rasyonel meşruiyet anlayışına bırakmıştır. Weber'e göre 19. yüz-

yıl'ın bunalımı; geleneksel meşruiyet anlayışından hukuki rasyonel meşruiyet anlayışına doğru dönüşümün getirdiği bunalımdır.

Yukarıda belirtilenlerin aksine hukuki-rasyonel meşruiyet anlayışına dayalı toplumda geleneği sürdürme değil değişim ihtiyacı hâkimdir. Artık günlük yaşantı geleneksel toplumda olduğu gibi olağan ve basit değil değişken ve karmaşıktır. Dolayısıyla içinde bulunulan şartları tatmin edecek pragmatik çözümlerin, her an değişebilecek nitelikte bulunması gereklidir. Toplumsal ve toplumlar arası ilişkiler ve dünyevi sorunlar arttığı için bu sorunları çözeceğine inanılan dünyevi ilkeler, toplumsal itaati belirleyen olgulardır. Bu ilkelerin korunması, sürdürülmesi ve yüceltilmesi değil istenilen sonuca ulaşmakta fayda sağlaması önemlidir. Bu özelliklerini yitirdikleri anda değişirler, dönüştürülürler ya da kaldırılırlar. Kısacası meşruiyetlerini kaybederler.

Meşruiyetin kaynağı, kutsal olmaktan çıkıp dünyevi olan olmuştur. Kuralları koyanlar, kavramların içeriğini belirleyenler, kurumları ihdas edenler, kişisel olmaktan çıkıp biçimsel hal almıştır.⁵⁶ Hukuki-rasyonel meşruiyet anlayışına dayalı toplumda itaat, kişilere değil kurumlardır. Yönetilenler de adeta biçimsel bir hal almıştır. Yönetilenler; memur, esnaf, öğrenci, yükümlü olarak tanımlanır. Bireylerden ziyade roller ilişki halindedir. Bu durum rasyonelizasyonun kaynağıdır. Hesabı iyi yapan üstün tutulduğundan uzmanlaşma gelişmiş, bürokrasi ortaya çıkmıştır.⁵⁷

Hukuki-rasyonel meşruiyet anlayışından bahsederken bürokrasi mevhumuna ayrı bir parantez açmakta fayda görüyoruz. Modern toplumda bürokrasinin ortaya çıkışı, işçilerin ürettiklerine yabancılaşması ve ürettiklerinin sahibi olmamasına benzer şekilde yönetenlerin de yönetim aygıtlarına yabancı olması ve yönetim araçlarının sahibi olmaması sonucu ortaya çıkmıştır.⁵⁸ Bu durum büyük oranda bürokrasi kavramının ortaya çıkışının sebebi olsa da bürokrasinin sonuçlarından sadece biridir.

⁵⁴ M. Hilmi Özev, a.g.m.

⁵⁵ Max Weber, a.g.e., s. 375-377.

⁵⁶ Max Weber, a.g.e., s. 379.

⁵⁷ M. Hilmi Özev, a.g.m.

⁵⁸ M. Hilmi Özev, a.g.m.

Bürokrasi sistemi içerisinde yöneten olmak, geleneksel dönemin yöneteni olmaktan çok farklıdır. İlk olarak yönetenler, yasada belirtilen görevleri yapmakla görevli memur kişilerdir. Yönetenlerin görevleri yasayla belirlendiği gibi yetkileri de yasaca kısıtlandırılmıştır. Bir üst düzeydeki yöneticiye bağlılık, geleneksel dönemin kulluk sisteminden çıkıp ast-üst ilişkisi haline almıştır. Bu ilişki de hiyerarşik olarak yasalar eliyle belirlenir.⁵⁹ Bürokrasi, hukuki-rasyonel meşruiyet anlayışına dayalı toplumun en temel mekanizması durumundadır.⁶⁰

c) Karizmatik Meşruiyet Modeli

Karizma sözcüğü, Türkçeye “etkileyicilik” ve yine karizmatik sözcüğü de “etkileyici” anlamında dâhil olmuştur.⁶¹ Sosyolojik anlamda dünyevi bir içerikle kullanılabilecek de “karizma”, kuşku ile karşılanan bir kavramdır. Siyaset literatüründe; eşine az rastlanan, alışılmamış, kural dışı, sıra dışı olmak gibi özellikleri vurgulayan karizmatik kavramı özellikle bu özelliklere sahip bulunmayı değil yönetilenler ve hayranlık duyanlar tarafından bu şekilde algılanmayı deyimler. İnsanlar karizmatik lidere gelenekler ya da yasalar nedeniyle değil inandıkları için itaat ederler.⁶² Çoğu zaman karizmatik lider, itaat edenlerin zannettikleri özelliklere sahip kişi değildir. İçinde bulunulan şartlar ve fırsatlar, karizmatik lideri bahsedilen konuma getirmiştir. İşte bu tip meşruiyet modelinde meşruiyetin kaynağı karizmatik lidere yöneltilen hisler ve inançtır. Karizmatik lider ve toplum arasında çok güçlü bir bağ vardır.

Karizmatik meşruiyete dayalı bir siyasal düzende hukuk ve yönetim mekanizması yoktur. Varsa bile iptidai düzeydedir. Keza kanun, neredeyse karizmatik liderin söyledikleri ve ilkeleridir. Geleneksel meşruiyet anlayışına dayalı toplumda olduğu gibi kulluk, hukuki-rasyonel meşruiyet anlayışına dayalı toplumda olduğu gibi memuriyet sistemi yoktur. Karizmatik liderin yandaşları vardır. Karizmatik meşruiyet tipine özgü bir toplumdan; geleneksel meşruiyet ve hukuki rasyonel meşrui-

yet anlayışlarına özgü toplumlardan bahsettiğimiz gibi bahsedemeyiz. Çünkü bu tip meşruiyet anlayışına dayalı bir düzen, toplumsal kriz ve darboğaz anlarında ortaya çıkar. Bir toplumsal devrim ya da toplumsal bir huzursuzluk vardır. Önceki meşruiyet anlayışının temellerinin sarsıldığı, yeni bir arayış içinde bulunduğu dönemde geçerlidir. Yeni bir meşruiyet anlayışının edinilememesi ve karizmatik lider döneminin uzaması sorun yaratır.⁶³

Karizmatik meşruiyet anlayışına dayalı düzen genellikle fazla uzun süreli olmaz. Yukarıda belirtildiği gibi; bir geçiş döneminin meşruiyet anlayışıdır. Siyasal çalkantının dinmesinden sonra başkaca bir meşruiyet anlayışının, karizmatik meşruiyet anlayışının yerine ikame olması gerekmektedir. Örneğin ülkemiz açısından Mustafa Kemal, karizmatik ve ülkeyi savaştan çıkaran bir lider olarak toplumun büyük bir kesimince benimsenmişse de yaşamının son dönemleri ve ölümünden sonra, karizmatik meşruiyet anlayışının, hukuki rasyonel meşruiyet anlayışına evrilmesi sonucu CHP iktidarına yönelik tepkiler artmış ve bu sosyolojik süreç sonunda çok partili hayata geçilerek Demokrat Parti iktidar olmuştur. Halk, meşruiyet anlayışındaki bu dönüşüm sonucunda ülkeyi savaştan çıkaran Milli Mücadele kadrosundan İnönü gibi bir karizmatik lidere ve onun kadrosuna karşılık, CHP iktidarının “Hasolar Memolar” diye tanımladığı DP kadrosunu iktidara getirmiştir.

Karizmatik meşruiyete dayalı tek parti dönemi, Türkiye’de en fazla yirmi üç sene hüküm sürebilmiştir. Sonrasında, halkın yeni gelişen meşruiyet anlayışına direnemeyerek iktidarı yeni meşruiyet anlayışının belirlediği yöneticilere devretmek zorunda kalmıştır. Hâlbuki halk, geleneksel meşruiyet anlayışına dayalı sultanın yönetim hakkına altı yüz yıl süresince itiraz etmemiştir. Zira sultana karşı olan itiraz, yönetme becerisine sahip olmadığı yönündedir ama yönetme hakkı olduğuna yönelik bir tartışma değildir. Öyle ki zorla tahttan indirilen, zindana kapatılan ve sarayda öldürülen sultanlar olduysa da iktidar, haneedan soyundan başka bir sultana verilmiştir. Bu durum, karizmatik meşruiyet modelinin, diğer meşruiyet modelleri gibi sürekli olmadığını göstermektedir.

⁵⁹ Max Weber, a.g.e., s. 290.

⁶⁰ M. Hilmi Özev, a.g.m.

⁶¹ Bkz.: *Sözlük*, TDK.

⁶² Max Weber, a.g.e., s. 135.

⁶³ Bkz.: Cemil Oktay, s. 48-54.

Yukarıda sırasıyla saydığımız, geleneksel, hukuki-rasyonel ve karizmatik meşruiyet modelleri, meşruiyet anlayışının kavramsallaştırılması açısından yeterli gibi görülse de bir yandan meşru siyasi iktidar ile zorbalık arasındaki farkı belirtmek; bir bakıma zorbalığın siyasi iktidara dönüşmesini açıklamak noktasında eksik kalacaktır. Weber'in kavramsallaştırması, gayrimeşru kavramıyla ilgilenmez gibi görünmektedir. Yine meşruiyeti kavramsallaştırırken yönetilenleri değil yönetenleri göz önünde bulunduran bir sınıflandırmaya gitmiştir. Oysaki siyasi iktidar, sosyal yaşamda sadece gücün tek bir boyutu ile görünmemektedir. Weber, meşru iktidar kavramını sosyal yaşamın içinde, gücün diğer boyutlarıyla hiçbir bağlantısı yokmuş gibi değerlendirmiştir.⁶⁴

Siyasal meşruiyeti açıklarken geleneksel meşruiyet inancının, modern devletin meşruiyet inancına doğru evirildiğini ve kutsaldan dünyevi olana dönüştüğünü belirtmiştik. Siyasal meşruiyet çok iptidai bir şekilde "neden ben değil" sorusunun yanıtıdır ve yönetenlerin, yönetme hakkının olduğuna ve ellerindeki gücün meşru bir güç olduğuna inanmaktadır. Kısacası meşruiyet, bir inanç meselesidir. Bu durumda yönetenlerin, yönetilenlerde böyle bir inancı oluşturmaları muhtemeldir ve iktidar için meşruiyetten daha ziyade meşrulaştırma birincil sorun halindedir.

Meşru olmayan bir siyasi iktidarın meşruiyet kazanmasına gerçekten olanak yok mudur? Ya da örneğimiz bağlamında soracak olursak; elle atılan gol, maçın geri kalan kısmını gayrimeşru mu kılar, yoksa sadece gol hanesine yazılan artı bir skor mu gayrimeşrudur?

İktidar, bir başkasına yapmayabileceği bir şeyi "yaptırabilmeyi" ifade eder. Tırnak içerisinde kullandığımız "yaptırabilme" iktidarına devlet, meşru güç kullanma yetkisi ile birlikte sahip olduğundan sosyal hayatta görülen başkaca iktidar türlerinden ayrılır. Şiddet tekelini elinde bulunduran devlet iktidarının yalnızca güce dayandığını dile getirmek yanlış olur. Keza meşru bir güç olmadığı müddetçe güç, ancak zorbalıktan ibaret kalacaktır. İktidar,

meşru temellere dayanmak zorundadır. Yine iktidarın tekelinde bulunan güç de yaptırabilme kudretini meşruiyetinden almalıdır.

Bir siyasi düzende iktidarı ellerinde bulunduranlar, iktidara pozitif hukukun belirlediği yollarla gelmiş olabilirler. Bununla beraber iktidarı ellerinde bulunduranlar, pozitif hukukun kurallarına riayet ediyor da olabilirler. Ne var ki tüm bu durumlar yönetenleri, yönetilenlerin gözünde meşru kılmaya yeterli değildir. Tüm bunların dışında iktidarı ellerinde bulunduranlar, iktidarı mevcut yasal düzenin kurallarına uymadan zorla elde etmiş olabilirler ve mevcut siyasal düzeni zorla değiştirebilirler. Ülkemizde 1960 ve 1980 yıllarında olduğu gibi askeri darbe yoluyla iktidar elde edilmiş ve mevcut anayasal sistem değiştirilmiş olabilir. İşte tüm bunlar gibi ortaya çıkabilecek durumlar, meşruiyet temelini sorgulanmasını da beraberinde getirmektedir. Kuşkusuz mevcut anayasal düzende yapılacak değişikliklerin ya da anayasanın değiştirilmesinin, anayasal düzenin belirlediği yöntem ve usullerle yapılması bu tür bir hukuki eyleme meşruiyet kazandırabilir. Lakin bu sadece hukukilikten kaynaklanan bir meşruiyettir. Tarihi süreç içerisinde şahit olduğumuz tecrübeler, anayasal ya da hukuki devamlılığın hukuki meşruiyeti sağlama konusunda bazen yeterli ölçüt olabileceğini ama siyasal meşruiyetin sağlanmasında yeterli olmadığını göstermektedir.

Peki, siyasal meşruiyeti olmayan bir gücün kurduğu anayasal düzen, sonsuza dek gayrimeşru kalmaya devam mı edecektir? Örneğin 12 Eylül yönetiminin gayrimeşru olduğunu kabul edersek; bugün dahi yürürlükte olan 1982 Anayasası'nı, bu anayasaya uygun olarak yürütülen tüm hukuki işlemleri ve bu anayasanın belirlediği şekillerde kurulmuş bütün siyasi iktidarlara gayrimeşru mu kabul etmeliyiz. Ya da bu süreç bir noktada meşruiyetini elde eder mi?

2. Siyasi Kültür

Weber'i fikren takip eden Seymour Martin Lipset, siyasi sistemin meşruiyetini, "siyasi sistemin ve bu sistemin siyasi kurumlarının, içinde yaşanılan toplum için en ideal sistem ve kurumlar olduğuna dair inancı yaratma ve sürdürme kapasitesi" olarak ifa-

⁶⁴ J. G. Merquior, *Rousseau and Weber: Two Studies in Legitimacy*, Routledge, s. 135; M. Hilmi Özev, a.g.m.

de eder.⁶⁵ Basit bir şekilde bu tanımı tamamlayacak olursak toplumun, mevcut sistemin ve kurumlarının yetersiz dahi olsa kurulacak başka sistemlerden ve kurumlardan daha uyumlu olduğuna dair inanca sahip olması ve sistemin bu inancı sürdürme kapasitesine sahip olması, siyaseten mevcut sisteme ve yöneticilere meşruiyet kazandırır.

Toplumlarda yukarıda belirtilen türde bir inancı belirleyen, toplumların siyasi kişilere ve kurumlara yönelik değer yargılarını belirleyen ve toplumun siyasi tavrını belirleyen, toplumun "siyasi kültürüdür". Siyasi kültür, genel itibarıyla siyasi kurumların ve siyasi düzenin meşruiyetine katkıda bulunan önemli etkenlerden biridir. Siyasi sistem içinde var olan kurumların varlıklarını sürdürmelerini, o kurumların, içinde bulunulan toplumun siyasi kültürü ile barışık olmasına, uyum içinde bulunmasına bağlıdır.⁶⁶ Siyasi kültür, mevcut anayasal düzenin kurumlarının, en uygun anayasal düzen ve kurumlar olduğuna yönelik inancı, kısaca anayasal düzenin meşruiyetine dair inancı destekleyici mahiyettedir.

Yaşanılan toplumun siyasi kültürünü belirleyici etken; çoğu zaman toplumun elitlerinin siyasi kültürü olmuştur. Öyle ki anayasalar, çoğu zaman elitlerin siyasi kültürünü yansıtır nitelikte oluşturulmuştur. Bu tür anayasalar, çoğunlukla toplumun siyasi kültürüyle tezat teşkil eder. Bu tür anayasalara II. Dünya Savaşı sonrası bağımsızlıklarını kazanan ülkelerde oluşturulan anayasalar örnek olarak gösterilebilir. Dolayısıyla ortada kitlenin desteğinden yoksun bir anayasa koyucu siyasi güç ve bu kurucu gücün ortaya koyduğu kitle desteğinden yoksun bir anayasa vardır. Toplumun desteğinden yoksun bir siyasi gücün ve bu gücün oluşturduğu anayasal düzenin meşruiyetinden bahsedilmesi güçtür.

Belirttiğimiz şekilde bir anayasal düzenin ve bu anayasal düzene göre kurulmuş yöne-

timlerin meşruiyetlerini kazanabilmeleri, kitlenin desteğini sağlamış olmalarına bağlıdır. Şöyle ki; anayasal düzen, toplumun siyasi kişilere, kurumlara ve siyasi güce yönelik tavrını belirleyen siyasi kültürle uyumlu değilken ya bu uyumu sağlayacak hale gelecektir yani anayasal düzen değişecektir ya da anayasal düzen ile uyumlu olmayan siyasi kültür değişecektir.

Siyasi kültürün değişmesi çok sıklıkla karşılaşılan bir değişim olmamakla birlikte imkânsız değildir. Keza siyasi kültür durağan, sabit bir kavram değildir. Siyasi kültür, öncelikle bireylerin ve toplumun ihtiyaçlarını, değer yargılarını, inançlarını, örfünü tatmin eden siyasi yöntemlerin doğru olduğu yönündeki kabuller tarafından belirlenir. Bununla birlikte siyasi kültür, bu sayılanlara en uyumlu siyasi yöntemlerin belli bir rejim içerisinde ve belli vasıflara sahip yöneticiler tarafından yerine getirilebileceğini düşünür. Örneğin toplum; ihtiyaçlarına, inançlarına, geleneklerine ve yaşam tarzına en uygun rejimin monarşi olduğu ve en uygun yöneticilerin de belli bir hanedana ya da oligarşiye mensup kişiler olduğu yönünde siyasi kültüre sahip olabilir. Var olan gelen monarşi yönetiminin elitist bir devrimle yıkılması ve yerine demokratik bir siyasal düzenin getirilmesi durumunda, hem yeni siyasi iktidar hem de siyasi düzen toplum desteğinden yoksundur. Buna karşın yeni düzenin toplumun ihtiyaçlarına, inançlarına, geleneklerine ve yaşam tarzına eskisi kadar ya da eskisinden daha fazla uyumlu olması halinde toplumun siyasi kültürü de değişecektir.

Yukarıda belirtilen durum, yeni anayasal düzenin, fonksiyonel anlamda etkin olmasıyla doğru orantılıdır. Öyle ki başlangıçta siyasal meşruiyet temelinden yoksun olarak yürürlüğe giren yeni siyasal ve anayasal sistemin, yukarıda sayılanlar yönünden tatmin edici olduğu görülürse siyasi kültür de değişecektir.

Görüleceği üzere meşruiyet temelinden yoksun bir siyasi güce dayanan hukuk sisteminin, meşruiyetini sonradan kazanması mümkündür. Meşruiyetini asla kazanamayacak olan ise gayrimeşru yollar ile siyasi iktidarı elde eden güçlerdir. Keza meşruiyetini kazanabilme yeteneğine sahip hukuk sistemi, halkın taleplerini karşılar niteliğini elde etme imkanına sahiptir. Böylelikle sonradan meşruiyetini kazanmış, hukukun kuralına göre iktidara gel-

⁶⁵ Bkz.: Seymour Martin Lipset, "Political Man", *The Social Basis of Politics*, s. 77; Levent Gönenç, *Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi*.

⁶⁶ Bkz.: Dennis Kavanagh, "Political Culture", *The Blackwell Encyclopedia of Political Science* içinde, Vernon Bogdanor, (der.), Blackwell, s. 447. Bkz.: Gabriel A. Almond, "Civic Culture", *The Blackwell Encyclopedia of Political Science* içinde, Vernon Bogdanor, (der.), Blackwell, s. 98.

miş siyasi güçler meşru addedilir. Başlangıçta kurucu güç niteliğindeki iktidar ise meşruiyetini hukukun içerisinde devşirmedeği için gayrimeşru kalmaya devam edecektir. Bu gerçeklik de en başta belirttiğimiz şekliyle; hukuksal meşruiyet ile siyasal meşruiyetin iç içe geçmiş olması ve birinin sağlanması için diğerine ihtiyaç bulunması gerçeğini doğrulamaktadır.

3. Fonksiyonel Etkinlik

Yukarıda; başlangıçta siyasal meşruiyet temelinden yoksun bir siyasi düzenin ve hukuk sisteminin, sonradan nasıl meşru bir hal alabileceğinden bahsederken fonksiyonel anlamda etkin olması kavramından bahsettik. Bu kavramı biraz daha açacak olursak; bir siyasi sistem, kendisinden beklenen fonksiyonları yerine getirebiliyorsa etkindir. Bununla beraber bir siyasi sistemin fonksiyonel anlamda etkin olup olmadığını incelerken o sisteme tabi olanların tavırlarının ve sistem ile ilgili kanaatlerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Sadece o siyasal sisteme tabi olanların değil siyasal sistemle muhatap olan yöneticilerin de talepleri önemli rol oynar. Bir siyasi sistem, fonksiyonları itibarıyla yöneten ve yönetilenlerin siyasal kültürünü değiştirecek nitelikte taleplerini karşılamaya yeterse etkindir.⁶⁷

Bu anlamda hukukçulara düşen ödev; yöneticilerin, siyasi iktidarı meşru yollarla elde edip etmediklerinin takipçisi olmak ve meşruiyeti şaibeli siyasal sistemi toplum nezdinde gayrı meşru ilan ederek, —demokrasi kültürünün gereği olarak— meşruiyeti kabullenilen bir siyasi sistem için toplumsal talepleri uyandırmak olmalıdır.

Çünkü siyasi güçlerin meşruiyetinin dönüp dolaşıp tıkanacağı nokta; hukuksal alandır. Bunun ötesinde hukukun meşruiyeti, siyasal meşruiyetten çok daha önemli bir meseledir. Çünkü 14. Louis'ye “devlet benim” dedirten; otoritenin aynı zamanda kendisini kanun olarak görmesidir. 14. Louis egemenlik gücünü tanrıdan almıştır. Dolayısıyla hiçbir dünyevi gücün onu sınırlanamayacağını düşünmektedir. Siyasal olarak meşru olduğuna göre kendisinin koyduğu kurallar da hukuksal anlamda meşrudur inancına sahiptir.

⁶⁷ Levent Gönenç, a.g.m.

Geçmiş çağların bu uygulamalarından bugüne gelinmiştir. Bugün için hukuk ve siyasi iktidar arasında, birinin diğerinden öncelenmesi gibi bir gereksinim varsa hukukun öncelenmesi gerektiği fikri yerleşmiştir. Yani bugün için 14. Louis devlet değildir. Sultandan büyük Allah ve hukuk vardır.

SONUÇ

Meşruiyet meselesine metajüridik [hukuk ötesi] bir açıdan bakılması zorunludur. Pozitivist görüşün temsilcileri Kelsen ve Schmitt her ne kadar hukuku, metajüridik tüm öğelerden temizleme gayreti içerisinde olsalar da —örneğin Kelsen meşruiyeti, grandnorm gibi bir üstün norma bağlama zorunluluğu hissetmiştir— “grandnorm”, siyasal iktidarın barışçıl bir karakteri olması ihtimalinde Pacta Sund Servanda'dır. Yani Ahde Vefa ilkesi... Bu ilke ise tamamıyla ahlaki bir tavrı özetler. Hukukun etik boyutunun yadsınamayacağı ve hukuksal meşruiyetin hiçbir ortamda etikten soyutlanmış olarak tartışılmayacağı açıktır.

Yukarıda belirttiğimiz durum, bir başka açıdan bakıldığında meşruiyetin kesinlikle normlar piramidi içerisinde aranmaması gerektiğini göstermektedir. Pozitif hukuk normlarının, hukukun bir parçası olduğu su götürmez bir gerçektir. Fakat sırf yazılı veya kabul edilmiş kurallar oldukları için pozitif hukuk normlarının “hukuk” olduğunu dile getirmek ve hemen bunun yanında hukukun üstünlüğünü talep etmek olanaksızdır. Şayet bir hukuk düzeni, engizisyon mahkemelerinde olduğu gibi işkenceyi yasal kabul etmiş ise ve bu tür bir uygulamanın hukuk sisteminin içinde var olması sebebiyle meşru olduğunu dile getiriyorsa hukuk, o sistem içinde “üstün” değil “baskındır”, “baskıcı”dır.

Hiçbir gücün ve kimsenin, hukuktan üstün olmadığını dile getirecek olursak pozitif hukukun, hukuk olduğunu söylemenin imkânsız olduğu biraz daha açık bir şekilde ortaya çıkaracaktır. Örneğin işkencenin yasal olduğu bir hukuk düzeninde halk, bu uygulamaya bir müddet boyun eğecek ve fakat bu uygulamayı er ya da geç sonlandıracaktır. Bu durumda halk, hukuktan üstün gelecektir. Böyle bir hukuk kavramsallaştırması ise mümkün değildir. Yani halk da bireyler ve yöneticiler gibi

hukuktan üstün olma özelliğine sahip değildir. Eğer halk, hukuk zannedilen bir olguya üstün gelip onu kendine uygun şekilde biçimlendiriyorsa demek ki hukuk normdan öte bir kavramdır. Halk, verdiğimiz örnekte olduğu gibi; olanı, olması gerekene doğru değiştirmişse bu durumda olana değil olması gerekene hukuk olarak yaklaşmamız daha doğru olacaktır. Hukuk olan değil olması gerekendir.

Şu unutulmamalıdır ki; daha önce belirttiğimiz şekliyle hukuk, üç temel öğeden oluşmaktadır. Bunlar norm, sosyal olgu ve etik değerdir. Hukukun meşruiyet vasfını kazanabilmesi için etik değere diğerlerinden daha fazla öncelik verilmesi gerekmektedir. Keza yine yukarıda ifade ettiğimiz gibi hukukun bağlayıcılığı, onun müeyyidelenme unsurundan ileri gelmemelidir. Hukuk devleti, en yüksek derecede meşruiyet istemini bünyesinde barındırmalıdır. Bu da hukukun, etik boyutuna norm boyutundan daha fazla değer verilmesi suretiyle olur. Yine hukukun bağlayıcılığının temelinde, büyük oranda ahlaksal buyruklar vardır.

Pozitivistler, hukukun norm boyutunu ve normatif sistemi neredeyse kutsamaktadırlar. Yine aynı şekilde sosyolojik görüş de hukukun sosyal olgu ögesini kutsar bir eğilim içerisindedir. Tüm bunların dışında, doğal hukukçu görüş ise olması gereken, etik gibi soyut kavramları çok fazla öne çıkarması sebebiyle bazen gerçeklerden uzaklaşıp neredeyse ütopyik bir hukuk kavramsallaştırması yoluna girmektedir.

Bizim bu tebliğ ile amacımız; ne pozitivistler gibi hukuku sadece normatif düzenden ibaret görerek onu meşrulaştırmaya çabalamak ne sosyolojik görüş gibi sosyal gerçeklerin ve toplumsal taleplerin kayıtsız şartsız meşru olduğunu kabul edip bu yönde ve tamamıyla dünyevi bir meşruiyet temellendirmesi yapmak ne de doğal hukukçu görüş gibi hukuk ile ahlakı neredeyse özdeş kabul etmektir.

Bu tebliğimizde, etik değer ögesinin diğer öğelerden öncelenmesi gerektiğini söylememiz onu asla kutsamak anlamına gelmemelidir. Keza hukuksal meşruiyet sorununun cevabı sadece hukukun etik değer boyutunun içine gizlenmiş değildir. Yine etik değer ögesi de kesin çizgilerle diğer iki öge olan norm ve sosyal olgudan ayrılmış değildir. Hukuk düzeninin sağlanması ancak normatif sistem ve

normlar eliyle mümkündür. Yöneticilerin, yürürlükteki normları hiçe sayar şekilde keyfi uygulamalarda bulunmaları halinde meşruiyetleri sorgulanır. Norm, böyle bir örnekte meşruiyetin dayanağı görünümündedir. Yine meşruiyet kavramının ve meşruiyeti önemli bir mesele olarak gören bir anlayışın toplum psikolojisine yerleşmesi gerekmektedir. İçinde bulunulan siyasal düzende, yöneticilerinin ve hukuk sistemlerinin meşruiyetini her daim sorgulayan bir toplumun ve toplumsal gerçekliğin var olması, toplumu "olması gereken" daha adil bir ideale doğru götürür. Bu durumda siyasal iktidar, toplumdaki meşruiyet istemine cevap vermek mecburiyetindedir ve böylelikle sosyal olgu ögesi karşımıza meşruiyetin bir dayanağı olarak çıkmaktadır.

Montesquieu'nun söylemiyle dile getirecek olursak; insanlar hayvanlardan farklı olarak sadece fizik yasaları ile bağlı değildirler. İnsanlar düşünen ve üreten varlıklar olarak başkaca yasalar ile de bağlıdırlar. Bugün için insanın akli, felsefi, iradi doğası sadece belli zümrelere mensup olanların doğası olmaktan çıkıp artık tüm insanlığın doğası haline almıştır.

Kelsen'in belirlediği normlar piramidini düzenleyecek olan devlettir. Ama hukuk, devlet göz önünde bulundurularak üretilmez. Keza devletin bir doğası yoktur ve devlet, özne değil nesnedir. Devlet acı çekmez. Devletin normlar piramidine uygun davranması, onu belki bir yere kadar hukuk devleti statüsüne sokar ama insanın doğasına aykırı bir normatif sistemin meşruiyeti her zaman sorgulanacaktır. Bu durumda meşruiyet, bir üst derecedeki normda değil tüm bu normatif sistemin üzerindeki temel normda aranacaktır. Bu da meşruiyeti normatif sistemden bağımsız düşünmek ama devletten, siyasi düzenden ya da iktidardan bağımsız düşünmemek anlamına gelecektir.

Meşruiyeti devletten, siyasi düzenden ya da iktidardan bağımsız düşünmemek, meşruiyeti siyasal açıdan da sorgulamak anlamına gelecektir. Egemenlik müessesesi bir şekilde, bir siyasi düzen içerisinde, birileri tarafından kullanılacaktır. Siyasi düzen içerisinde diğerlerini saf dışı bırakma imkânına sahip her güç, egemen olma ihtimaline sahiptir. Modernite sürecinin bizi getirdiği nokta; diğer güçleri etkisiz hale getirip siyasi düzeni sağlayan en güçlünün egemenlik hakkına sahip olduğudur.

Bu durum modernitenin bir önerisi değil bir tespittir. Gerçekten bakıldığında modern devlette egemen olan; diğerlerine baskın gelen ve en güçlü olandır. Schmitt'in ifadesiyle olağanüstü hale karar verendir.

Modernitenin yukarıdaki yanılığı, insanlığa 20. yüzyılın acılarını yaşatmıştır. İdeale ve gelecek öngörüsüne sahip hukukçuların, siyasi meşruiyeti güç ile adlandırması olanaksızdır. Egemenlik, meşru olan gücün hakkıdır. Çünkü güç, egemeni meşru kılmaz. Meşruiyet, gücü egemen kılar. Bu sebeple modernite sürecinin tespitlerini öneri olarak değerlendirip güçlüye meşruiyet vasfı kazandırma arayışları belki führerleri, duçeleri, milli şefleri tatmin edebilir, fakat hukukunu arayan toplumları tatmin edemez. Adaletli bir toplum ideali, bugünün devletini tespit ederek gerçekleştirilemez.

Olması gereken hukukun, olmazsa olmaz evrensel değerleri vardır. Bu değerler, geneli itibarıyla gelecek öngörüsüne ışık tutan insanlığın elindeki meşaleler gibi olsalar da köklerini geçmişte bulurlar. Alman ekolünün dediği gibi; egemenliği, devletin bizatihi doğal bir hakkı kabul etmenin, devletin nasıl oluştuğuyla ilgilenmeksizin devleti somut bir özne olarak görmek ve devlet kavramıyla birlikte devlete egemenliği ilahi bir kaynağın mı yoksa toplumun sosyal bir sözleşme ile mi devrettiğini araştırmamanın sonucu, 20. yüzyılın ikinci çeyreğinin Alman devletidir.

Pozitivist yaklaşımın aksine devlet, hâkimiyetin kaynağını bizzat kendisi olarak görmemelidir. Dünya üzerinde egemen olan, muteber olan nesne devlettir. Fakat bu fiili bir durumdur. Hukuki olan egemenlikten bahsettiğimiz anda ise devreye hukukun egemenliği girecektir. Benzer bir şekilde ifade edecek olursak hukukun üstünlüğü... Devletin hukuktan üstün olduğunu dile getirmek, egemeni hukuk kabul etmek ya da 14. Louis gibi "devlet benim" demek ile mümkündür. Bugün devletin, egemenlik olarak ifade edebileceğimiz yasama, yürütme ve yargı güçlerini elinde bulundurması onu asla hukuktan üstün bir noktaya getirmez. Devletin yasama egemenliğine sahip bulunması neticesinde yasama faaliyetlerini hukuk olarak nitelendirmek; tabiri yerindeyse egemenin "devlet benim" sözünü kulağı diğer taraftan göstererek söylemesi demektir.

Son iki yüzyıldır revaçta olan düşünce; egemenliğin devlete sosyal bir sözleşme ile devredildiğidir. Öncesinde Hıristiyan Avrupa'da egemenliğin, krallara (papa aracılığıyla) tanrı tarafından tanındığı fikri hâkimdi. İslam dünyasında ise egemenliğin kaynağıyla ilgili ciddi tartışmalar, batı dünyasında kralın egemenliğinin tartışılmaya başladığı ana denk düşer.⁶⁸ Bu da hemen hemen 19. yüzyılın ikinci yarısıdır. Arap dünyasında devlet geleneğinin ve teşkilatlanmış güçlü bir devlet yapısının var olmaması, İslamiyet'ten sonra kırılmış ve İslamiyet'in yayılması için güçlü bir devlet yapısına ihtiyaç duyulmuştur. İslam anlayışında da özetle egemenliğin kaynağının ilahi olduğuna dair eğilim hâkimdir. Kuran'da geçen "Hüküm Allah'ındır" ifadesindeki "hüküm" lafzının tam manasıyla siyaset literatüründeki egemenlik kavramına denk düşmediği söylene de İslami doktrinde meşruiyetin kaynağı vahyi gönderen Allah'tır.

Siyasi egemenliğin meşruiyetinin ister geleneksel olarak ilahi olduğuna dair görüşü benimseyelim ister dünyevi bir kaynak olarak sosyal sözleşme olduğunu söyleyelim, egemenlik gücünün bir kaynaktan beslendiğini kabul etmek elzemdir. Devlet, egemenlik gücünü tanrıyla ya da toplumla yaptığı sözleşmeye uygun olarak kullanmak zorundadır. Devleti bağlayan bu sözleşme, bizim hukuk olarak ifade ettiğimiz kavramdır. Bu sözleşmenin yüksek maddeleri de evrensel değerlerdir. Bu değerler, insanoğlunun fiziki doğasının yanında sahip bulunduğu düşünsel doğasını da onuruna yakışır bir şekilde yaşayabilmesi için var olan değerlerdir. Ya insanı yaratan ve onun doğasını belirleyen yaratıcıya ait egemenliği kullanan devlet ya da insanın kendi doğasını daha iyi şartlar altında yaşayabilmesi için tek tek onlara ait egemenliği onlardan devralan devlet, kendisini meşru kılan sözleşmeye ve meşruiyetin siyasi kaynağına riayet ettiği müddetçe meşru bir güç olarak hukuku olması gerekenden olana indirgeyebilir. Yoksa meşru olmayan bir egemen güç olarak devlete sahip olduğu egemenliği veren ondan bu gücü geri alır ve meşru olan güce verir. Özetle olandan alır ve olması gerekene verir.

⁶⁸ Bkz.: Mustafa Şentop, *Siyasi Hakimiyetin Kaynağı Meselesi ve Osmanlı Telakkisi*.

Kaynakça

- Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Gözden Geçirilmiş, Değiştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1996.
- Ahmet Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, Beta Basım Yayın, 2. Baskı, 2004.
- Albert Camus, *Başkaldıran İnsan* (Çev. Tahsin Yücel), 3. Baskı, Ankara 1990.
- Bünyamin Bezci, *Modern Türkiye'de Meşruiyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme*, Finans, Politik ve Ekonomik Yorumlar, Cilt 44, Sayı 508, 2007.
- Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü*, Ankara, 1996.
- Cemal Bali Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost Yayınları, İstanbul 2003.
- Cemil Oktay, *Siyaset Bilimi İncelemeleri*, Alfa, İstanbul 2003.
- Dennis Kavanagh, "Political Culture", *The Blackwell Encyclopedia of Political Science* içinde, Vernon Bogdanor, (der.), Blackwell, Londra, 1991.
- Edward McNall Burns, *Çağdaş Siyasal Düşünceler* (Çev. A. Şenel), Birey ve Toplum Yayınları, İstanbul, 1984.
- Ernst Hirsch, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Ankara 1949.
- Frederick Copleston, *Felsefe Tarihi*, Cilt 4: Çağdaş Felsefe, Bölüm b, Kıta Ussalcıları (Çev. Aziz Yardımlı), İstanbul 1991.
- Gabriel A. Almond, "Civic Culture", *The Blackwell Encyclopedia of Political Science* içinde, Vernon Bogdanor, (der.), Blackwell, Londra, 1991.
- Gary L. Ulmen, *Politische Mehrwert*, VCH Verlag, Weinheim 1991.
- George Whitecross Paton, *A Text-Book of Jurisprudence*, The Clarendon Press, Oxford 1946.
- Hans Kelsen, *Society and Nature, A Sociological Inquires*, (ed.) Dr. Karl Mannheim, Kegan Paul, Trench, Trubner & Sons Ltd., Londra 1949.
- Hans-Christof Kraus, *Verfassungslehre und Verfassungsgeschichte*, Duncker und Humblodt Verlag, Berlin 2000.
- Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk Devleti Olgusu*, b.y. HFSA, 3. Kitap, İstanbul 1996.
- Henrique Ricardo Otten, *Der Sinn Der Einheit im Recht*, Akademie Verlag, Berlin.
- International Encyclopedia*.
- J. G. Merquior, *Rousseau and Weber: Two Studies in Legitimacy*, Routledge, Londra 1980.
- Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları* (Çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut), Ankara 1995.
- Jürgen Habermas, *Sivil İtaatsizlik* (Çev. Hayrettin Ökçesiz), İstanbul 1995.
- Karl Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları*, (Çev. Mete Tunçay), C. 1, Ankara 1989.
- Levent Gönenç, *Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi*, Ankara Üni. Huk. Fak. Dergisi Cilt: 50 S: 1, Ankara 2001.
- M. Hilmi Özev, *Meşruiyet Kavramının Dönüşümü*, Bilim Sanat Vakfı Bülten 57. Sayı, İstanbul 2005.
- Max Weber, *Sosyoloji Yazıları* (Çev. Taha Parla), İletişim Yayınları, İstanbul 2003.
- Mustafa Şentop, "Siyasi Hâkimiyetin Kaynağı Meselesi ve Osmanlı Telakkisi, E- Akademi Hukuk", *Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Temmuz 2004 Sayısı.
- Niyazi Öktem, "Egemenlik, Hukuk Devleti ve Meşruiyet", *Polis* dergisi, 39. Sayı.
- Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı*, b.y. Anayasa Yargısı II, Ankara 1991.
- Ömer Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hâkim Olan Hukuk Teorisi*, İstanbul 1982.
- Ralf Dreier, *Hukuk Kavramı* (Çev. Altan Heper), 2. Kitap, İstanbul 1995.
- Ralp Barton Perry, *Realms of Value: A Critique of Human Civilization*, Harvard University Press, Cambridge 1954.
- Rodney Barker, *Political Legitimacy and the State*, Clarendon Press, Oxford, 1990.
- Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Oxford University Press, Cambridge 1954.
- Roscoe Pound, *Law and Morals*, New York 1969.
- Seymour Martin Lipset, *Political Man*, The Social Basis of Politics, Doubleday, New York.
- Tom Bottomore, *Frankfurt Okulu* (Çev.: Ahmet Çiğdem), İstanbul 1989.
- Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul 1983.
- Vecdi Aral, *İnsan ve Mutlu Yaşam (Yaşamın Anlamı)*, Birinci Kitap, İstanbul 1992.