KANUNİLİK VE MEŞRUİYET

CARL SCHMITT

Mehmet Cemil Ozansü çevirisiyle

3

ithaki

Hukuk ve siyaset kuramı alanlarında 20. yüzyılın en önde gelen isimlerinden biri olan Carl Schmitt'in elinizdeki kitabı 1932 tarihli olmakla birlikte, "başkanlık sistemi" tartışmalarının yeniden alevlendiği bugünlerde de olağanüstü önemini koruyor.

"Sonrasında hakikat intikamını alacaktır" cümlesiyle biten *Kanunilik ve Meşruiyet*'i dilimize Mehmet Cemil Ozansü çevirdi. Ozansü'nün metni hem tarihsel bağlamı hem de içeriğiyle değerlendiren doyurucu sunuş yazısının da okurların ilgisini çekeceğini düşünüyoruz.

"*Kanunilik ve Meşruiyet*'in temel eleştirel pozisyonu, kanun kavramı ve bunun 19. yüzyıl içinden 20. yüzyıla sarkan dejenerasyonudur. Metinden de anlaşılacağı üzere Schmitt... kanunu kendi tarihsel hareketi içinde anlamlandırmaya çalışır."



2. BASKI

ithaki /ithakiyayinlari /ithakiyayinlari /ithakiyayinlari

16 TL

www.ithaki.com.tr
İnternet satış:
www.iknokta.com

9 786053 755425

Kanunilik ve Meşruiyet
Carl Schmitt

Orijinal Adı: *Legalität und Legitimität*
Düzeltilmiş sekizinci baskı: Duncker & Humblot, Berlin 2012.

İthaki Yayınları - 1093

Yayım Sorumlusu: *Selçuk Aylar*
Redaksiyon: *Mısra Tan*
Son Okuma: *Selçuk Aylar*
Kapak Tasarım: *Şükrü Karakoç*
Sayfa Düzeni ve Baskıya Hazırlık: *İthaki Yayınları*
2. Baskı, Mart 2018, İstanbul

ISBN: 978-605-375-542-5

Sertifika No: 11407

© 2012 Duncker & Humblot GmbH,
1. Baskı: 1932
2. Baskı: 1968
3. Baskı: 1980
4. Baskı: 1988
5. Baskı: 1993
6. Baskı: 1998
7. Baskı: 2005
Türkçe çeviri © Mehmet Cemil Ozansü, 2014
© İthaki, 2016

Bu kitabın telif hakkı ONK Ajans Ltd. Şti.'den alınmıştır.
Yayıncının yazılı izni olmaksızın alıntı yapılamaz.

İthaki™ Penguen Kitap-Kaset Bas. Yay. Paz. Tic. Ltd. Şti.'nin tescilli markasıdır.
Caferağa Mah. Neşe Sok. 1907 Apt. No: 31 Moda, Kadıköy - İstanbul
Tel: (0216) 348 36 97 Faks: (0216) 449 98 34
editor@ithaki.com.tr – www.ithaki.com.tr – www.ilknokta.com

Kapak, İç Baskı: Deniz Ofset Matbaacılık
Gümüşsuyu Cad. Topkapı Center, Odin İş Merkezi No: 403/2 Topkapı-İstanbul
Tel: (0212) 613 30 06 - Faks: (0212) 613 51 97
Sertifika No: 40200

Carl Schmitt

KANUNİLİK VE MEŞRUİYET

Çeviren
Mehmet Cemil Ozansü

ithaki

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ ..... **VII**

GİRİŞ
Diğer Devlet Türleri (Yargı, Hükûmet ve İdare Devletleri) Karşısında Yasama Devletinin Kanunilik Sistemi **3**

I. PARLAMENTER YASAMA DEVLETİNİN KANUNİLİK SİSTEMİ
1. Yasama Devleti ve Kanun Kavramı 19
2. Kanunilik ve Siyasal İktidarı Elde Etmede Eşit Şans 31

II. WEIMAR ANAYASASI'NIN ÜÇ OLAĞANDIŞI KANUN KOYUCUSU
1. Olağandışı Kanun Koyucu ratione materiae; İkinci Bir Anayasa Olarak Weimar Anayasası'nın İkinci Kısmı 45
2. Olağandışı Kanun Koyucu ratIone supremitatis; Hakiki Anlamı: Yasama Devletinin Kanuniliği Yerine Plebisiter Meşruiyet 71
3. Olağandışı Kanun Koyucu ratione necessitatis; Hakiki Anlamı: İdare Devletinin Tedbiri Parlamenter Yasama Devletinin Kanununu Bastırıyor 83

SONUÇ **107**
EK / EDİTORYAL AÇIKLAMA **123**

SUNUŞ

Kapağına bizzat yazarı Carl Schmitt tarafından 10 Temmuz 1932 tarihi itibarıyla tamamlanmış olduğu notu düşülerek aynı yılın Ağustos ayı sonunda yayınlanan *Kanunilik ve Meşruiyet* [KM], sadece Alman siyaset ve hukuk tarihindeki değil, bunun çok ötesinde dünya tarihindeki etkileri bugüne dek sürecek olan büyük bir siyasi kavganın ortasında ve bu kavganın şiddetlenmesinin tam arefesinde kaleme alınmış bir incelemedir. Yayınlanmasından seksen altı yıl sonra Türkçeye tercüme edilen *Kanunilik ve Meşruiyet*, teorik ve dogmatik bir hukuk incelemesi olarak iki önemli özelliğe sahiptir. Bunlardan *ilki*, Schmitt'in doktora öğrencisi olan ve aynı yıl içinde Schmitt'ten önce aynı başlıkla bir inceleme yayımlamış olan Otto Kirchheimer'in, hocasının eserini değerlendirdiği makalesindeki ifadesiyle söylersek, *Kanunilik ve Meşruiyet*'in "muayyen bir normlar sisteminin haklılaştırılması düzlemi ile siyasi gerçeklik düzlemini birbirlerinden mutlak surette ayırmayan" bir düşünüş tarzıyla kaleme alınmış olmasıdır.[1] Hakikaten eserin bu özelliği onu, anayasa teori ve dogmatiğinin konularının siyasal gerçeklikle sınanması sonucuna götürmüş ve dolayısıyla yalnızca saf bir sistem kritiğiyle yetinmeyen, bunun ötesinde anayasal düzen bakımından istikbalde karşılaşılması muhtemel durumlara dair tahminleri ve birtakım önerileri barındıran bir içeriğe kavuşturmuştur. *Kanunilik ve Meşruiyet*'in bu özelliği, içine doğduğu "hızlı zamanlardan" sonra ve konu edindiği Weimar Anayasası'nın analizinin öte-

1 Bkz. Otto Kirchheimer, "*Bemerkungen zu Carl Schmitts <Legalität und Legitimität>*", Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung, Frankfurt am Main 1976, s. 113.

sinde, etkili bir hukuk teorisi incelemesi olmasını sağlamış ve -Schmitt'in malum siyasi bağlantılarından ötürü doğrudan atıfta bulunmaktan imtina edilmiş olsa da- belirlediği problematiğin Alman anayasallığının Savaş sonrasındaki inşasında işlenebilmesine imkân sunmuştur.[1] "*Kanunilik ve Meşruiyet*"in *ikinci* özelliği ise, kamu hukuku teorisi ve dogmatiğine ait temel kavramların, tarihsel geçmişleri içinde ve güncele doğru uzanan oluşlarının bilinci dairesinde kaleme alınmış olmasında saklıdır. Başka bir ifadeyle söylersek analizin her bir noktası, belirli bir hukuk tarihi yazımının parçası ve iç tutarlılığa sahip tarihi bir iddianın neticesi olarak okuyucunun karşısına çıkar.

Metnin Türkçe çevirisinde bu iki özelliğin daha belirgin bir biçimde gözler önüne serilebilmesi için, öncelikle hukukun Avrupa'daki tarihselliğine, daha sonra ise metnin içine doğduğu Weimar Cumhuriyeti'nin 1932 yılındaki siyasal durumuna referans veren kısa bir takdimin gereği hissediliyor. Zira iki yüzyıla yaklaşan hukuk resepsiyonu tarihine rağmen Türkiye'deki siyaset tarihi ve hukuk tarihi yazımları, bu ikisine de hakkıyla cevap verebilmiş temel bir literatür birikimine sahip değildir.

Kanunilik ve Meşruiyet Kavramlarının Tarihselliği

Kanunilik ve Meşruiyet'in giriş bölümü, Schmitt'in "yasama devleti" olarak adlandırdığı devlet türünün diğer devlet türleri (yargı, hükûmet ve idare devletleri) karşısındaki özgünlüğünü, başka bir ifadeyle "kanunilik" kavramının tarihsel anlamını ve bunu zemin tutan kapalı kanunilik sistemini izah etmeye hasredilmiştir. Schmitt'in tahlilinde kullandığı anılan devlet türlerinin tümü, bir tasnifi mümkün kılabilecek derecede

1 Bkz. Hasso Hofmann, Legitimität gegen Legalität, değiştirilmemiş 5. baskı, Berlin 2010, s. XXI.

idealize edilmiş, dolayısıyla tarihsel gerçeklik içinde saf halde bulunmayan siyasi varlıklardır. Ancak bunlar, Batı Avrupa tarihine mahsus bir içerikle ortaya çıkan "devletin" kendi serüveni içinde, çeşitli tarihsel uğraklarda karakteristiklerini ortaya koyan birtakım belirgin göstergelere sahiptir. Schmitt, bu oluş süreci açısından önem taşıyan anın Ortaçağ'ın "hukuku muhafaza eden" (KM, s. 8) siyasi yapılarından geri dönüşsüz bir kopuşun yaşandığı Erken Modernlik dönemine ait olduğunun bilinciyle devletselliğin başlangıcını bu noktaya rapteden bir hukuk tarihçisine atıfta bulunur: *Fritz Kern*. 1919 yılında yayımladığı "Recht und Verfassung im Mittelalter"[1] adlı makalesiyle Kern, Ortaçağ'ın hukuksal zihniyet biçimlerini ve buna bağlı olarak kendi tutarlılığı ve rasyonalitesi içinde Ortaçağ "hukuk" kurumlarının tarihini yeniden anlamlandırır. 20. yüzyılın hukuk tarihi yazımını temellerinden etkileyecek olan bu eserle mukayese edildiğinde bir o kadar önem taşıyan diğer bir çalışma da Avusturyalı hukuk tarihçisi *Otto Brunner*'in 1939 yılında yayınlanan "Land und Herrschaft"ıdır[2] ki, bu da

1 Fritz Kern, Recht und Verfassung im Mittelalter, [Ortaçağ'da Hukuk ve Esas Teşkilat] 1952 tarihli değiştirilmemiş tabından alınan 1992 tarihli tıpkıbasım, Darmstadt 1992. 1950 yılında vefat eden Kern'in kendi elinde bulunan makale nüshasındaki başlığı "Ortaçağ *Zihniyetinde* Hukuk ve Esas Teşkilat" olarak değiştirmiş olduğunu E. Anrich'in editoryal notlarından öğrenebiliyoruz. Kern'in bu makalesi esasen 1914 yılında yayınlanmış olan "Erken Ortaçağda *Dei gratia* (Tanrının mağfireti) ve Direnme Hakkı" başlıklı tezdeki bulguların kuramsal bir birlik içinde daha rafine bir takdimidir. Bu tez için bkz. Fritz Kern, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter, 1954 tabından değiştirilmemiş 5. baskı, Darmstadt 1970.

2 Otto Brunner, Land und Herrschaft, Viyana 1965 tarihli değiştirilmemiş beşinci tabından tıpkıbasım, Darmstadt 1981. Brunner'in 1941 yılında Verdun Ödülü'yle taltif edilen "Land und Herrschaft" adlı eseri, Avusturya Ortaçağı'nda esas teşkilat tarihinin mülkî (teritoriyal) oluşum problemleriyle ilgilenir. Devletin belirli mülkî sınırlar üzerinden istikrar kazanmasından sonra ne "Land" (mülk/ülke/toprak/memleket) ne de "Herrschaft" (beylik/hâkimiyet/hükümdarlık) sözcüğü, içeriği değişen anlamlarıyla Ortaçağ kavramlarının yeniden kurgulamasına imkân verebildiğinden Brunner, bunları kendi otantik anlam dünyalarında kavramak gereğini vurgular ve böylece zihniyet tarihçiliğinin metotlarını hukuk tarihi yazımına aktarır.

Schmitt'in kendi çalışmalarını sonradan notlandırırken sıklıkla referans yaptığı bir hukuk tarihi araştırması olacaktır.

Yukarıda zikredilen referansların *Kanunilik ve Meşruiyet*'in tezleri bakımından taşıdığı önem şu tarihsel iddiada saklıdır: Ortaçağ'ın "hukuk" kültürü, Modern Çağdan farklı olarak dünyevî-egemen bir *kanun koyucu* fikrini, başka bir ifadeyle "yasamayı" tanımaz.[1] Buna göre Ortaçağ zihniyetinde geniş anlamıyla "hukuk" –ya da daha isabetli bir rekonstrüksiyon tabiri olarak "şeriat"– tanrısal bir dünya düzeninin bundan farklılaşmamış parçası olarak, dünyevî zamanın ötesinde kalacak ve böylece ancak sınırlı bir kısmı insan tarafından keşfedilebilecek[2] bir çerçeveye sahiptir. Ortaçağ hukuk zihniyetinin bu algısı şüphesiz gerçekliğin saf ifadesi olmayıp, esasen matbaa öncesi hukuk kültürünün ve buna bağlı olarak tüm toplumsal biçimlerde geçerli olduğu üzere –geniş anlamda– "geleneğin" gündelik tahakkümü altındaki teknik bir imkânsızlığın rasyonalize edilmiş halinden başka bir şey değildi. Böyle bir evrende hukuk, *koyulan* bir şey değil, sadece buna özgü bir *usul* marifetiyle *bulunan* bir şeydi, yani bir *içtihat* üretme faaliyetiydi. Hukuk, örfî ahlak, dinsel doğru ve siyaset henüz birbirlerinden ayrışmamış bir bütünlük içinde algılanırken,[3] teorik olarak kadim olanın yeni olana üstünlüğü, daha doğru bir ifadeyle "eski" olduğu *kabul edilen* karşısında "yeni" olduğu *kabul edilenin* batıl olacağı, hukuksal zihniyetin esaslı bir özelliği olarak beliriyordu. Bunun tabiî bir sonucu olarak –gerçekte– koyulan her yeni kural, sanki bir sebeple uygulanmayan, unutulmuş veya kötücül bir biçimde görmezden gelinmiş *iyi* ve *kadim* bir kaidenin, "atalar kanunlarının" ("*leges patrum*") derlenmesi veya yeniden ihyası olarak kendini meşrulaştırabiliyordu.[4]

Mülkî egemenlik fikrinin çok uzağındaki bu çağda hukuk

1 Bkz. Kern, Recht und Verfassung im Mittelalter, s. 66 vd.
2 Bkz. Kern, age, s. 23 vd.
3 Bkz. Kern, age, s. 15 vd.
4 Bkz. Kern, age, s. 12 ve 38 vd.

coğrafyası, çeşitli tarihsel olgularla varlık kazanmış birçok yerel, münferit, ailevî vb. *imtiyazın* parçalı mevcudiyetini yansıtıyordu. Bir "üstün üçüncüden" kuvvet alan genel geçerlilik sahibi "objektif hukuk" yerine, kamusal/özel ayrımına yabancı ve yan yana mevcut bulunan bir "sübjektif haklar" paleti söz konusuydu.[1] Bu bağlamda hukukun, hükümdarın "üstünde" konumlanışı, Modernlikteki normlar hiyerarşisi kadar keskin bir kademelendirme ilişkisini işaret etmese de, her hukuk paydaşının eşit mesafede durduğu bir adalet ilkesini ifade ediyordu. Anılan *adalet* kavramı ise, gayet pragmatik bir anlam dairesi içinde –sözgelimi ailevî bir imtiyazın hükümdar tarafından tek taraflı bir biçimde inkâr edilmesi durumunda– bir *zulmün* doğduğu iddiasının ileri sürülmesi sonucunda içerik kazanabiliyordu. *Abusus* (*bid'at*) ile adaletten sapan "zalim" hükümdar, artık meşru bir *rex* olmaktan çıkıp gayrimeşru bir *tyrannus*'a dönüşüyordu[2] ki, bunun bir kurala bağlanması eğilimi bizi –Schmitt'in KM'de vurguladığı üzere (KM, s. 33 vd.)– başka bir tarihsel vakıaya, *direnme* hakkının yargısal biçim altında ikame edilmesine ulaştırır.

Bu bağlamda Brunner'in tezlerinde ifade ettiği üzere, Ortaçağ'ın direnme "hakkı", aynı zamanda bir çeşit "dava ika etme" ve "hak arama" yoluydu ve en azından Avrupa hukuk tarihi içinde değerlendirildiğinde intikam alma ya da harp etme anlamlarının hepsini karşılayan bir kavram olarak *Fehde*'nin kendini gerçekleştirebildiği bir hukuk biçimiydi.[3] Haksızlık işleyen "zalim" kimselere ve hatta doğrudan efendiye karşı dahi, hukuk şemsiyesinin altında yer alan her hukuk paydaşı isyan/direnme "hakkını" ileri sürerek *Fehde* yoluna başvurabilirdi. Böylece direnmenin tatbikat vasıtası olan *Fehde*, modern devletin şiddet tekelinin oluşması yolunda çeşitli

1 Bkz. Kern, age, s. 59.

2 Bkz. Kern, age, s. 87 vd.

3 Brunner, direnme "hakkının" varlığını Ortaçağ'ın, hukuku belirleyebilen egemene dayanan yasama fikrine olan uzaklığıyla açıklar. Bkz. Brunner, age, s. 140-142.

biçimsel uğrakların şart koşulması suretiyle "barışı bozan" ve "barışı bozmayan" ikiliği üzerinden ayrıştırılarak evvela sınırlandırıldı, yani "hukukileştirildi."[1] Bir *Fehde*'nin hukukiliğinin biçimsel koşullarından (diğer zamansal ve mekânsal sınırlamalardan farklı olarak) en önemlisi, "önce mahkeme yoluna başvurma" şartı haline geliyordu.[2] 16. yüzyıl sonrasında üstün bir üçüncünün, prensin mülkî egemenliği soyutlaması altında inşa edilmesiyle beraber bu adlî usul ("yargısal biçim altındaki yol": KM, s. 36), sadece biçimsel bir şart olmaktan çıkıp, barışın muhafızı *prens adına* bir husumetin tek tayin edici karar mercii olarak da kendini istikrara kavuşturdu. Modern devletin inşa süreci böylece, tarihsel-teknik bir Ortaçağ kavramı olan "gelenek tahakkümü altındaki hukuktan", tek taraflı biçimde "hukukun" tayin edilebilmesine geçişi belirleyen bir dinamik olarak ortaya çıkar.

Modern öncesi hukuk zihniyetinin kavramlar dünyasında, *legalis* ("kanunî" olan) ile *legitimus* ("meşru" olan) arasında kesin sınırlar çizebilen bir ayrımın varlığından söz edilemez. Ancak *legitimus* sözcüğünün etimolojik tarihi bakımından ilk özgün içerik, Avrupa Ortaçağı'nın çıkışındaki en önemli kamu hukuku belgelerinden birini teşkil eden ve birçok başka esas teşkilat müessesiyle beraber Mukaddes Roma İmparatorluğunun kayserinin "seçim" usulünü de tanzim eden 1356 tarihli *Goldene Bulle*'de (Altunî Ferman) yer bulur: Burada kralı belirleyecek olan dört dünyevî elektoral prensin hukuki

1 Burada kullanılan "barışı bozan/barışı bozmayan" ikiliğinin, yerine göre "doğru", "adil", "kanuni", "haklı" vb. anlamları içerdiğini belirtelim. Bkz. Elmar Wadle, "*Zur Delegitimierung der Fehde*", Herrschaftliches Strafen seit dem Hochmittelalter, Köln 2002, s. 13.

2 1235 tarihli Mainz Yurt Barışı önce kendi (yerel) hâkimine başvurmayı ve bunun vereceği hükmü beklemeyi, ancak bundan sonra intikam almak isteyenin (er des selbe [...] enreche) "canını ve malını şiddete karşı şiddet kullanarak", yani *not were* ("meşru müdafaa") ile koruyabileceğini ifade eder. Bkz. Arno Buschmann (Haz.), Kaiser und Reich, s. 85 ve 97. Görüldüğü üzere buradaki "meşru müdafaanın" da, bugünün hukukilik bağlamından farklı bir içeriğe sahip olduğu, üstün bir kanun koyucunun bulunmadığı bir evrenin ifadesi olduğu tespit edilecektir.

varlığı, *geçerli bir evlilik* içinde ilk doğan olmaya, yani *meşru* für'u olmaya dayandırılır (*filium suum primogenitum legitimum laicum*).[1] Böylece 13. yüzyılın sonuna kadar devam eden İmparatorluk içi "savaş" sırasında oluşan mezkûr fiilî anane, müstakbel *Dei gratia*'ya vücut verecek meşruiyet kavramıyla hukukî bir zemine kavuşmuş oldu; zira "sadece Tanrı, gerçek bir varisi *bağışlaya*biliyordu."[2] İmparatorluğun en temel meselesi olan kayserin belirlenmesi usulünün "hukuken" kurala bağlanması, yani eskiden beri devam eden daimi bir kriz durumunun aşılması, saf aile hukuku bağından kopan "meşru olan" kavramının "kamusal" bir boyut edinmesiyle mümkün olmuştu.[3] Tarihin devam eden akışında, kavramın anlam içeriğinin çeşitlenmesi için, yine İmparatorluğu merkez alan ama bu sefer onun sınırlarını aşan yeni bir "krizi" beklemek gerekecektir.

Erken Modernliğe geçiş ve inanç savaşları çağı, artık dünyanın geri kalanından ayrışmış (Batı) Avrupa'da "diyarlar aşan" bir "iç-dış" savaşı da beraberinde getirir. Bu dönemde *direnme* "hakkının" ve dolayısıyla *Fehde*'nin istikrar kazanan egemenler lehinde hızla baskılanması, bir yandan dünün intikamcı ferdini kriminalize ederek bunu muayyen bir memleketteki herkesin "iç" düşmanına, yani suçluya çevirirken; öte yandan genele ait olan *Fehde* hakkını –zümrelerle rekabet içindeki– bir mülkî efendinin (prensin) tekeli altına almaya ve böylece onun dünkü "şahsi intikamının" muarızını yine müşterek bir "dış" düşmana dönüştürmeye başlar. Devletler hukuku teorisinin öncüsü saydığımız *De iure belli ac pacis*'in

1 1648'e kadar üçü ruhanî dördü dünyevî yedi elektoral prens olacaktır. Buradaki hukuk kuralı, dünyevî lordların –esasen– piçlerinin (*bastardus*) hükümdarlık hakkından mahrum bırakılmasını hedefler. Goldene Bulle VII. Başlık altındaki kaidenin modern Almancadaki rekonstrüksiyonu için bkz. Buschmann, age, s. 127.

2 Bkz. Kern, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht, s. 40-41.

3 Ayrıca bkz. Thomas Würtenberger, "*Legitimität, Legalität*", (Haz.) Otto Brunner/ Werner Conze/ Reinhart Koselleck, Geschichtliche Grundbegriffe, 3. cilt, 2004 tarihli tıpkıbasım, s. 682.

aynı zamanda bir ceza hukuku eseri olmasını, işte tam da bu bağlamda anlamlandırmak gerekir. Ancak devletin şiddet tekelinin istikrara kavuşmasının serüveni, *yeni* "inanç" kavramı temelinde bölünmüş bir Avrupa'nın bir buçuk asır boyunca devam edecek olan "iç savaşını" zemin edinirken, meşru olan kavramının içeriği de zenginleşir. Meşru olan, sadece bir tevarüs usulünü tanımlamayı aşarak hükümdar merkezinde şekillenen *yeni* iktidara dair bir kamu hukuku meselesine dönüşür. Ortaçağ'ın genel ve muğlak direnme "hakkı", kamusal varlığını tanıtlayabilmiş zümreler nezdinde karşılık bulabilen bir protesto hakkıyla (yeri geldiğinde direnmeyle) birlikte, hızla hukuksal alandan siyasal alana doğru kayarken, devlet *iktidarının kullanımında* "umumi refahı" ve "barış ve düzeni sağlamayı" gözetme gereğini zemin tutan yeni meşruiyet (*potestas legitima*)[1] algısı ise anılan çağın bir haklı "iç savaş" veya itaat argümanı halinde kamu hukuku literatürüne girer. Böylece yeni kriz, kavrama yeni bir içerik kazandırıyordu.

İnançlar savaşının aşılması sonrasındaki mutlakiyetçiliğin "meşruiyeti" ise, Tanrı tarafından yetkilendirilmiş hükümdarın umumî refahı gözeten *emrinde* saf ifadesini bulan bir kanun koyuculuğun[2] ve buna bağlı mutlak itaat fikrinin temellendirilmesine dönüşür. Antik hukuk arkeolojisiyle diriltilen ve içi asrî bir manayla doldurulan "*princeps legibus solutus*", mutlakıyetin prensini yeri geldiğinde kendi koyduğu kaidelerin dahi üstünde bir konuma yerleştirir.[3] (Schmitt'in KM s. 12'de vurguladığı) bu "büyük hakkın" ihdasından sonra, bir "orman kanunu" olmaktan öteye gidemeyecek olan *direnme* ve

1 Bkz. Dietmar Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte, 4. Bası, Münih 2001, s. 203-204; ayrıca bkz. Würtenberg, "*Legitimität, Legalität*", age, s. 685.

2 Bkz. Rolf Grawert, "*Gesetz*", (Haz.) Otto Brunner/ Werner Conze/ Reinhart Koselleck, Geschichtliche Grundbegriffe, 2. Cilt, 2004 tarihli tıpkıbasım, s. 881.

3 Ulpian'ın Roma kayserinin bazı evlilik kaideleriyle bağlı olmadığını ifade etmek için kullandığı söz, egemenlik kavramı üzerinden "*prens kanunla bağlı değildir*" biçiminde yeniden yorumlanmıştır. Bu yorumun mutlakiyetin inşasındaki tarihi için bkz. Brunner, age, s. 388-393.

Fehde zorbalığın ve haydutluğun[1] çeşitli biçimlerine dönüşür, başka bir ifadeyle mutlak surette gayrimeşru ve gayrikanunî olur. Ortaçağ'ın zümreler hukukunu, geleneksel kurumlarıyla birlikte ortadan kaldıran yüksek mutlakiyetçilik evresi, inançlar savaşındaki yüksek tahribatın tersine "kabine savaşı" biçimiyle dış savaşı bir taktik oyununa dönüştürürken,[2] ilgisini iç güvenliğe ve dolayısıyla "aklı yanıltan" *kanunun iktidarına* çevirir. Böylece devlet mülkî sahası içindeki –artık *fiilî*– direnişleri kanun namına bastırmaya tüm gücüyle yoğunlaştığında, Ortaçağ'ın tamamı bilinmesi mümkün olmayan "hukuku" yerine, hayat alanının tümünü akıl prensiplerine göre düzenlemeyi hedefleyen kapsayıcı *kanunlaştırmalara* (*kodifikasyon*) dayanan hukuksal zihniyet geçmiş olur.[3] Ancak modern kanun fikrinin gelişmesi, kanun ile bunun uygulayıcıları arasındaki (yargı ve yürütme) ilişkinin nasıl şekillenmesi gerektiğine dönük bir tartışmayla eski hukuk kültüründen miras kalan tiranlık kavramının yeniden anlamlandırılmasına götürecektir ki, bu suretle bir prensip olarak kuvvetler ayrılığı anayasal tartışmaların merkezine yerleşir.[4] Bundan sonra kanunu koyan ile kanunu icra edenin aynılaştırılması, despotik *keyfiliğin* ifadesi olarak müstakbel devrimci mücadelenin siyasi jargonunda temel bir yer edinir.[5]

Bu dönemde mutlakiyetçiliğin eleştirisi sosyal devrime (ve yine büyük bir "iç savaşa") gebe Avrupa'nın başat meselelerinden biridir. Devrimin hemen öncesinde aydınlanmacıların

1 Brunner, age, s. 108.

2 Rolf- Dieter Müller, Militärgeschichte, Köln 2009, s. 154 vd.

3 Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 1. cilt, Münih 1988, s. 270.

4 Willoweit, age, s. 204-205.

5 Aydınlanma sonrasında hükümdarın despotizme karşı politik bir mücadele hattı inşa edecek olan dar anlamda kuvvetler ayrılığı tartışmasının, İngiliz Burjuva Devrimi'nin "uzun parlamentosunun" mütecaviz müdahalelerinden yargıyı korumak amacıyla başlatıldığını burada not edelim. Bkz. Hans Fenske, "*Gewaltenteilung*", (Haz.) Otto Brunner/ Werner Conze/ Reinhart Koselleck, Geschichtliche Grundbegriffe, 2. cilt, 2004 tarihli tıpkıbasım, s. 927.

devredilemez özgürlük ile egemenliğin kullanımı arasındaki sıkı bağa yeni toplumun yapıtaşı olacak bireyi de katmaları, meşruiyet kavramının demokratikleştirilmesinde önemli bir dönüm noktası teşkil eder.[1] Öyle ki, İhtilal ve savaşlar çağının sonunda Avrupa'da düzen "yeniden" kurulduğunda dahi meşruiyet kavramı, sadece *Dei gratia*'ya dayanan bir içerikle sınırlandırılamıyordu.[2] Böylece meşruiyet, bir tarafta liberal halk temsili fikrinin diğer tarafta ise hanedan geleneğinin yer aldığı, bir yüzyıl boyunca sürecek olan bir çekişmenin ortasında kalırken; mutlakiyetçiliğin kanununu anılan kavganın içinde yeniden inşa edecek olan başka bir kavramla beraber yol alınır: *Kanunilik*.[3] 18. yüzyılın sonuna kadar Alman sözlükleri, "kanuni" ve "meşru" kavramları arasında hukuki içerik bakımından ciddi bir fark ortaya koymaz. Fakat İhtilalin etkisinden kurtulmak isteyen monarşist blok, 19. Yüzyılın ilk yarısının sonuna kadar meşru olan içinde üstün bir hukuka uygunluk ilkesi ararken, kanuni olanı sadece yürürlükteki bir kanuna uygun olma derekesine indirgemeye gayret eder.[4] Ancak yüzyılın ikinci yarısında (1848 sonrasında) Avrupa çapında galebe çalacak olan liberal kavrayış, halk temsilinin katılımı altında gerçekleşen kanunu, tüm devlet faaliyetlerinin merkezinde yer alan ve devlet egemenliğinin tatbikatı bakımından inşaî olan bir noktaya raptetmeyi başarır (KM, s. 19 vd.).

Schmitt, meşruiyet ve bilhassa kanunilik kavramlarının analizine dair kaleme aldığı elimizdeki eserinde, tartışmanın merkezine "kanun" ve bundan türeyen bir haklılaştırma sis-

1 Würtenberger, "*Legitimität, Legalität*", age, s. 694; aynı yönde, kanun kavramının "demokratikleştirilmesi" açısından bkz. Grawert, "*Gesetz*", age, s. 896.

2 Würtenberger, "*Legitimität, Legalität*", age, s. 700.

3 18. yüzyılın Fransızca "*légalité*" sözcüğünden Alman fikir dünyasına, Kant'ın sübjektif ahlak (*Moralität*) ile kanuniliği (*Legalität*) ayırmasıyla aktarılan bu terim, 19. Yüzyıl içinde hızla bir hukuk terimine (örn. *kanunilik ilkesi*, *kanunilik karinesi*) dönüşmüştür. Bkz. Gerhard Köbler, Deutsches Etymologisches Rechtswörterbuch, Tübingen 1995, s. 246.

4 Würtenberger, "*Legitimität, Legalität*", age, s. 715.

temi olarak "kanuniliği" yerleştirirken, yukarıda kısaca izah etmeye çalıştığımız bir tarihsel arka planı kullanır. Bu bağlamda *Kanunilik ve Meşruiyet*'in temel eleştirel pozisyonu, kanun kavramı ve bunun 19. yüzyıl içinden 20. yüzyıla sarkan dejenerasyonudur. Metinden de anlaşılacağı üzere Schmitt, kanun kavramını sadece bir ideal olan üzerinden eleştirmekle yetinmez, bundan ziyade kanunu kendi tarihsel hareketi içinde anlamlandırmaya çalışır. Buna göre tüm tarihsel geçmişi içinde "hukuk devletinin kanun kavramı", her türlü devlet faaliyetini "normlaştırmalara" dönüştürmek iradesinde karakteristiğini kazanırken, kraliyetin tek taraflı yasama eğilimi karşısında yukarıda andığımız 19. yüzyılın liberal mücadelesi, kanun kavramının "siyasallaştırılması" sonucunu doğurmuştur. Schmitt bu noktada "siyasal kanun kavramı" tabirini bilhassa tercih eder; zira böyle bir "kanun" aslında egemenin somut iradesi ve emri, başka bir ifadeyle onun egemenlik eylemi olacaktır.[1] 19. yüzyılın politik mücadelesinin neticesinde, sadece halk temsilinin (parlamentonun) katılımıyla ortaya çıkan kararın "kanun" olarak, tüm "egemenlik kudretiyle" takdis edilebilmesi mecburiyetinin tanınmasıyla beraber, "egemenin" niteliğine dair verilen kavga da son şeklini almış olur. Ancak her türlü "total devlete dönük eğilim" içinde parlamenter çoğunluğun, "kanunun egemenliği" ilkesi altında ve bu egemenliğin maddi içeriğini dolduracak şekilde, kanun biçimini deforme etmeye başlaması, Schmitt'in vurgulamak istediği bir çelişkinin varlığını gündeme getirir. Örneğin *plan* tatbikatının veya somut duruma mahsus *tedbirin* yaygınlaşması eğilimi altında, bir parlamentonun ansal çoğunluğunun alacağı her türlü karar, kanun biçiminin "soysuzlaşmasına" götürecektir (KM, s. 100). Diğer yandan Schmitt, yasama yetkisinin Reichstag tarafından kötüye kullanılmasını "*kanun kutsal değildir, sadece hukuk kutsaldır; kanun hukuka tabidir*" sözleriyle 1923 yılında

1 Carl Schmitt, Verfassungslehre, değiştirilmemiş 5. Bası, Berlin 1970, s. 146.

eleştiren H. Triepel'i geleneksel kanun öğretisinin bilinciyle hareket etmekle ancak çelişkinin bulunduğu yeri yanlış takdir etmekle (kanun = hukuk formülünün inkârı), yani mevcut yasama usulüne uygun çıkarılmış her biçimsel şeyin "kanun" olarak kabul edilmesi suretiyle amaçsız bir biçimselciliğe hapsolmakla itham eder.[1] Zira Schmitt'e göre parlamenter yasama devletinin "kanun=hukuk" denklemi, kapalı bir kanunilik sisteminin yegâne tutarlı ifadesidir; ama gelinen noktada *artık* bunun varlık imkânı zayıflamıştır. Buraya kadarki açıklamalar ilgili kavramların tarihsel geçmişlerine ve 1932 yılında kaleme alınmış bir metnin barındırdığı teorik tartışma içeriğine dair yeterli olmalıdır. Ancak bunun yanı sıra, bir de metnin içine doğduğu siyasal atmosferi ana hatlarıyla izah etmek ve böylece metnin gayesini tespite yaklaşmak gerekir.

Kanunilik ve Meşruiyet ve Weimar Cumhuriyeti

Aydınlanmacı despot Büyük Friedrich'in kendini "bir numaralı hizmetkârı" olarak takdim ettiği Prusya Devleti, 18. yüzyılın sonundan itibaren artık güçlü bir orduyu ve bununla beraber inşa edilen yetkin bir sivil bürokrasiyi zemin alan "idare devleti" biçimi altında tarih sahnesine çıkmıştı. 19. yüzyılı evrimci bir ilerleme programı içinde tamamlamaya çalışan bu devlet, Danimarka Krallığı'nı (1864) ve Avusturya İmparatorluğunu (1866) askeri mağlubiyete uğratmak suretiyle "Alman sorununun" çözüm odağı olabilecek yegâne güç olarak kendi varlığını ispat ettikten hemen sonra, "tarihsel engel" Fransız İmparatorluğu'nu da yenerek Alman birliğini 1871'de kurabilmişti. Ancak bu hızlı ve önlenemez yükseliş dahi Prusya Devleti'nin, yeni adıyla (İkinci) Alman Reich'ının emperyalistler arası yarışta geç kalması gerçeğini değiştiremiyordu. Dışişleri bakanı *v. Bülow*'un 1897 senesinde Reichstag'ta sarf ettiği

1 Schmitt, Verfassungslehre, s. 142.

"Kimseyi gölgede bırakmak istemiyoruz, fakat biz de güneşte kendimize ait bir yer talep ediyoruz" sözü, geç kalmış Alman emperyalizminin aceleciliğinin en net ifadesiydi. Junkerlerin, monarşiyle uyumlu Alman büyük burjuvazisinin ve milliyetçi hezeyanlara gark olmuş kitlelerin müşterek kararı olan bu yönelim, nihayetinde Alman Reich'ını Birinci Dünya Savaşı'na taşımıştı. Militarist ve milliyetçi bir histeri içinde başlayan Savaş, dört yıllık büyük bir yıkımın ardından sonlandırılmak istendiğinde, çoktan olgunlaşmış Alman Devrimi'nin fitili ateşlenir ve dış savaştaki mağlubiyet on beş seneye yayılacak müstakbel "iç savaşın" da temel etmeni olur.

Savaş süresince Almanya, seferberlik ve sıkıyönetim altındaydı. Bunun pratikteki anlamı ise, devlet iktidarını kullanmaya matuf tüm yetkinin "Başkomutanlığın" (OHL= Oberste Heeresleitung) elinde bulunmasıdır. 1916 yılından itibaren OHL'ye, emrindeki genç "dâhi" General *Erich Ludendorff*'un Doğu Cephesi'ndeki başarılarından istifade ederek şöhret kazanmış "Tannenberg Kahramanı" Mareşal *Paul von Hindenburg* getirilirken, gölge kahraman Ludendorff da kurmay başkanı sıfatıyla Alman İmparatorluğu'nda bütün komutayı fiilen üstlenir. Birinci Dünya Savaşı'nın anılan iki "kahramanının" adı Weimar Cumhuriyeti tarihinde tekrar karşımıza çıkar: Bu iki generalden yaşlı olanı, devlet başkanı sıfatıyla 1933 yılında faşist lider Adolf Hitler'e şansölyelik teklif edecek, genç ve "dâhi" olanı ise bundan on sene evvel Hitler ile beraber Münih Birahane Darbesi girişiminde yer alacaktır. Bu iki çarpıcı örnek dahi Alman Ordusu'nun kurmay kadrolarının ekseriyetinin, kurulacak burjuva Cumhuriyetine sadakatinin[1] niteliğini gözler önüne sermeye yeter.

1918'de Almanya bakımından askeri bir zaferin mümkün olmadığının anlaşılması ve ABD Başkanı Wilson'un meşhur

1 14 Ağustos 1919'da belirlenen yeni yeminin içeriği "anayasaya sadakati" konu edinirken, 2 Mart 1922'de ordu yönetimi tarafından belirlenen yemin metni, Almanya'nın bir cumhuriyet olduğunu anmayacağı gibi, anayasaya sadakati de vatana sadakat ile değiştirir. Bkz. Jürgen Förster, Die Wehrmacht im NS-Staat, Münih 2007, s. 5.

ilkelerinin kabul edilebilir bir barış antlaşması umudunu yaratması üzerine, Alman bürokrasisi barış arayışına girişir. Ancak muhtemel barışın önkoşulunun, Almanya'nın bir an evvel parlamenter demokrasiye geçmesi olduğu ortaya çıkınca, popüler Mareşal Hindenburg yerine sadece savaşın "askeri diktatörü" Ludendorff'un görevden el çektirilmesiyle yetinilirken, boşalan kurmay başkanlığına General *Wilhelm Groener* getirilir. Ancak bu dahi Antant için kâfi gelmez ve Hohenzollern'in tahttan feragat etmeleri kaçınılmaz bir hal alır. Antant Devletlerinin bu dayatması, monarşistlerin bilincinde her zaman "zoraki Cumhuriyet" olarak kalacak Weimar aleyhinde ekilmiş ilk nefret tohumu olacaktır. Sosyal Demokrat Parti (SPD) milletvekili *Philipp Scheidemann*'ın 9 Kasım 1918'de Reichstag binasının balkonundan cumhuriyeti ilan etmesinden bir gün sonra, "Halk Komiserleri Konseyi" adı altında faaliyet gösterecek olan geçici bir icra heyeti oluşturulur.

"Ilımlı" devrimcilerden oluşan (29 Aralık tasfiyesi sonrası sadece SPD'nin sağ kanat çoğunluk grubu konseyde temsil edilecektir), *Friedrich Ebert* başkanlığındaki Halk Komiserleri Konseyi, devrim sırasında oluşturulan ve Rus Devrimi'nden mülhem "işçi ve asker sovyetlerinin" devlet iktidarını almasını reddeder ve bunun yerine parlamenter bir burjuva cumhuriyetinin kurulması amacıyla (Weimar'da toplanacak) kurucu meclis seçimlerinin 19 Ocak 1919'da yapılmasını kararlaştırır. Bu süre zarfında Weimar Cumhuriyeti'nin gelecekteki on yılının kaderini belirleyecek önemli bir gelişme yaşanır ve OHL'nin yeni kurmay başkanı General Groener ile geçici Halk Komiserleri Konseyi başkanı Ebert arasında siyasi-askeri bir ittifak kurulur. *Ebert-Groener ittifakı*nın[1] ilk politik başarısı,

1 Cumhuriyetin ilanından bir gün sonra buluşan Ebert ve General Groener "*kanunî* düzenin yeniden tesisi" konusunda aralarında anlaşırlar. Buna göre Groener, Ebert yönetimine ordunun sadakatini sunarken, olası bir sola yönelmeyi önleyebilmek için subayların birliklerdeki emir-komutasının yeniden sağlanmasına yardımcı olmasını Ebert'ten talep eder. Bkz. Eberhard Kolb, Die Weimarer Republik, genişletilmiş 6. baskı, Münih 2002, s. 13

Ocak 1919'da patlak veren Spartakistler Birliği (müstakbel Alman Komünist Partisi, KPD) isyanını[1] şiddet kullanarak bastırmak olur (15 Ocak 1919'da SPD'nin eski liderlerinden Rosa Luxemburg ve Karl Liebknecht SPD'li bir hükümetin emriyle cepheden getirilen "gönüllü inzibat ordusu" askerlerince öldürülecektir). Halk Komiserleri Konseyinin, bu diktatoryal edimi marifetiyle, müstakbel Weimar Cumhuriyeti'nin ilk "siyasi düşmanı" da fiilen belirlenmiş olur: *Bolşevizm*[2]. Ancak, –geçici dahi olsa– bu düşman ezildikten sonra bir anayasa yazılabilirdi ve öyle de oldu.

Ebert-Groener ittifakının askeri-politik gücüne yaslanan Kurucu Meclis iktidarı, bir yandan Fransız Başbakanı Clemenceau'nun yeniden savaş başlatma tehdidi karşısında Alman milli egemenliğini "utanç verici" bir biçimde galip devletler lehinde sınırlayan şartları ve ağır savaş borçları öngören Versay Antlaşması'nı onaylamaya icbar edilirken, diğer yandan merkez sağ ve sol partiler arasındaki bir uzlaşmayı esas alacak bir anayasayı kaleme almaya çalışır. Sosyal Demokrat Parti, daha solunda yer alan Bağımsız Sosyal Demokrat Parti (USPD) yerine orduyla olan ittifakını perçinleyecek bir biçimde, merkez sağ-liberal partiler bloğuyla bir koalisyon oluşturmayı (*Weimar Koalisyonu*) tercih etmişti. Fakat bu birlikteliğin anayasa yazım sürecine tutarlı bir yansıması olmadı. Devletin adından, bayrağın şekline, devletin federal veya üniter inşası meselesine kadar birçok temel sorun dahi birbirlerine taban tabana zıt partilerin ancak karşılıklı tavizleriyle ve zor bulunabilen ara çözümler vasıtasıyla aşılabiliyordu.[3] Bu bağlamda

1 İsyan, 9 Kasım 1918'de Berlin Emniyet Müdürlüğü'ne getirilen savaş karşıtı *Emil Eichhorn*'un Ebert hükümeti tarafından 4 Ocak 1919'da görevden alınmak istenmesi üzerine başlar. Bkz. Pierre Broué, Die deutsche Revolution (1918-1923), Berlin 1973, s. 49.

2 Bkz. Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 3. cilt, Münih 2002, s. 90.

3 Anılan eksikliklerine rağmen zaman içinde anayasal yapının istikrar kazanabileceğini belirten Stolleis, ancak Weimar koşullarında "buna yetecek zamanın" olmadığını da hatırlatıyor. Bkz. Stolleis, age, 3. cilt, s. 80-86.

Schmitt'in Anayasa'nın ikinci kısmına dair genel eleştirileri bir kenarda dursun (KM s. 45 vd.), anılan kısmın bazı hükümlerinin sadece temenni normları olarak kalacağı, başka bir ifadeyle parlamenter fraksiyonların o ana kadar sahip oldukları parti programlarının uyumlulaştırılmamış bir uzlaşısı olarak gerçek bir tatbikata kavuşamayacağı da tahmin edilebilirdi.[1] Tüm bu nazik politik dengeyi ayakta tutacak olan siyasi güçler ise, bir yanda elinde "işçi sınıfının genel temsilini" –yeri geldiğinde Bolşevizm'e karşı da– güçlü biçimde muhafaza eden Sosyal Demokrat Parti, diğer yanda ise artık sadece bir "iç savaş ordusu" olarak budanmış bulunan *Reichswehr*, yani Cumhuriyet'in "sadakatsiz" yeni ordusuydu. Cumhuriyet'i sağdan yıkmaya yönelen ilk ciddi teşebbüs olan 1920 *Kapp-Lüttwitz Darbesi* sırasında ordunun uzunca bir müddet karşı müdahalede bulunmaktan kaçınması ve ancak sendikaların kendiliğinden başlattıkları genel grev[2] neticesinde harekete geçmek zorun-

1 Devrimci ve sol kanat sosyal demokrasiyi temsil eden USPD'nin anayasal talepleri (örn. kızıl bayrağın devlet bayrağı olmasından üniter bir cumhuriyetin ilanına kadar) anayasa metnine girememişti. Buna mukabil sağ sosyal demokrat SPD de, her koşulda başkanlığını yürüttüğü koalisyon hükümetinin devamını sağlamaktan ve istikrar kazanmış gerçek bir anayasa politikasının bulunmamasından ötürü sol liberal anayasal programlara kendini tâbi kılıyordu. Buna mukabil Kasım Devrimi'nin araçlarından biri olan "işçi sovyetleri", gerçek bir iktidar organı olmaktan uzak bir biçimde olsa da, esas teşkilat yapısına dâhil olabiliyordu. Bkz. Kolb, age, s. 20-21. Sol, "işçi sovyetlerinin" Anayasa'daki varlığını bir "mevzi" olarak takdim ederek bunları hukuken tahkim etmeye çalışıyordu. Bu "tahkimat mevzilerinin" Anayasa'daki mevcudiyetine karşı, bkz. KM, s. 46.

2 Ordunun hareketsizliği üzerine Ebert hükümeti önce Dresden'e, oradaki garnizonun tutuklama tehdidinde bulunması üzerine buradan da Stuttgart'a kaçtığında, Alman işçi sınıfının en muhafazakâr ve sağ sosyal demokrat eğilimli sendikacısı *Karl Legien*, şaşırtıcı bir hız ve kararlılıkla inisiyatifi eline alır. Legien, Kapp-Lüttwitz darbesinin sadece Cumhuriyet'i değil Alman işçi sınıfını da hedef aldığının bilinciyle, işçi sınıfının tüm fraksiyonlarını bir araya getiren bir komite oluşturarak, Almanya'daki hayatı felç eder. Genel grevin dördüncü gününde darbeciler yurtdışına kaçmak zorunda kaldıklarında, "işçi sınıfının diktatörü" olarak anılmaya başlanan Legien, Weimar Cumhuriyeti'nin sağdan yıkılmasını engellemiş olacaktır. Bkz. Broué, age, s. 74-76.

da kalması[1] da, bu sadakatsiz tutumun bariz bir göstergesiydi. Böylece Alman işçi sınıfı, ancak Kasım Devrimi'nin bir kazanımı olarak gördüğü Cumhuriyet'i müdafaa etme kararlılığını gösterdiğinde ordunun da buna destek olmak mecburiyetinde kalacağını, tarihin o anı bakımından ispat etmiş oldu. Bu gerçek, aynı zamanda Weimar'ın gelecekteki kaderini de ifade ediyordu.

Weimar Cumhuriyeti'nin 1933'te fiilen sonlanmasına kadar, askeri-sivil Prusya bürokrasisinin –geniş anlamda– bir temsilcisi ve mensubu olarak kalan Carl Schmitt'in 1932 Temmuzu'nda tamamladığı *Kanunilik ve Meşruiyet* adlı incelemesi, yukarıda aktarmaya çalıştığımız anayasal-siyasal kuruluş dengesinin çok uzağında bir politik durum altında kaleme alınmıştır. Geçen zaman zarfında yaşanan değişimi, birtakım önemli "siyasi davalar" üzerinden kısaca anlamlandırabiliriz. Bunlardan ilkiyle doğrudan Ebert muhatap olur. Devlet başkanı Ebert'i Savaş sırasındaki grevlere müsaade etmiş olmasından ötürü "Alman ordusunu arkadan hançerleyerek vatana ihanet etmekle" itham eden aşırı sağcı bir gazetenin editörünü 23 Aralık 1924 tarihli kararıyla mahkûm eden Magdeburg Ceza Mahkemesi, hüküm gerekçesinde "failin devlet başkanına maddi fiil isnat etmediğini, sadece şeklen hakaret ettiğini, zira Ebert'in eylemlerinin 'objektif olarak vatana ihanet' sayılması gerektiğinden" söz eder.[2] Bu sansasyonel yargı kararı, SPD aleyhinde başlatılacak büyük bir adlî-siyasî kampanyanın[3]

1 Genel grev karşısında, askeri bürokrasiden önce yüksek sivil bürokrasinin mevcut Sosyal Demokrat hükûmetin lehinde tutum almış olması dikkat çekicidir. Karş. Kolb, age, s. 40-41.

2 Kolb, age, s. 83-84.

3 Hindenburg'un devlet başkanlığına seçilmesinin ardından SPD aleyhinde yürütülen "vatan hainliği" kampanyası hızlanır. 19 Ekim-20 Kasım 1925 tarihleri arasında muhakemesi yapılan meşhur "Münih Hançer Efsanesi" davasında, –SPD "lehinde" tanıklık eden General Groener de dâhil olmak üzere– "lehte" ve "aleyhte" 25 tanığı ve 6 bilirkişiyi dinleyen mahkeme, "savaşın sonuna doğru sosyal demokratların yıkıcı eylemlerinin savaşın seyrini değiştirdiğini" hükme bağlar. Böylece mahkemeler sadece tarihi bir konu üzerinde karar vermekle kalmazlar; aşırı

habercisi olduğu gibi, Ebert-Groener ittifakına dayanan eski dengenin de sonlandığını belirtiyordu. Bundan iki ay sonra ölen Ebert'in yerine seçilen "Tannenberg kahramanı" Mareşal Hindenburg ile birlikte, olağanüstü hal kararnamesi çıkarma yetkisiyle mücehhez devlet başkanlığı makamı, *pek* Cumhuriyet dostu *sayılamayacak* monarşist eğilimli-muhafazakâr bir generalin eline geçiyordu. Fakat Hindenburg'un devlet başkanı olmasıyla beraber geleneksel bürokrasi, Kasım Devrimi'nin izlerini baskın biçimde taşıyan Weimar Cumhuriyeti'ne "tahammül etmek" dışında da alternatiflerinin pekâlâ mümkün olabileceğini ve "devlet düşmanı" kategorisinin yeni şartlar altında yeniden yorumlanabileceğini düşünmeye başlar. Yeni duruma önce ordu uyum sağlayacaktır.[1] 1929'dan sonra ağırlaşan ekonomik ve siyasi kriz içinde Hindenburg ve onun etrafında kümelenen devlet bürokrasisi, kararnameleri sadece bir tedbir olarak uygulamakla kalmazlar, bunları çoğulcu partiler rejiminin kararsızlığı altındaki parlamentoyu atlayan bir "normlaştırma" enstrümanına dönüştürürler.[2] Bu esnada başka bir siyasi davada, Nazi Partisi'nin (NSDAP) "reisi" Adolf Hitler meşhur "kanunilik yeminini" verir. Nazi sempatizanı iki subay hakkında yapılan temyiz yargılaması sırasında Yüksek Mahkeme, NSDAP'nin anayasa düşmanı olup olmadığını sorgularken, partisinin ve kendinin *kanunilik zemini* üzerinde "kaya gibi" durduğunu söyleyen Hitler tanık sıfatıyla şu ifadeyi verir: "*Mevcut devlet içinde Nasyonal Sosyalist hareket, anayasaya uygun araçlarla hedefe ulaşmaya çalışacaktır. Ana-*

---

sağın, SPD dâhil tüm solu kriminalize etmek isteyen (örn. Hitler'in "kasım suçluları" ithamına) demagojisine de "hukukî" bir dayanak sunarlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Irmtraund Permooser, "*Der Dolchstoßprozeß in München*", ZBLG 59 (1996), s. 918 ve 925.

1 Hindenburg'un devlet başkanı olmasından sonra, Ebert döneminde Savunma Bakanlığı bünyesinde "icat edilmiş" olan bazı "askeri-idari makamlar" hızla önemsizleştirilecektir. Bkz. Förster, age, s. 5.

2 Bunu parlamenter yasama devleti ve onun kanunundan, devlet başkanının meşruiyet halesine sığınmış bir bürokrasinin tedbirleriyle hareket eden bir idare devletine dönüş olarak gören Schmitt'in değerlendirmeleri için bilhassa bkz. KM, s. 83 vd.

yasa bize hedef dayatmıyor, sadece yöntemleri belirliyor. Başarıya ulaştığımız an geldiğinde devleti bizim fikirlerimize karşılık gelen bir içerikle doldurmak için, anayasaya uygun usullerle yasama organlarında tayin edici çoğunlukları elde etmeye uğraşacağız."[1] Bu "tanık beyanı" Nazi sempatizanı subayların mahkûmiyetine engel olamasa da, bazı burjuva çevrelerde "ılımlılığından" ötürü Hitler'e karşı bir sıcaklık yaratır. Ancak adlî, askerî ve idarî bürokrasi, henüz Hitler dostu değildir. Zira bu "kanunilik yemininden" on bir gün önce yapılan Reichstag seçimlerinde[2] her ne kadar NSDAP oylarını % 2,6'dan % 18,3'e yükseltmiş olsa da, SPD ve KPD'nin toplam oyları % 37,6 etmekteydi. Dolayısıyla hâlâ, herkesin birbirine "tahammül etmeye" devam etmesi gereken zamanlar söz konusuydu.

Bu sefer SPD, 1930 Reichstag seçiminden sonra oluşan "cumhuriyet düşmanı" parlamenter tablo karşısında "ehvenişer" olarak gördüğü bir başkanlık kabinesine "tahammül etme" siyasetini sürdürür ve Almanya hükûmet kararnameleriyle idare edilmeye başlanır. Parlamenter demokrasiyi krize sokarak siyaseten yükselmeyi hedefleyen NSDAP, bu kez ilgisini sosyal demokratların kalesi sayılan Prusya Eyalet Meclisi'ne

1 Hitler'in 25 Eylül 1930 tarihli tanık beyanı için bkz. Paul Bruppacher, Adolf Hitler und die Geschichte der NSDAP, I. Kısım, genişletilmiş ve düzeltilmiş 3. baskı, Norderstedt 2014, s. 226. Ayrıca "her türden hedefe yasal yollardan ulaşmak" ve Nazilerin kanuniliği ve kanundışılığı hakkında bkz. KM, s. 57.

2 Bu seçime, Reichstag çoğunluğunun reddetmiş olduğu bir kanun tasarısını, Brüning hükümetinin "olağanüstü hükümet kararnamesi" vasıtasıyla tekrar yürürlüğe koyma çabasına karşı, Reichstag çoğunluğunun bu kararnameyi de yürürlükten kaldırması üzerine gidilmiştir. Reddedilen bir kanun tasarısının hükümet kararnamesi vasıtasıyla –yani o anki anayasa hukuku öğretisine göre de Anayasa dolanılarak– yürürlüğe sokulması girişimi, Weimar tarihinde ilk kez yaşanıyordu. Bkz. Kolb, age, s. 133. Bu seçimlerden en kazançlı çıkan parti, yaklaşık on altı puan artışla NSDAP, onu takiben iki buçuk puanlık artışla da KPD olmuştur. Parlamenter sistemin her krizi, bunu reddeden partilerin güçlenmesiyle sonuçlanıyordu. Bu seçimlerden sonra SPD'nin parlamenter taktiği, çoğunluğa sahip olmayan Brüning hükümetine güvensizlik oyu vermemek ve bunun kararnameler yoluyla icrada bulunmasına "tahammül etmek" olmuştur. Bu durumun değerlendirilmesi için bkz. KM, s. 118.

yöneltir ve bir halk teşebbüsü marifetiyle meclis seçiminin yenilenmesi amacıyla halkoylaması tertipletir. Bu halkoylaması, hem Naziler ve diğer aşırı sağ gruplar tarafından, hem de sosyal demokrasiyi "sosyal faşist" ilan ederek Nazilerle aynılaştıran KPD tarafından desteklenmesine rağmen, şaşırtıcı bir biçimde başarısız kalacaktır.[1] Yaklaşan devlet başkanlığı seçimlerindeki olası bir mağlubiyetten çekinen şansölye Brüning'in bir anayasa değişikliği marifetiyle Hindenburg'un görev süresini uzatma girişimi sonuçsuz kalınca, yapılacak devlet başkanlığı seçimini Hitler karşısında yarışan Hindenburg ikinci turda kazanır; fakat bu sefer SPD, "ehvenişer" politikasının gereği olarak 1925'te karşısında yer aldığı Hindenburg'u destekleyecektir.[2] Hızla değişen politik durum karşısında SPD, 85 yaşındaki mareşalin şahsında artık cumhuriyetin ve anayasanın bir "muhafızını" görür hale gelmiştir.

Sokağa hükmetmeye başlayan Nazileri bir tehlike olarak addeden, sosyal demokratların "tahammül ettikleri" Brüning hükûmeti, kendi politik sonunu getirecek bir teşebbüste bulunmaya karar verir. Böylece devlet başkanı Hindenburg, şansölye Brüning ve 1928'den bu yana savunma bakanlığı görevini üstlenmiş olan General Groener'in girişimiyle hazırlanan[3]

1 Stalinist "sosyal faşizm teorisinin" güdümündeki KPD'nin "kızıl referandum" adı altında meşrulaştırmaya çalıştığı girişimi eleştiren *Troçki*, ısrarla iki işçi partisinin (SPD ve KPD) faşizme karşı birleşik bir cephede bir araya gelmelerinin gereğini savunacaktır; bkz. Leon Troçki, Faşizme Karşı Mücadele, çev. Orhan Koçak/Orhan Dilber, 2. bası, İstanbul 1993, s. 93 vd. Troçki'nin makalelerinden oluşan bu eser, Weimar ve Nazizm tecrübelerine dair canlı bir tarihsel kaynak olmayı sürdürüyor.

2 Bkz. Kolb, age, s. 139.

3 Bu yasaklama girişimini pekâlâ –sonradan bir "uysallaştırma" politikası olarak anılacak olan– ordu ve bürokrasinin, Nazileri *devletçilleştirme* taktiğinin ilk aşaması olarak görebiliriz. Zira Förster'in aktardığına göre, Brüning'in ricası üzerine Groener, bu yasaklama kararından çok önce Hitler ile baş başa görüşmüş ve bu görüşmenin sonrasında şansölyeye "aslında birçok konuda Hitler'le mutabık kalınabileceğini" söylemiştir; bkz. Förster, age, s. 16. Ancak bürokrasinin içinde baş gösteren bu "uysallaştırma" eğilimini, doğrudan –sübjektif anlamda da– Nazizm'e iktidar yolunu açma girişimi olarak görmemek gerekir; bu yasaklama kararı, *o an için* askeri yüksek bürokrasi nezdinde hâlâ daha bir güvenlik meselesidir.

13 Nisan 1932 tarihli Devlet Otoritesini Temin Kararnamesi'ni imzalar; buna göre NSDAP'nin tüm yan kuruluşları ve paramiliter organizasyonları *yasadışı* ilan edilir (KM, s. 88)[1]. Ancak Hindenburg'un kerhen imzaladığı bu kararname devlet içinde ters bir tepki yaratacak, önce sosyal demokratlarla uyumlu çalışmasıyla bilinen savunma bakanı Groener'in azline, daha sonra da Brüning'in kabinesi yerine Haziran ayı başında *von Papen* başkanlığındaki sağ bonapartist bir başkanlık hükûmetinin oluşturulmasına neden olacaktır.[2] Vurgunun sağa kaydığı bu yeni durumda şüphesiz ki, Almanya'nın yeniden silahlandırılması ve muhtemel bir savaşa "topyekûn *siyasi seferberlik* koşulları altında" hazırlanılması gerektiğini planlayan ordunun tercihleri tayin edici rol oynamıştır.[3] Zira 20'li yılların ortalarından itibaren Avrupa'nın her yerinde "bir sonraki" savaşa hazırlanılırken, Alman kurmayı da Versay Antlaşması'na göre büyüklüğü tahdit edilmiş mevcut "100 binlik" *Reichswehr* ile bu savaşın yaratacağı gereklerin üstesinden gelinemeyeceğini ve ancak halkın "Büyük Savaş'takinden" çok daha fazla *politize* edilmesiyle muzaffer olunabileceğini düşünüyordu.[4] Şüphe yok ki bu durum, "siyasal olanın tehlikeye girmesine karşı hazır ve bu süreci idare etmeye yetenekli" olan "siyasi bir elitin" imtihan edileceği an geldiğinde (KM, s. 16) vereceği bir *kararı*

1 Bkz. Kolb, age, s. 140.

2 Gönülsüz bir biçimde SA'ların yasaklanmasını kararlaştıran Hindenburg, General *Kurt von Schleicher*'in araya girmesiyle, Reichstag seçimlerinin yenilenmesi sonrasındaki muhtemel yeni sandalye dağılımına göre oluşacak başkanlık hükûmetine artık SPD yerine yükselen NSDAP tarafından "tahammül gösterileceğini" öngören bir seçeneğe ikna edilmiştir; bkz. Andreas Wirsching, Die Weimarer Republik, genişletilmiş 2. baskı, Münih 2008, s. 37-38.

3 Asker sayısının sınırlandırılmasının bir neticesi olarak, ordu yönetiminin ana planı, seferberlik anında silah altına alınacak kimseleri hızla savaşa hazırlayabilecek bir "önder-ordu" (*Führerheer*) olarak Reichswehr'in örgütlenmesiydi. Bu seferberlik planının altyapısının önceden sağlanabilmesi için, sivil hayatın militarize edilmesi ve seferberlik halinde halkın "tüm gücüyle" iştirak edeceği bir "kurtuluş savaşı" biçimi altında politize olması öngörülüyordu; bkz. Förster, age, s. 10-13.

4 Bkz. Müller, age, s. 261-163.

temel alıyordu; zira "siyasal mevcudiyetinin yarattığı zahmet ve tehlikeler karşısında ürken bir halk", "düşmanını tayin etmeyi" –yani egemenlik kullanımını– "başka bir halkın" eline teslim edecektir.[1]

Carl Schmitt'in 10 Temmuz 1932 tarihinde tamamladığı *Kanunilik ve Meşruiyet* yukarıda kısaca açıkladığımız siyasal gelişmeler sırasında kaleme alınmıştır. Ancak metnin sırrı, 20 Temmuz 1932'de açığa çıkacaktır. Karısına imzalayarak verdiği nüshanın kapağına Schmitt, bu tarihi not düşmüştür: "20 Temmuz 1932'nin hatırasına"!

Savunma bakanı vasıtasıyla federal ordu (*Reichswehr*) üzerinde tasarrufta bulunabilen devlet başkanının elinde sadece, Versay Antlaşması'na göre "sınırların muhafazası ve yurtiçi düzenin teminiyle" tevcih olunmuş kısıtlı bir silahlı güç vardı. Bununla beraber eyaletlerin elinde bulunan hatırı sayılır sayıdaki *polis kuvveti* doğrudan eyalet hükûmetlerine bağlıydı[2] ve federal hükûmet bunlar üzerinde tasarrufta bulunamıyordu. Reich'ın en büyük eyaleti olan Prusya'da ise bu polis gücü, Nisan 1932'de yapılan eyalet meclisi seçimlerinde Nazilerin oylarını % 1,84'ten (1928) % 37'e çıkarmalarına rağmen parlamenter çoğunluğu elde edememiş olmalarından ötürü, halen görevde bulunan SPD'li *Otto Braun*'un başkanlığındaki geçici hükûmete tabiydi. Ayrıca SPD ve onun içinde yer aldığı Prusya hükûmetleri, Kasım Devrimi'nin ilk günlerinden beri eyalet polis teşkilatının inşasını gerçekleştiren ve onu yöneten örgüttü. "Ulusun yeniden militarizasyonunu" hedefleyen bir rejimin "utanç kaynağı Versay düzenine" sadık bir partinin elindeki ikinci bir silahlı güce *tahammülü* söz konusu olamazdı ve 20 Temmuz 1932 tarihinde "Prusya Darbesi" olarak anılacak olan teşebbüste bulunmaktan devlet başkanı Hindenburg'u ve onun tayin ettiği von Papen Hükümeti'ni alıkoyacak hiçbir şey yoktu.

1 Bkz. Carl Schmitt, Begriff des Politischen, Münih ve Leipzig 1932, s. 40.
2 Bkz. Förster, age, s. 5.

15 Haziran 1932'de kanundışılık statüsü kaldırılan NSDAP'nin paramiliter örgütleri 17 Temmuz 1932'de Hamburg'un işçi mahallesi Altona'da yoğun silahlı çatışmaların yaşanacağı bir provokasyon (Altona Kanlı Pazarı) tertipler. Bunu gerekçe gösteren Hindenburg, 20 Temmuz 1932 tarihli devlet başkanlığı kararnamesine dayanarak, şansölye von Papen'i Prusya Eyaleti'nde bozulan anayasal düzeni yeniden tesis etmek üzere *federal hükûmet komiseri* olarak tayin eder (Schmitt'in *icra komiseri* için bkz. KM, s. 86-96). Aynı gün yayınlanan ikinci bir olağanüstü hal kararnamesiyle, temel haklar askıya alınır, gösterilebilecek muhtemel tüm direniş kanundışı ilan edilir ve yaklaşık bir sene evvel hazırlanmış olan detaylı bir müdahale planına uygun olarak icraî yetkiler federal savunma bakanlığına bağlı sıkıyönetim komutanlığına geçer.[1] Aktif veya pasif herhangi bir direniş ihtimalini iç savaşa sebep olmak olarak yorumlayan SPD yönetimi, meseleyi sadece Alman Federal Devlet Mahkemesi'ne taşımaya karar verir.[2] Carl Schmitt, mahkemede federal hükûmeti temsil edecek hukukçular heyeti içinde yer alacaktır.[3]

---

1 Böylece 1 Mart 1924 tarihi itibarıyla Ebert döneminde kaldırılan sıkıyönetim, sekiz yıl sonra ilk defa Büyük Berlin ve Brandenburg idari çevreleri bakımından ilan ediliyordu. Sıkıyönetim, 8 Haziran 1931 tarihinde hazırlanmış bulunan "iç karışıklıklara müdahale talimatnamesinin" öngördüğü biçimde icra edilir; bkz. Förster, age, s. 8.

2 *Julius Leber* gibi genç partililer aktif mukavemet gösterilmesi gerektiğini savunmalarına rağmen, parti yönetimi kararlı bir biçimde bu teklifleri geri çevirecektir; bkz. Wirsching, age, s. 114. KPD ile SPD'nin Prusya Eyalet Meclisi'ndeki toplam sandalye sayısı Nazilere denkti, başka bir ifadeyle Prusya hâlâ daha "kızıl"dı. Ancak KPD, ne faşistlerin başka bir türü olarak gördüğü sosyal demokratlarla ("sosyal faşistlerle") işbirliğini, ne de onların "burjuva cumhuriyetini kurtarmayı" düşünüyordu. Bu şartlar altında Prusya Darbesi'ne karşı KPD'nin yapmış olduğu genel grev çağrısı tamamen fiyaskoyla neticelenir.

3 Prusya vs. Reich davasında Mahkeme, devlet başkanının Anayasa m. 48/f.2'den kaynaklanan yetkisine dayanarak Prusya hükümetini geçici olarak görevden almasını ve diktatoryal tedbirlerle mücehhez bir hükümet komiseri tayin etmesini anayasaya uygun bulurken, Prusya'nın federal düzeydeki temsilinin ortadan kaldırılmasını anayasaya aykırı bulacaktır; bkz. Carl Schmitt, "*Das Problem der Legalität (1950)*", Ver-

"Kızılların" elindeki son kaleyi de düşürecek olan Prusya Darbesi; askeri, siyasi –ve tabiî ki– hukukî bir planın önceden hazırlanmasını gerektiriyordu. Bunun hukuk teorisini hazırlayanların başında Carl Schmitt gelir. Prusya Darbesi'nin seneidevriyesinde ve Hitler'in şansölyeliği altındaki bir zamanda NSDAP'nin resmi yayın organı olan "Westdeutscher Beobachter"e verdiği beyanda Schmitt, iftiharla sözünü ettiği Prusya Darbesi'nin aynı zamanda yükselen Nasyonal Sosyalist hareketin kamu hukuku sahasındaki ilk başarısı olduğunu söylemekten çekinmez: "...bu hareket olmasaydı, bu darbe mümkün olamayacaktı."[1] 10 Temmuz 1932 tarihinde hazırlandığı vurgulanan *Kanunilik ve Meşruiyet*, Prusya Darbesi'nin yaratabileceği hukukî meseleleri ya doğrudan ya da dolaylı olarak işler. Schmitt, "yasal iktidar sahipliğinin büyük ödüllerine" somut bir örnek olarak SPD kontrolündeki Prusya Eyalet Meclisi'nin 12 Nisan 1932'de almış olduğu bir içtüzük değişikliği kararını gösterir (KM, s. 42). Eyaletlerin çoğulcu partiler rejimi altında aciz kalan bürokrasisine nispetle, ordunun ve federal bürokrasinin devlet başkanının plebisiter meşruiyeti altında kendine bir anlam bulabildiğini (KM, s. 16-17) iddia eder. Asıl kritik olan ise, devlet başkanının olağandışı kanun koyuculuğunun sınırları hakkındaki mütalaasında saklıdır. Burada diktatoryal yetkilerinin kullanımı sırasında, devlet başkanının veya görevlendireceği icra komiserinin herhangi bir anayasal sınırlamaya tabi kılınamayacağını savunur. Zira eyaletlerin kanunilik sahalarına da müdahalede bulunulmak isteniyordur. Kısacası Schmitt, Weimar Anayasası'nın 48.

---

fassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, s. 450. Schmitt, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra kaleme aldığı bu kısa makalesinde, Mahkeme'nin bu kararının "Hindenburg gibi bir adamı" muhtemel yeni davalarla tehdit ederek kendi yörüngesine oturtmak isteyecek Hitler'in en büyük silahı olduğunu belirtiyor. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu makale okuyucusu nezdinde, hem yazarın kendi hem de Alman bürokrasisi adına gerçekleştirdiği, kısmen şahsî ve zümrevî bir 'günah çıkarma', kısmense tarihsel bir 'gerekçelendirme' girişimi intibaını uyandırır.

1 Aktaran bkz. Hofmann, age, s. 83.

maddesinin öngördüğü diktatoryal yetkileri kullanacak icra komiserinin yine aynı Anayasa'nın 5. maddesinde açıkça ifade edilen "*eyaletlerle ilgili işlerde kamu gücü eyalet organlarınca ve eyalet anayasalarına göre kullanılır*" hükmüyle bağlı olmayacağını (KM, s. 92 vd.) vurgular. Son cümledeki hukukî görüş, hukuk içinden konuşan Prusya Darbesi'dir.

Kanunilik ve Meşruiyet'in, yukarıda anılan kısa erimli siyasi hedefinin yanı sıra, parlamenter yasama devletinin ve onun kendine has kapalı kanunilik sisteminin yaşadığı tarihsel deformasyonu sergilemesi bakımından da bir kıymeti olduğu şüphesizdir. Bu bağlamda total devlete dönüş eğilimi içinde "kanundan" "tedbire" geçiş sürecini tüm çıplaklığıyla ortaya sermesi ve devlet başkanında bulunacak meşruiyetin tarihsel anlamda tayin edici karakterini ifade etmesi, yüksek bir öngörünün ve belki bir arzunun "bilimsel" bir ifadesiydi. Ancak *Kanunilik ve Meşruiyet*, bir felaket kitabı olarak asıl etkisini "beklenen savaştan sonra" gösterecektir. Burada tartışılan konunun odağında yer alan "parlamenter basit veya nitelikli çoğunlukların" iktidarları ve bunların anayasal düzen bakımından merkeziliğinin niteliği meselesi, II. Dünya Savaşı'ndan sonra "yabancı" askeri güçlerin varlığı altında ama uzunca bir süre etkisi devam edecek biçimde tanzim edilebilmiştir. Savaş sonrasında baskın çıkacak "hukuk>kanun" denklemi, kanunilik ve meşruiyet kavramlarının da Savaş öncesine göre içeriklerinin değişmesine yol açmıştır.

Parlamenter çoğunlukları, II. Dünya Savaşı sonrasındaki askeri-siyasi bir tercihin *vesayeti* altında tutan hukuki yapılarıyla Avrupa hukuk dünyasının anayasal düzenleri arasına giren 1961 Anayasası'nın (ve onun çeşitli modifikasyonlarının) düzeni, Türkiye bakımından bugün artık aşırı hasar görmüş bir durumdadır. Uzunca bir süredir plebisiter meşruiyet üzerinden yıpratılmaya çalışılan kanunilik sistemi, "başkanlık sistemi" tartışmaları adı altında tüm anayasallığın ve geleneksel Türk yasama organı olan parlamentonun tasfiye edilme-

sine doğru sürükleniyor. Bu bağlamda 1932'nin *Kanunilik ve Meşruiyet*'inin ilgiyle takip edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Çeviri faaliyeti sırasında bilimsel desteğini esirgemeyen fakültemiz genel kamu hukuku anabilim dalı araştırma görevlisi Dr. İzzet Mert Ertan'a ve düzeltme okumasını gerçekleştiren fakültemiz anayasa hukuku anabilim dalı araştırma görevlisi Mısra Tan'a bu vesileyle teşekkürlerimi sunarım.

Dr. Mehmet Cemil Ozansü
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bu inceleme 10 Temmuz 1932'de tamamlanmıştır.

GİRİŞ

Diğer Devlet Türleri (Yargı, Hükûmet ve İdare Devletleri) Karşısında Yasama Devletinin Kanunilik Sistemi

"Kanunilik" ve "meşruiyet" kavramlarına dair açıklamalara başlarken, Alman Devleti'nin içinde bulunduğu bugünkü durum, anayasa ve kamu hukuku bakımından "parlamenter yasama devletinin bir tür çöküşü" olarak nitelendirildiğinde, bununla ancak meseleyi özetleyen, kısa ve teknik bir ifade dile getirilmiş olur. Burada iyimser ya da kötümser tahmin ve teşhislerle ilgilenilmez; aynı biçimde "bunalımlar" da, –ister biyolojik, tıbbî veya iktisadî olsun, isterse savaş sonrası bunalımı, güven bunalımı, durgunluk bunalımı, nekahet bunalımı, ergenlik bunalımı ya da her neyse onun bunalımı olsun– bahis konusu olmayacaktır. Bugünün kanunilik kavramına, buna bağlı olarak parlamenter yasama devletine ve savaş öncesi dönemden aktarılmış hukuksal pozitivizme dair tüm sorunsalı doğru biçimde kavrayabilmek için, iç siyasetteki mevcut durumu kamusal bağlamlarıyla göz önünde bulunduran anayasa ve kamu hukuku kavramlarına müracaat etmeye ihtiyaç vardır.

Bu incelemede "*yasama devleti*" olarak, belirli bir tür siyasi kamusal yapı tasvir ediliyor. Sözü edilen yapının ayırt edici özelliği, kamusal iradenin en yüksek ve tayin edici ifadesini *normlaştırmalar*da görmesinde saklıdır. Hukuk haline gelmeyi irade etmelerinden ötürü belirli nitelikleri haiz olması gere-

ken bu normlaştırmalar, söz konusu gerekliliğin icabı olarak diğer tüm kamusal işlevleri, faaliyet ve görev alanlarını kendilerine tâbi kılabilirler. 19. yüzyıldan bu yana Kıta Avrupası devletlerinde "hukuk devleti" sözünden anlaşılan şey, hakikatte sadece bir yasama devletidir, bilinen başka bir ifadeyle parlamenter yasama devleti. Parlamentonun üstün ve merkezî konumu, onun bir "yasama organı" olarak, anılan normlaştırmaları kanun koyucunun, yani "législateur"ün taşıdığı tüm itibarla tanzim etmesine dayanır.

Kanun ile kanunu icranın, kanun koyucu ile kanunu icra makamlarının birbirlerinden ayrıldığı yasama devleti; ölçülebilir ve belirlenebilir içeriğin, gayrişahsî olmasından ötürü *genellik* arz eden ve önceden belirlenmiş olmasından ötürü *süreklilik* arz etmesi planlanan normlaştırılmasının egemenliği altındaki bir devlet türüdür. "Egemen olan kanunlardır", insanlar, otoriteler ya da hükümdarlar değil. Daha net ifade edilirse: Kanunlar hüküm sürmez, yalnızca birer norm addedilirler. Hükümranlık ve yalın kuvvet artık asla var olamayacaktır. Kuvvet kullanmak ve hükümranlık sürmek isteyen, bunu "bir kanun temelinde" veya "kanun namına" yapar. Yürürlükteki bir normu kendi yetki dairesinde geçerli kılmaktan başka bir şey yapamaz. Kanunları, artık hükümran olmayan ve kendi kanunlarını bizzat geçerli kılmayan veya bunları kendi başına tatbik etmeyen, sadece geçerli normlaştırmaları tanzim eden bir kanun koyucu merci yapar. Kanuna tâbi olan kanunu icra makamları da ancak bundan sonra, bu normlaştırmalar namına devlet gücünü kullanmaya mezun olurlar. Yasama devletinin teşkilatlanması, daima kanun ile kanunu icranın, yasama ile yürütmenin birbirlerinden ayrılmasına neden olur. Bu, sadece teorik olarak kurgulanmış bir ayrım olmadığı gibi, insanların iktidar hırslarına karşı temellendirilmiş psikolojik bir tedbir de değildir. Bu, içinde kişilerin veya insanların hükümranlığı yerine normların geçerli olması gereken yasama devletinin en gerekli ve kurucu ilkesidir. Tüm devlet hayatının

temelinde yer alan "kanuna uygunluk prensibinin" nihaî ve esas anlamı, bundan böyle asla hükümranlık sürülmemesinde veya emredilmemesinde yatar; zira sadece gayrişahsî biçimde yürürlükte olan normlar geçerli kılınabilir. Böyle bir devlet biçiminin haklılığı, tüm devlet gücü kullanımlarını kapsayan *kanunilik*te saklıdır. Kapalı bir kanunilik sistemi, itaat talebini temellendirir ve bunu her türlü direnme hakkını bertaraf ederek haklılaştırır. Bu noktada hukukun karakteristik görünüş biçimi kanun, devlet zorunun karakteristik haklılığı ise kanuniliktir.

Tayin edici siyasi iradenin farklı biçim ve usullerde ortaya çıktığı başka kamusal yapılar da mevcuttur. *Yargı devletleri*nde norm koyan kanun koyucu yerine, hukuki bir çekişme hakkında karar veren *hâkim* son sözü söyler. Buna mukabil, her biri kendi karakteristik ifadesine göre, nihaî kararın bu karakteristik içinde somut olarak dile geldiği ve bu karakteristik aracılığıyla nihaî merciin –"dernier ressort"– meydana çıktığı, *hükûmet* veya *idare devletleri* olan başka siyasî yapılar da mevcuttur. Yargı devletinin tipik ifadesi; daha önceden belirlenmiş genel normlaştırmaların aracılığını gerektirmeden, içinde doğru hukukun, adaletin ve aklın vasıtasız biçimde ilan edildiği ve bunun sonucunda saf kanuniliğin normativizminde kendini tüketmemiş, *somut vakıaya dair verilen karar*dır. Yasama devletinin tipik ifadesi, önceden belirlenmiş, içeriği itibarıyla tayin edilebilir ve ölçülebilir, süreklik ve genellik arz eden normlaştırmadır; mahkeme kararı kendini bu normlaştırmaların saf bir uygulaması olarak takdim ederken, kamusal hayatın tamamı tipe uygun kapsam alanlarını mümkün kılan, kapalı bir kanunilik sistemi tarafından kuşatılacaktır. Hâkim, vasıtasız biçimde içtihatta bulunduğu ve bu suretle belirlediği hukuku norm koyan kanun koyucuya ve onun kanununa karşı dahi geçerli kıldığı müddetçe, yargı devleti pekâlâ bir "hukuk devleti" olarak görünür. Yasama devletinin diğer bir karşı kutbunda, karakteristik ifadesini hükümet eden bir dev-

let başkanının *yüksek şahsî iradesi*nde ve *otoriter emir*inde bulan *hükûmet devleti* yer alır. Bununla beraber içinde irade ve emrin otoriter ve kişisel biçimlerde ortaya çıkmadığı ve fakat bunların üstün normlaştırmaların saf bir uygulaması olmaktan ziyade sadece objektif düzenlemeler şeklinde vücuda geldiği bir başka devlet biçimi de düşünülebilir: *İdare devleti*. Bu devlette ne insanlar hükmeder ne de normlar daha üstün bir şey olarak addedilir; Friedrich Engels'in[1] meşhur tanımında ifade bulduğu üzere, "şeyler kendi kendilerini idare ederler". Bu muhtemelen bir ütopya olsa da, şu durumda yine de bir idare devletinin varlığı tahayyül edilebilir: Sadece meselenin esasına göre belirlenmiş, somut bir duruma odaklanmış, tamamıyla objektif-pratik *amaca uygunluk* bakış açısından türemiş *tedbir*de karakteristik ifadesini bulan bir idare devleti.

Fakat tarihsel gerçeklikte devamlı surette bağlantılar ve iç içe geçmeler ortaya çıkacaktır, zira yasama, yargı, hükûmet ve idare her siyasî kamusal yapıda bulunur. Hiçbir devlette sadece emir ve kumanda edilmez, aynı zamanda kanunî normlaştırmalar yapılır ve maslahata uygun tedbirlerle idarede bulunulur. Hatta –*Richard Thoma*'dan naklen (Handbuch des deutschen Staatsrechts, 2. cilt, s. 127)– her bir müstakil devlet faaliyetinde hem yasamadan, hem idareden, hem de içtihattan birer parça keşfedilebilir. Her şeyden evvel tüm bu unsurlar ve görünüş biçimleri egemenin kendinde tekrar birleşir: Egemen, en yüksek kanun koyucu, en yüksek hâkim, en yüksek amir olduğu gibi nihaî kanunilik kaynağı ve nihaî meşruiyet zeminidir. Zayıf devletlerde meşru bir hükümet, yasama organı kararlarının kanunilik tesirinden istifade etmeye istekli olacaktır; bir idare devletinin kendi siyasî tedbirlerini yaptırıma bağlayabilmek için yargıyı kullanması gibi. Buna rağmen, tayin edici iradenin ağırlık noktasının nerede bulunduğu ve farklı imkânlardan hangisinin ortalama ve normal mevcudiyet açısından orta noktayı teşkil ettiği, tayin edici an geldiğinde

1 Tamamlayıcı not: "Friedrich Engels'in" (A)

hangi türdeki âli iradenin esaslı ve müessir biçimde öne çıkacağı ve kamusal yapı bakımından tür belirleyici olacağı gibi hususlar genellikle tereddüte mahal bırakmaksızın teşhis edilebilirdir. Mamafih yüksek yargı, hükûmet, normlaştırma ve idare makamlarının, rüzgârda öylece salınmaları veya birbirlerine omuz vermeleri ya da birbirlerine girmeleri de pekâlâ mümkündür. Belki de böylesi durumlar, birçok farklı türden ve birbirlerinden bağımsız yüksek erkin geçici ara dönemlerdeki talihli bir dengesidir.

(Her biri kendi arasında tekrar farklılaşan) yargı, hükûmet ve idare devletlerinin meşruiyet biçimleri karşısında kendi kapalı kanunilik sistemiyle yasama devletinin oluşturduğu fark, kanımca devletin günümüzdeki durumunu tanımada geçmişte ortaya çıkmış ayrımlara göre (örneğin: Hükümdarın iktidarı ile zümre yoldaşlığı, otorite ile özgürlük, hukuk devleti ile diktatörlük vs. arasındaki karşıtlıklar üzerinden yapılan ayrımlara göre) daha verimli olacaktır. Çeşitli uyarlamalarıyla, gelenekselleşmiş bulunan monarşi, aristokrasi ve demokrasi şeklindeki üçlü ayrım da bu incelemede kullanılmayacaktır. Aristocu öğretinin çağdışı ve aşılmış olduğu iddiasından ötürü değil. Fakat bugün, kapalı bir kanunilik sistemine dair normativist varsayım, gerçekten mevcut ve hukuka uygun bir iradenin taşıdığı meşruiyetle bariz ve reddedilemez bir karşıtlık içine giriyor. Bugünün tayin edici karşıtlığı budur; yoksa hep müphem kalmış ve kafaları karıştırmış monarşi, aristokrasi, oligarşi veya demokrasi arasındaki karşıtlık değil. Ayrıca devlet biçimimiz bir dönüşüm içindedir ve (yüzyıl önceki "özgürlük" yerine şimdi) "plana" dair kaçınılmaz eğilimiyle içinde bulunulan an bakımından karakteristik özellik arz eden "total devlete dönüş", bugün için tipik bir idare devletine dönüş biçimi altında ortaya çıkar.[1] Her ne kadar yargıdan –anayasa, idari, disiplin, medeni ve ceza yargı(sı) olsun– ister aracı, ister denetçi fonksiyonlarıyla istifade etse de, tabiatı ge-

1 Buraya notlar ilave edilmiştir (A)

reği total devlet, bir idare devletidir. Bir "iktisat devletinin" de parlamenter yasama devleti olarak işlemesinin mümkün olamayacağı ve bunun idare devletine dönüşmek mecburiyetinde kalacağı, bugün neredeyse herkes tarafından bilinmektedir. Bu noktada başka bir soru ise, *her* devletin sahip olduğu cevherin, idari yapıya ne kadar taşınmış olduğu hakkındadır. *Lorenz von Stein*'ın belirttiği gibi, hem Platon'un "Devlet"i hem de Aristo'nun "Politika"sı "devletsiz ve dolayısıyla idari yapısı bulunmayan toplumlara dair öğretilerdir". *Max Weber*, bir "idari kadronun" varlığını siyasî teşekkül bakımından aslî bir unsur olarak mütalaa eder. Bizim tarihsel bilincimiz bakımından akla gelebilecek en anlamlı şey, 16. ve 17. yüzyıllarda devlet ile idare arasında oluşan sıkı bağdır. Bu bağ, Ortaçağ'ın sadece "hukuku muhafaza eden" (Fritz Kern'in kullandığı isabetli bir tabir) hukuk cemaatinden, iyi işleyen bürokratik aparatlarıyla "devletler" olarak karakteristik biçimde ayrışan siyasi kamusal yapıların meydana gelmesi sırasında oluşmuştur. Bu açıklamaların haricinde, kanun ile kanunu icrayı birbirinden ayırmasıyla parlamenter yasama devleti, söz konusu kanunu icra faaliyeti bakımından kanuna uygun işleyen, ancak kanuna tâbi olmasına rağmen yine de müstakil ve ayrıştırılabilen bir "yürütmenin" varlığını şart koşar. Fakat bu noktada mesele artık, içinde devletin idare aparatının yer aldığı karakteristik haklılaştırma sistemine gelir ki; bu, 17. ve 18. yüzyıllarda mutlak prensin hanedana dayanan meşruiyetiydi.

Durağan bir hukuki anlayışın ve istikrara kavuşmuş mülkiyet ilişkilerinin mevcut olduğu bir çağda, yargı devleti egemen olabilecek ve devletten ayrışmış bir yargı, devletten farklılaşmış, onun önüne geçen ve ona üstün tutulan hukukun koruyucusu ve bekçisi olarak nihaî kararları verecektir. Böyle bir kamusal yapı dâhilinde, bir "devletin" mevcudiyetinden söz etmek neredeyse imkânsız olur; zira bu durumda, politik bir birliğin yerini en azından varsayım gereği apolitik olan saf bir hukuk cemaatinin almış olduğu söylenebilir. Büyük değişimler ve

kökten dönüşümler çağında ne bir hükûmet devleti, ne bir idare devleti, ne de değişimin zamansal ölçeğine ve türüne nispetle bir parlamenter yasama devleti ortaya çıkabilir. Her ne kadar bu parlamenter yasama devletinin normlaştırmaları, ilişkilerin gelişimine ve hukuk güvenliğiyle ilerlemeyi bağdaştırmaya en yatkın yasal uyumu sağlayabilecek gibi gözükse de. Başka bir ifadeyle, her farklı devlet türü, birbirinden farklılık arz eden iç politika eğilimlerine tekabül eder. Her içtihat mekanizması bakımından sıklıkla öngörülen muhafazakârlık eğilimlerine uygun düşen bir tespitle; tutarlı biçimde işletilen ve muhakeme kararlarında zirveye ulaşan bir yargı devletinin, toplumsal *status quo*'nun ve imtiyazlı hakların muhafazası için en uygun araç olacağı genel olarak söylenebilir. İmtiyazlı hakları emniyet altına almayı kendi *ratio essendi*'si yapmış bu tür bir devletin (Aristocu manada ona içkin olan) kokuşmuş soysuzluk biçimini, herhalde en iyi şu veciz söz ifade edebilir: "Her şey arpalık, yeşermez hiçbir şey."* Hükûmet devleti veyahut idare devleti, ister devrimci isterse gerici olsun radikal değişimlerin ve kapsayıcı, planlı ve uzun bir vade için tasarlanmış yapıların aracı olmaya daha yatkındır. Yasama devleti ise, "ilerlemeyi" doğru kanunlar eliyle yasal-parlamenter yol üzerinde gerçekleştirmeye uğraşan, parti programlarıyla donanmış, reformist-revizyonist-evrimci bir dönemin tipik vasıtasıdır.

Yargı devletinin *ethos*'u, hâkimin aracısız bir biçimde hukuk ve adalet namına hüküm vermesinde ve adaletin bu biçimde normlaştırılması sırasında meslekten olmayan, siyasi ve sair kuvvetlerin hâkime herhangi bir müdahale ve dayatmada bulunamamalarında saklıdır. Bu basit bir ilkedir. Hukuk ve adalet, araya giren normlaştırmalar olmaksızın berrak bir içeriğe sahip oldukları ve sadece iktidar ve mülkiyet çıkarlarının aracına dönüşmedikleri müddetçe, bu ilke makul kalmayı sürdürecektir. Hükûmet devleti, büyük bir pathos'a nispetle

* Goethe'nin, çağının Alman entelektüelleriyle giriştiği edebî ve siyasî kalem kavgasını içeren, alaycı bir üslûpla yazılmış *Xenien*'ından bir beyit: "Alles ist Pfründe,// Und es lebt nichts mehr." –*çn*

daha az bir ethos'a sahiptir. Hükümet devletinin ilkesi, 17. ve 18. yüzyılların mutlak prensinin hükümdarlığı sırasında kullandığı, kendini ve çevresini kuşatan *majestas*, *splendor*, *excellentia*, *eminentia*, *honor* ve *gloria* gibi temsilî unvanlarda en bariz biçimde teşhis edilebilir. Bu, *gloire* ve *honneur*'ün sahip olduğu büyük pathos'tur, öyle ki I. Friedrich Wilhelm'in ve Büyük Friedrich'in idare devleti (Prusya) dahi bu unvanları kullanmaktan geri durmamıştı. Erken bir tarihte, 17. yüzyılda, bunun karşısına, *honneur*'e rakip bir karşıt kavram olarak cumhuriyetçi-demokrat *vertu* çıkar. *Vertu*, anılan temsilî niteliği saf dışı bırakmaya ve temsilin kendini içi boş bir "tiyatro" olarak ifşa etmeye uğraşır. Bunu da, prensin ve onun maiyetinin *temsili* [*Repräsentation*] karşısına, homojen halk kitlesinin demokratik olarak kendiyle özdeş *mevcudiyetini* [*Präsenz*] yerleştirerek gerçekleştirir. Bu olurken diğer bir yandan, hikmet sahibi ve aldatılamaz *législateur*'ü ve daima iyi ve adil *volonté générale*'iyle doğru hukuku doğru biçimde normlaştıran yasama devletinin karakteristik ethos'u da kullanıldı.[1] İdare devleti ise objektif gereklilik, meselenin esası, şartların gereği, zamanın icabı gibi, norm esaslı olmayıp durum esaslı olan benzer haklılaştırmalara referans verir. Buna göre idare devleti mevcudiyetinin ilkesel temellerini; amaca uygunlukta, faydalılıkta ve –normlaştırmaları esas alan yasama devletindeki norma uygunluğun karşıtı olarak– tedbirlerinin, düzenlemelerinin ve emirlerinin *maddi meseleye* doğrudan ve somut *uygunluğunda* bulur. Hem hükümet hem de idare devletleri, başka bir şeyin varlığına lüzum hissetmeksizin icra edilebilen veya takip edilmesi icap eden somut emirde, kendine özgü bir nitelik görürler. Yargı devletine eşlik eden duruşma nutuklarına ve hakeza parlamenter yasama devletinin sonu gelmez fikrî tartışmalarına son noktayı koyarlar ve derhal uygulanabilir talimatın desizyonizmi içinde, müspet bir hukukî değerin kendinde mevcudiyetini hemen idrak ederler. Burada geçerli olan şudur: "Dünyadaki en iyi şey, bir emirdir."

1 Buraya notlar ilave edilmiştir (A)

Rudolf Smend (Verfassung und Verfassungsrecht, s. 115), liberalizmin ve buna dayanan parlamentarizmin özgün bir pathos'a, "geçerli kılınacak" herhangi bir "değer iddiasına" sahip bulunmadığını ve bundan ötürü parlamentarizmin "kendini meşrulaştırmaya özgü bir gücünün" olmadığını; dahası, "uygun bir meşrulaştırma zemini bulmak için uğraşmasına da ihtiyacı olmadığını" düşünüyor. Tüm devlet faaliyetlerine dair, istisnasız biçimde kapalı bir kanunilik sistemi ve idealiyle parlamenter yasama devletinin gerçek anlamda özgün bir haklılaştırma sistemi geliştirmiş olduğu göz ardı edilemez. Yasama devletinde "*kanuniliğin*" tam olarak mana ve ödevi; hem (ister monarkın isterse plebisiter halk iradesinin olsun) *meşruiyeti*, hem de sadece kendine dayanan veya üstün her türlü *otoriteyi* ve *hükümdarlığı* lüzumsuz kılması ve reddetmesidir. Bu sistemde hâlâ "meşru" veya "otorite" gibi kelimeler kullanılıyor olsa dahi, bunlar ancak kanuniliğin veya bundan türeyenlerin bir ifadesi olarak mevcuttur. *Max Weber*'in sosyolojisinin (Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriß der Sozialökonomik III 1 s. 19) şu ilkeleri de benzer yönde anlaşılmalıdır: "Bu kanunilik, meşruiyet olarak addedilebilir" ya da "bugünün en yaygın kullanılan meşruiyet biçimi kanunilik inancıdır". Kanunilik meşruiyetin tam zıddı bir anlama sahip olmasına rağmen, burada kanunilik ve meşruiyetin her ikisi de, müşterek bir meşruiyet kavramına dayandırılıyor. Dolayısıyla *Otto Kirchheimer*'in kanunilik ve meşruiyet hakkındaki çalışmasında (Die Gesellschaft, Juli 1932) ortaya koyduğu formülü isabetli buluyorum: Parlamenter demokrasinin meşruiyeti "sadece onun kanuniliğinde mündemiçtir" ve bugün "yasal sınırlar bariz biçimde meşruiyetle eşdeğer tutuluyor".[1] Mamafih bugün kullanılan lisan öyle ileri gitmiştir ki; yasal olan, bir konuda meşru olanla karşıtlık içinde bulunan ve "salt biçimsel" bir şey olarak algılanıyor. Örnek olsun, parlamentonun feshi hakkında bugün hiçbir çelişkinin varlığını hissetmeden şun-

1 Buraya notlar ilave edilmiştir (B)

lar söylenebiliyor: Bu "kesinlikle yasaldır" ve fakat meselenin özünde bir darbedir veya tam tersi biçimde, meselenin özünde anayasal düzenin ruhuna uygundur ancak buna rağmen yasal değildir. Bu türden zıtlıklarda, özden ve bağlamdan yoksun kalmış bir biçimselciliğe ve işlevselciliğe ulaşan bir kanunilik sisteminin çöküşü belgelenir. Böyle bir son ancak, legalist kanun kavramının karakteristik pathos'undan ve bunun temel koşullarından ödün verilmiş olmasıyla izah edilebilir. Bu durumdan ötürü şu yanılsama da ortaya çıktı: Akla gelebilecek her şeyin, en radikal, en devrimci uğraşların, amaçların ve hareketlerin dahi, şiddete ve ihtilale başvurmaksızın hedeflerine ulaşabilecekleri yasal bir yol ve yasal bir usûl yaratılabilecekmiş; öyle bir usûl olacakmış ki bu, bir yandan düzeni takviye edecekmiş, diğer yandansa tamamen "değere tarafsız" bir biçimde işleyecekmiş.

Bu noktada kanunilik sisteminin kendine has rasyonalizmi, bariz biçimde tam tersine dönüşür. Parlamenter yasama devletinin bugünkü durumunu önemli ölçüde belirleyen bu süreç, ilerleyen bölümlerde daha yakından ve her bir vakıa üzerinde durularak açıklanacaktır. Tarihsel ve teorik boyutları bakımından kanunilik kavramının, parlamenter yasama devletinin ve buna özgü normativizm türünün hayati bir meselesi olduğu gerçeği dikkate alınmalıdır. Kanunilik kavramı, monarşist mutlakiyetçilik tarafından elde edilen statüyü, yani her türlü direnme hakkının bertaraf edilmesini ve koşulsuz itaati sağlayan "büyük hakkın" ihdasını iktibas eder. Fakat bunu, genellik arz eden ve önceden belirlenmiş normlaştırmalarıyla yarattığı kanunilik ve meşruiyet[1] ile takdis eder. Yargı devleti ve idare devleti ise, somut-güncel durumla doğrudan ve çok sıkı bir bağ içinde kalır ve böylece belirli somutlukta bir mevcudiyete sahip olur. Hükûmet devleti ise, liderinin şahsında veya yönetici heyetin itibarında, temsilin taşıdığı tüm niteliklere sahip olur. Buna mukabil yasama devleti, ona hâkim

1 Tamamlayıcı not: "ve meşruiyet" (A)

olan prensipler vasıtasıyla, yani genel, önceden belirlenmiş normlaştırmaların varlığı ve yasama devleti bakımından önem taşıyan kanun ile kanunu icra ayrımı, yasama ile yürütme ayrımı yoluyla tamamen bambaşka bir alana taşınır ve pek tabiî burada malum soyutluğun ıstırabını çeker. Yasama devletinin sahip olduğu normativizmin rasyonelliğine ve idealliğine dair inanç canlı kalabildiği müddetçe, –pek tabiî *idées générales*'e dair (tipik kartezyenik) bir inancı hâlâ yüksek tutmayı başarabilen çağlarda ve milletlerde– yasama devleti, tam da bundan ötürü daha yüksek ve daha ideal bir şey olarak belirir. Böylece binlerce yıllık bir ayrıma atıfta bulunabilir ve epey kadim bir ethos'u kendi bakımından geçerli kılabilir: Saf θεσμός karşısında νόμος*; saf *voluntas* karşısında *ratio*; kör ve kuralsız irade karşısında bilinç; tedbir ve emirlerin değişken durumlara bağlı saf amaca uygunluğu karşısında normlaştırılmış, öngörülebilir hukuk düşüncesi; duyguculuk ve pragmatizm karşısında aklı ifade eden rasyonalizm; faydacılık karşısında idealizm ve doğru hukuk; şartların gereği ve aciliyeti karşısında geçerlilik ve olması gereken. Yasama devletinin gözünde, tüm *gloire*'ı ve *honneur*'üyle temsilî hükûmet devleti pür bir zorbalık rejimi ve ahlaksızlık olarak, idare devleti norm ve ruh yoksunu bir diktatörlük olarak, Ortaçağ'ın yargı devletiyse feodal ve zümrevî imtiyazların ilerleme düşmanı vasıtası olarak belirir. Yasama devleti, meşrulaştırıcı ve coşturucu "kanun na-

* θεσμός (thesmos), sıradan kimselere nispetle *yüksek bir otorite* –örneğin tanrılar– tarafından koyulduğu kabul edilen kuralları tanımlar. Kadim dönemin kuralları ve bilhassa "Drakon ve Solon Yasaları" bu adla anılır. Buna mukabil νόμος (nomos), *eşit kimseler* arasında yapılan bir *sözleşmeden* doğan kurallara veya bu niteliği taşıyan yasalara/geleneklere verilen genel addır. Ancak yeni öğretide, θεσμός'un "yüksek bir otorite tarafından koyulmuş kural" olmak yerine, kadim dönemden aktarılmış, kaynağı efsanevî unsurlara dayanan "gelenek" kurallarını ifade ettiği, yani klasik dönemde dahi güncel anlamda bir tür "hukuk koyma" içeriğinin bulunmadığı iddia ediliyor. Fakat bu yeni yorum dahi, Schmitt'in kurgusundaki "binlerce yıllık bir ayrıma atıfta bulunmaya" dair vurguyu zayıflatmaz; zira burada zaten yasama devletinin idealize edilmiş referansları kastedilmektedir. –*çn*

mına" düsturunun diğer devlet türlerine aktarılamayacağına, en azından idare devletinin tedbir kavramıyla alakası olmadığına dikkat çekebilir. "Kanun önünde eşitliktekine" benzer bir "tedbir önünde eşitlikten" söz edilemez. Ayrıca "kanun namına" yerine, "amaca uygunluk namına" veya "objektif gereklilik namına" ya da "şartların gereği namına" içtihatta bulunamam, cezaya hükmedemem ya da otorite kullanamam. Mahkeme kararlarını kralın, milletin veya kanunun namı yerine "bir tedbirin namına" ilan ve bunu böylece infaz etmek ya da bir kimseden tedbirler üzerine yemin vermesini ve ondan anılan "tedbire sadık kalmasını" beklemek şüphesiz tuhaf bir durum yaratacaktır.

Hükûmetin elinde sadece teknik birer aparat olarak değerlendirildiklerinde, devletin *silahlı kuvvetleri* ve *bürokrasisi*, kendi başlarına ne özel bir kanunilik kaynağı ne de özel bir meşruiyet zemini olabilirler. Dolayısıyla bunlar, tabiatı gereği bir bürokrasi aparatının varlığına muhtaç olan idare devletini tek başlarına ayakta tutamazlar. Farklı devlet biçimleri ve türleri karşısında "bürokrasi" çoğu zaman, birbirinden farklı ve karşıt siyasi yönlerin hizmetinde olabilen saf teknik bir aracın tarafsızlığına sahiptir; "memuriyetten kaynaklanan imtiyazlı haklar" benzeri durumlarda bazı çekinceler söz konusu olsa bile bu böyledir. "Memur pekâlâ esnek olabilmelidir" der *Rudolf Smend* (Verfassung und Verfassungsrecht, s. 31). *Max Weber*'in sosyolojisindeki "bürokrasi" sözcüğü her şeyden önce, "değerden bağımsız" olduğu varsayılan bir kategori içinde, esasen kendi sorunsuz işleyişine odaklanmış bir memuriyet mekanizmasına ait teknik-rasyonel-değere tarafsız olanın meydana çıkarılması anlamına sahiptir. Her halükârda bu görüş tamamen, savaş öncesinin Alman Devleti'nde cereyan etmiş bir kalem kavgasına aittir. Ve Max Weber tarafından her şeye rağmen politik lider yetiştiren ve elitler yaratan bir araç olarak kabul edildiği malum olan parlamentoyla – pek isabetli olmayan biçimde– bir karşıtlık içine yerleştiril-

miş Alman bürokrasisinin, "siyasi olmayan ve teknik" bir şey olarak kabul edilmesine dayanır. Fransızcadaki "bürokrasi" tabiri, hakikaten araçsal bir niteliği karşılamaktadır. Fransız Cumhuriyeti'nin parlamentarizmi, ordunun ve memurlar zümresinin bizzat kendilerinde bulunan veya kendilerinin varlığından kaynaklanan herhangi bir kanunilik ya da meşruiyet dayanağına sahip olabileceklerine dönük her türlü düşünceyi imha etmeyi başarabilmişti. Aynı şekilde hem bir kraliyet ailesinin hanedan meşruiyetine dayalı bağlarını, hem de plebisiter-demokratik meşruiyetle kurulmuş Bonapartist teması temelden reddedebilmeyi de başarabilmişti.[1] Alman topraklarındaki 19. yüzyıl bürokrasisi ise, çok sayıda meşrutî monarşi arasında paylaşılmıştı. Bunun sonucu olarak, Alman halkının tamamının Reichstag'daki parlamenter temsiliyle, millî birliğin bütünü arasında bugüne dek doğrudan örgütsel bir münasebet kurulamamıştır. Meşrutî monarşinin anılan özgünlüğü, bürokrasinin aynı anda hem monarşinin meşruiyet dayanaklarını, hem de kanun koyucu bir devletin kanuniliğini muhafaza edebilmesine olanak vermişti. Fakat kısa bir süre önce (Halle'deki Kamu Hukukçuları Günü'nde, 1931) *Hans Gerber*'in işaret ettiği nokta gözden kaçırılamaz. H. Gerber'e göre, memuriyetin sağlam güvencelere bağlanmış hukukî statüsü olmaksızın "hukuk devletinin" bu türünün, yani yasama devletinin tahayyül edilmesi dahi mümkün olamayacaktır. H. Gerber'in benim de iştirak ettiğim bu isabetli görüşüyle şu tarihsel gerçekler dile getirilmiş oluyor: Bürokrasi, herhangi bir sistemin elinde "işleyen" sade bir "aparat" olmaktan daha fazlası da olabilir; kelimenin devlet sosyolojisindeki anlamıyla otorite ve meşruiyet yaratan, hakiki bir *elite* ait çok daha fazla umde, istikrar sahibi olan ve kamusal çıkarın idrakiyle görevlendirilmiş meslekten kadrolarca üstlenilebilir; bu kadroların başlıca *nitelikleri* şunlardır: Para ve kazanç için çabalayan dünyadan ayrılmış olmak, yolsuzluğa kapalı olmak, eğitim,

1 Buraya notlar ilave edilmiştir (B)

görev bilinci ve sadakat –ayrıca kendi içinden yapacağı bir kooptasyona yönelik malum sönük eğilimler. Eğer şu üç koşul –istikrar, nitelik ve kooptasyon– devleti sırtlanmış siyasi bir elitin alâmetiyse, 19. yüzyılın Alman bürokrasisi Alman devlet hayatının elit benzeri bir unsuru olarak değerlendirilebilir. Ancak bu bürokrasinin, her siyasi elit bakımından tayin edici olan niteliği, yani siyasal olanın *tehlike*ye girmesi durumuna karşı hazırlıklı olması ve bu durumu idare etmeye kabiliyetli olması, doğrudan doğruya hiç tecrübe edilmemiştir.

Meşrutî monarşinin hanedana dayanan meşruiyetinin ortadan kalkmasından sonra, (Alman halkının demilitarizasyonu ve silahtan arındırılması sonrasında artık eski anlamıyla bir ordu olmayan) Alman silahlı kuvvetleri ve devlet bürokrasisi (bilhassa yeni oluşturulan mali bürokrasi) Alman halkı tarafından seçilen devlet başkanının plebisiter meşruiyetinde yeni bir zemine kavuşma imkânını bulabilmiştir. Buna mukabil anılan dayanaktan yoksun olmasından ötürü eyalet bürokrasisi, çoğulcu partiler devletinin kuvvetleri tarafından geniş ölçekte işgal edilmiştir. Dahası, günümüzün Alman eyaletlerinin yetkili oldukları yerel yasama alanı ve bununla beraber parlamenter yasama devletinin oturduğu çerçeve, eyaletlerde müstakil bir kanunilik sisteminin mevcudiyetine imkân sağlayabilecek anlamlı bir yeterliğe sahip değildir. Her bir Alman eyalet hükûmetinin farklı "kamu düzeni ve güvenliği, devlet düşmanlığı" anlayışlarına sahip olması,[1] aşağıda açıklanacak (s. 41 vd.) siyasi ödülün birbirinden farklı partilerin yasal kuvvetleri nispetince paylaşılmasıyla yakından ilgilidir. Kanunilik ve meşruiyet kavramları bakımından gözlemlendiğinde, bugün artık Alman bürokrasisinin kendine özgü siyasi bir anlam taşıyan bir bütünlüğe sahip olmadığı teşhis edilebilir. Buna rağmen, başkaca bir otoritenin yokluğu sebebiyle bürokrasinin bazı kısımları muhtemelen, otoriter bir devlete yö-

1 Kavramsal düzeltme: "kamusal devlet düşmanlığı" yerine yukarıdaki biçimde (B)

nelen yoğun ihtiyaçların ve güçlü eğilimlerin buluşma noktası olabilir ve bir idare devleti altında anılan bürokrasi unsurları kendiliğinden "düzen inşasına" teşebbüs edebilir. Federal Anayasa'nın 48. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak iki yılı aşkın süredir uygulama bulan olağanüstü hâl kararnameleri pratiği şimdiden, kamusal yaşamı düzenleyen idare devletinin büyük bir parçasını hayata geçiriyor. Bu durumun parlamenter yasama devletinin kanunilik sisteminde ne anlama geleceği aşağıda (II. Bölüm 3. Başlık) ayrıntılarıyla sergilenecektir. Bu noktada önemli olan şey; normativist kanuniliğin, çoğunluğun anlık kararlarının içi boş işlevselciliğine dönüştüğü koşullar altında, parlamenter bir yasama devletinin normativist kanuniliğinin bürokratik bir düzenleme ihtiyacının gayrişahsî işlevselciliğiyle ittifak kurabilecek olmasıdır. Kanunilik ile teknik işlevselciliğin fikren tuhaf fakat tüm pratik tecrübelere göre yine de birbiriyle yakınlaşan bu ittifakında, uzun vadede bürokrasi üstün ortak olarak kalır ve parlamenter yasama devletinin kanununu bürokratik idare devletinin tedbirine dönüştürür.

Burada "hukuk devleti" sözcüğünü kullanmaya gerek yoktur. Zira hem yasama devleti, hem de yargı devleti başka bir şeye ihtiyaç duymaksızın kendini bir hukuk devleti olarak sunabilir. Fakat hukuku uygulamak, doğru olmayan eski hukuku doğru ve yeni olanıyla değiştirmek ve her şeyden evvel normal durumu ihya etmek –ki bu olmazsa her tür normativizm bir çeşit aldatmacadır– maddelerine dayandıklarında, her hükûmet ve idare devleti de bir hukuk devleti olarak kendini takdim edebilir. "Hukuk devleti" sözcüğü "hukuk" sözcüğü gibi, birçok farklı anlama gelebilir; benzer bir durum "devlet" sözcüğüyle anlamlandırılan organizasyonların birbirlerinden çok farklı içerikleri için de mevzubahis olacaktır. Bu bağlamda feodal, zümrevî, burjuva, millî, sosyal hukuk devletlerinden söz edilebileceği gibi, bunun ötesinde pekâlâ doğal hukuka uygun, aklî hukuka uygun, kendi tarihselliği-

ne uygun hukuk devletlerinden de bahsedilebilir. Her türden propagandistin ve avukatın, muarızlarını hukuk devletinin bir düşmanı olarak töhmet altına alabilmek gayesiyle, hoşnutluk içinde bu sözcükten istifade etmesi kolaylıkla anlaşılabilir bir şeydir. Bu gibi kimselerin hukuk devleti ve hukuk kavramlarından anladıkları şey, şu özdeyişte ifade bulur: "Fakat en mükemmel tanımıyla hukuk, dostlarımla benim övdüğümüz şey demektir."[1*] Devlet teorisi ve anayasa teorisi bakımından önemli olan mesele yasama, hükûmet, yargı ve idare devlet türlerinin yardımıyla, kanunilik sisteminin somut özgünlüğünü ve bugünkü konumunu daha net ve anlamlı sergileyebilecek karakteristik unsurları elde etmektir.

* Yine Goethe'nin Xenien'ından bir beyit alıntılanmış: "...[Die Deutschen sind ein gut Geschlecht/ Ein jeder sagt: Will nur, was recht/] Recht aber soll vorzüglich heißen/ Was ich und meine Gevattern preisen..." –*çn*

I. PARLAMENTER YASAMA DEVLETİNİN KANUNİLİK SİSTEMİ

1. Yasama Devleti ve Kanun Kavramı

19. yüzyılın meşruti monarşi devleti bir yasama devletiydi. Ayrıca bu devlet, geniş ölçekte ve tam da belirleyici olduğu noktada, yani kendi kanun kavramı itibarıyla, bir parlamenter yasama devletiydi. Sadece parlamentonun katılımıyla meydana gelen kararlar, biçimsel anlamda kanun olarak görülüyordu. Anayasa hukukunun böyle biçimsel kavramları, esasen siyasi kavramlardır. Anılan sebepten ötürü, hukukun aslen kanun biçimi altında görünüşe gelmesi, pozitif hukukun esasında bir kanunlar hukuku olması ve sadece parlamentoda kararlaştırılmış olanın kanuna vücut verebilmesi gereği, parlamentonun nihaî ve tayin edici zaferiydi. Gerçi kanun sözcüğünden "her tür hukuk normunun" anlaşılabileceği ve gelenek hukukunun dahi pozitif hukuk olarak görülebileceği fikirlerine sıkı sıkıya bağlı kalınır. Fakat tabiî ki gelenek hukuku, sadece iptidaî bir hukuk olarak addedilir ve bunun karşısında kanun koyucu çoğu zaman daha seri davranabildiğinden, kanun koyucunun bir kalem dokunuşuyla bertaraf edilebilir veya uygulanmasının önüne geçilebilir. Ayrıca hukuk hayatının ceza hukuku ve tabiî anayasa hukuku ve idare hukuku gibi birtakım özel öneme sahip sahaları bakımından, gelenek hukuku yapılarına uygulamada verilen icazet epey tartışmalıdır. Gelenek hukukuna geçerlilik tanınması pratik bakımdan her zaman kanun koyucu aleyhinde belirli bir sınırlayıcı çekincenin ortaya çıkması

anlamına gelir. Bundan ötürü, gelenek hukukunun kanun koyucuya duyulan kamusal güveni zedeleyebilmesinden endişe edilen durumlarda, gelenek hukukunun uygulamaya elverişliliği reddedilir. Şunu unutmamak gerekir ki; Alman gelenek hukuku teorisi, 1848 öncesinin Tarihçi Hukuk Ekolü'nde doruğuna ulaşmıştı. Ve bu ekolün siyasi polemiğinin gerçek anlamını belirleyen şey, o zamanın çatışma konusu, yani mutlak prensin yasama yetkisine muhalefetti. Devlet teşkilatına etkileri bakımından gelenek hukukunun kabul görmesi, daima başka erkler lehinde, tabiî ki bilhassa yargı lehinde parlamenter kanun koyucunun bir tür sınırlanmasına neden olur. Benzer bir durum, "kavramsal olarak gerekli" olan ve bu nedenle kanun koyucuyu da zorda bırakan içeriklerin kurgulanması bakımından da geçerlidir. Bu konuda *Fridolin Eisele*'nin 1885 yılında Archiv für die zivilistische Praxis'te yayınlanan makalesi "Unverbindlicher Gesetzesinhalt"* (takdire şayan biçimde *G. Husserl*'e yeniden dikkat çekmiştir) iyi bir örnek teşkil eder. Federal Mahkeme'nin memuriyetin vasıfları sorunu hakkında bugünkü görüşü başka bir örnek sağlıyor. Mahkemeye göre resmi bir görevlendirme olmaksızın dahi, yüksek kamusal yetkilerin nakledilmiş olması, kendiliğinden, "meselenin özü" itibarıyla memuriyet vasıflarının kazanılmasına neden olur, zira aksi kabul "mantığa aykırı" olacağı gibi, kanun koyucudan da "hukuken imkânsız ve uygulanamaz" bir şeyi düzenlemiş olması beklenemez (krş. RGZ 134, s. 19 ve orada sunulan kararlar için bilhassa RGZ. 125, s. 422). Eisele yukarıda anılan makalede (s. 278), bu incelemede konu edilen şey hakkında şunlara temas etmiştir: "Şu halde burada bahse konu olan şey, kanun koyucu kuvvetin sınırlarıdır". Gelenek hukukundan olduğu gibi, mantıksal veya düşünsel gerekliliklerden de böylesi sınırlar çıkarılabilecektir.

Fakat somut uygulamaları zaten çok tartışmalı olan bu tür sınırlamalar bir kenara bırakıldığında, hukuk bilim ve prati-

* [Bağlayıcı Olmayan Kanun İçeriği] –çn

ğine ait düşüncelerin tamamen bir denklemler dizisinin tahakkümü altında kalmış olduğu (hâlâ da böyledir) görülür. Hukuk = kanun; Kanun = parlamentonun katılımı altında meydana gelen kamusal düzenleme. İşte, kanun buydu; hukuk devletinin temel unsuru olarak "tüm devlet faaliyetlerinin kanuna uygunluğu ilkesi" ve "kanunun hâkimiyeti" talep edildiğinde, fiilen düşünülen şey buydu. 19. yüzyıl boyunca hukuk devletine ait kavramların, postulatların ve formüllerin bugün hâlâ kullanılan sistematiğini ve fihristini yaratan her şey, nihayetinde hukuk ile kanunun anılan örtüşmesine dayanıyordu. Devlet kanun, kanun da devlettir. Yalnızca kanuna itaat mükellefiyeti vardır ve yalnızca onun karşısında direnme hakkı imha olur. Sadece kanunilik vardır, yukarıdan gelen emir veya otorite değil. *Otto Mayer* idare hukuku kitabının "kanunun egemenliği" adını taşıyan klasikleşmiş bölümünde (3. Aufl., 1924, s. 64) şöyle söylüyor: "Devlet iradesinin en yüksek türü, kanun adı altında dile getirilmiş olandır". Otto Mayer'e göre böyle bir yasama devletinin üç tür özelliği vardır: Kanunun objektif *hukuk yaratan kuvveti* (hizmet içi emrin ve ast merci ve memura verilen talimatların karşıtı olarak); kanunun *bağlayıcılığı* (devletin burada incelenen diğer faaliyet türleri, bilhassa idare ve yargı üzerindeki bağlayıcılık); kanuna *mahfuz alan**, yani diğer devlet faaliyet türleri karşısında sadece kanuni düzenlemenin sahip olduğu, anayasal olarak güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklere müdahalede

* Orijinal Almanca metinde "*Vorbehalt (des Gesetzes)*" terimi kullanılıyor. *Vorbehalt des Gesetzes*, –kural olarak– kayıtsız olan genel özgürlükler rejimi karşısında, sadece kanunun *tekelinde* olan ve kanuna *mahfuz* tutulmuş olan bir "çekince kaydı" düşme fikrini ifade eder. Şu halde hem kanunun tekelinde olan temel haklara müdahale yetkisini, hem de genel özgürlükler rejimi karşısında *istisna* yaratabilme imkânının varlığını tanımlar. Ayrı bir terim olarak İngilizce'de de yer almayan bu kavram, ancak kanunilik ilkesinin (*principle of legality*) bir neticesi olarak tasvir edilir. Fransız hukuk literatüründeki *domaine de la loi* ise kanuna ait sahayı tarif ederek, buradaki adlandırmamıza yaklaşır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Henning Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, Tübingen 2007, s. 11-13. –*çn*

bulunma tekeli. Başka sözcüklerle ifade edilirse: Tüm hakların nihaî muhafızı, mevcut düzenin nihaî garantörü, tüm kanuniliğin nihaî kaynağı, haksızlık karşısında nihaî emniyet ve nihaî koruma, kanun koyucu ve onun tarafından işletilen yasama sürecidir. Yasama erkinin ve yasama usulünün kötüye kullanımı ihtimali fiilen göz ardı edilmek mecburiyetindedir, zira aksi durumda derhal başka biçimde kurgulanmış bir devlet biçimine, tamamen farklı bir organizasyona ve yapıya ihtiyaç duyulacaktır. Hukuk ile kanunun, adalet ile kanuniliğin, esas ile usulün önceden sağlamlaştırılmış ve önceden koşulları belirlenmiş uyum ve örtüşmesi, yasama devletinin hukuk düşüncesinin her bir hücresine kadar nüfuz eder. Sadece bu suretle, özgürlük namına kanunun egemenliğine tamamen boyun eğilmesi, direnme hakkının temel özgürlükler kataloğundan çıkarılması ve kanuna anılan koşulsuz bağlayıcılığın sunulması mümkün oldu. Kanuna tanınan bu bağlayıcılıkla, hâkimin kanuna tâbi oluşunda yargı bağımsızlığının güvencesi kavrandı, idare faaliyetlerinin kanuna uygunluğunda devlet gücünün kötüye kullanılmasına karşı en önemli koruma elde edildi ve nihayet anayasada teminat altına alınmış olan tüm temel haklar kaygıya mahal bırakmaksızın kanun koyucunun tasarrufuna sunuldu. Kanun koyucu da "kanuna mahfuz alanın" marifetiyle kendi takdirince temel haklara müdahaleye mezun oldu.

Tabiatı gereği yasama devletinin kanun koyucusu, her zaman sadece basit,* tek bir kanun koyucudur. Bugün artık vurgulandığı üzere, değişik formlardaki kanun koyucuların arasındaki her tür rekabet ve birbirlerini karşılıklı olarak göreceleştiren her tür kanun kavramı, yasama devletini doğrudan çökertir. Kapalı kanunilik sisteminin yasama devletinde, öyle Roma kamu hukukunda olduğu gibi birçok türde "hukuk kaynağı" bulunamaz, örneğin: *leges*, *plebisitler*, *senato kararları*;

* Bu sıfat, anayasa değiştiren (nitelikli) kanun koyucunun karşısında basit (sıradan, Türk hukuk lügatinde yer etmiş "adi taksir" örneğinde olduğu gibi "adi") kanun koyucuyu betimliyor. –*çn*

constitutiones principum, magistral *edict'ler*, *Consulta prudentium* vs. Yasama devletinin tutarlı kanun koyucusu, kanunilik "tekelini" elinde tutmak mecburiyetindedir. Kanun koyucuya ve kanun ile hukuk arasındaki uyuma yönelik güvenin ortadan kalktığı durumda ne olacağı sorusu, savaş öncesi dönemde neredeyse hiç sorulmadığı gibi, sorulduğu kadarından çok daha az cevap bulabilmiştir. Karmaşık frenleme ve karşı dengeleriyle (örn. çift meclisli yasama; ordu ve bürokrasiye dayanan bağımsız bir kraliyet hükûmeti; kralın kanunu onaylama yetkisi; federal denetim ve dengeler gibi) yasama süreci, yeterli derecede güçlü ölçülülük güvenceleri ve kanun biçimi altında cereyan edebilecek suiistimal ve keyfiliklere karşı mülkiyet ve özgürlük lehinde yeterli derecede sağlam bir korumayı içeriyordu. Böyle bir devlet biçimi altında, saf biçimsel ve her türlü somut içerikten bağımsız bir kanun kavramı dahi düşünülebilir ve katlanılabilirdir. Yasama sürecinde yetkili olan makamların kararlaştırdıkları her şeyin, kayıtsız-şartsız ve başka hiçbir şeyi umursamaksızın yegâne belirleyici pozitif hukuk olarak kabul edildiği durumda dahi; tüm tipik hukuk devleti prensipleri ve kurumları, söz gelimi bağımsız hâkimin kanuna bağlılığı veya "kanunsuz ceza olmaz" (FA m. 116) cümlesinde saklı bulunan keyfi cezalandırma karşısındaki güvence veya temel haklar ve özgürlükler söz konusu olduğunda kanuna mahfuz tutulmuş alan gibi, yine de anlamlı ve kabulü mümkün olabilirdi. Bunlar hakiki bağlılıklar, hakiki güvenceler ve hakiki mahfuz alanlar olabilirdi; zira basit kanun koyucuya ve yasama sürecine yönelik sarsılmamış, sorunsuz ve basit güven, başka bir bağlılığı, güvenceyi veya mahfuz alanı gerekli görmez. Sadece böyle bir kanun koyucuya ve onun yapacağı türde kanunlara yönelik sarsılmamış bir güven, şu cümlelerin ifade edilmesini sağlayabilmiştir: "Kanun koyucunun yetkisi sınırsızdır; devlet gücünün diğer tüm yetkileri ise sınırlıdır" (Leuthold, Hirth'in 1884 Yıllığında) ya da "Kanun koyucu bakımından mülkiyet dokunulmaz değildir" (Anschütz 1912,

'Kommentar zur Preußischen Verfassungsurkunde von 1850' içinde).

Bu güven, hukuk devletini bir yasama devleti biçiminde örgütleyen her anayasanın faraziyesidir. Aksi halde yasama devleti biraz karmaşıklaşmış bir mutlakiyetçilik, sınırsız itaat mükellefiyeti alenî bir tecavüz, direnme hakkından dürüstçe yapılan feragat ise sorumsuzca yapılmış bir aptallık olurdu. Eğer kanun kavramı akıl ve adaletle içeriksel ilişkiden mahrum kalmışsa ve bununla aynı anda devletin tüm ulviyetini ve itibarını kanun kavramı üzerinde yoğunlaştıran, kendi karakteristik kanunilik kavramıyla mücehhez yasama devletinin varlığı muhafaza edilmişse; her türden talimat, emir ve tedbir, herhangi bir subay veya er üzerindeki her türlü emir-komuta ve herhangi bir hâkime hitap eden her yönerge, bir parlamento kararı vasıtasıyla ya da yasama faaliyetine katılan öteki mercilerin aracılığıyla "kanun egemenliğinin" kudretine dayanarak yasal ve hukuka uygun biçimde icra edilebilir. Böylece "saf biçimsel olan", kendini içi boş bir sözcüğe ve "kanun" etiketine indirgediği gibi, hukuk devletiyle olan bağından da ödün verir. Doğrudan taşıdığı pozitif hukuksal anlam ve etkiyle birlikte, kanunun sahip olduğu ulviyet ve itibarın tümü, kanun koyucunun ve yasama sürecine katılan mercilerin tamamının adalet ve aklını temel alan söz konusu güvene, münhasıran ve doğrudan bağlıdır. Her türlü garanti ve güvence, suiistimale karşı her koruma, kadir-i mutlak kanun koyucunun şahsına veya yasama usulünün özgünlüğüne yerleştirilmiştir. Bunun bütünüyle mantık dışı ve pür bir keyfilik olmaması için, yasama sürecinin tamamı, ilk andan itibaren hukuk ile biçimsel kanunun uyumunu sağlayan söz konusu güvene dair faraziye tarafından hâkimiyet altına alınmak mecburiyetindedir. Hiçbir surette bu durum, anılan kanunilik sisteminin kayıtsız ve şartsız olduğu anlamına gelmez. Hukukun, herhangi bir biçimsel sürecin neticeleriyle koşulsuzca eşitlenmesi, ancak yasama görevini üstlenmiş makamların pür –başka bir deyişle

hukuk ve adalete dair her türden özsel ilişkiden koparılmış saflıktaki– tercihlerine [Dezision] koşulsuzca sunulmuş –yani kör– bir bağlılık demek olabileceği gibi; her türlü direnme hakkından da koşulsuzca bir feragat anlamına gelirdi. Herhalde *sic volo sic jubeo*[*] sözünü, en naif biçimiyle herhangi bir batıl inancın tortularından veya içerikte zengin, kadim bir hukuk dininin kalıntılarından türemiş psikolojik bir şey gibi kavramak icap edebilir. Her türden desizyonizmin eleştiriye tâbi tutulmadan "pozitivizm" olarak betimlenmesi gibi, bu da bir pozitivizm olarak anılabilir. Anılan kayıtsız şartsız biçimselciliğin, sadece siyaseten güdülenmiş bir boyun eğdirme talebi demek olduğunu ve bu talebin her türlü direnme hakkına karşı yine sadece siyaseten güdülenmiş bir inkârla donanmış olduğunu görmezden gelmeye, bugün artık bu pozitivizm sözcüğü dahi yetmiyor.

Savaş öncesinin Alman kamu hukuku öğretisi, maddi kanun kavramını daima biçimsel olanıyla beraber tanıdı. "Maddi kanun kavramı olmaksızın" diyordu Anschütz (Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, 2. Aufl., Tübingen 1901, s. 33), "teoride ve pratikte başarılı olunamaz ve Prusya Anayasası anlaşılamaz ve dahi izah edilemez." Bununla birlikte kanunu belirleyen objektif özelliklerin varlığı da kabul edilmiş oldu. Maddi anlamda kanun, bir hukuk normu veya hukuk ilkesidir, "hukuk olması gereken şeyi herkes bakımından belirleyen" bir kuraldır. Biçimsel anlamda kanunun, normal olarak maddi anlamda bir hukuk ilkesini ihtiva ettiği ve bu bakımdan herhangi bir emirden farklı olması gerektiği görüşüne bağlı kalınıyordu. Hukuk kuralı olarak kanuna eklenen bir emir söz konusu olduğunda, bunun *müeyyide*ye bağlanmasına dönük –öğretideki hâkim görüş tarafından kabul edilen– şartın varlığı bile; norm ile emir, kanun ile tedbir arasındaki ayrımın henüz daha canlı olduğunu gösterir. "Her kanun iki farklı kısımdan oluşur;

[*] "Bunu istiyorum, öyleyse bunu emrediyorum." –*çn*

bunlardan biri kuralların kendilerini, diğeriyse kanunun emir hükmünü, buna riayete dair talimatı içerir" (*Laband*). Ancak kanunu bir çeşit genel ve süreğen kural olarak saf emir veya saf tedbirden belirgin biçimde ayrıştırmış bir kanun tanımı kamu hukukunda yapılmamış olduğundan, hukuk normuyla kanun arasındaki bu bağ da kural altına alınamamıştı. Bu kavramlaştırmanın yanına, aynı biçimde "maddi anlamda kanun" adı verilmiş (tam da bu sebepten ötürü, zira tasavvur "biçimsel" bir şey değildi) ve tamamen farklı türde tasnif edilmiş, ikinci bir kanun tasavvuru eklendi: "Yurttaşın özgürlük ve mülkiyetine müdahale" olarak kanun. Bu durum, ancak 19. yüzyılın koşullarıyla açıklanabilir ve devlet karşısında toplum, hükûmet karşısında parlamento, kamu hizmetinde ("ayrı bir iktidar ilişkisi" dâhilinde) bulunan memurlar karşısında sıradan yurttaş arasındaki cepheleşmelere ve nihayet kanunen önceden normlaştırılmış (bundan ötürü ilkesel olarak sınırlandırılabilir ve ölçülebilir) devlet gücü kullanma yetkisi ile (ilkesel olarak sınırsız) özgür özel alan arasındaki burjuva hukuk devletine mahsus genel ayrıma dayanır. Bunları takip eden diğer bir ayrım da, "yurttaşın özgürlük ve mülkiyetine müdahale" eden kanun veya hükûmet kararnamesi ile bir özgürlük alanına müdahale etmeyip sadece "yürütme kuvvetinin kendi organizması içinde" (Anschütz) cereyan eden hadiselerle ilgilenen idarî kararname arasındakidir.

Kanunu "özgürlük ve mülkiyete müdahale" olarak tanımlamanın, doğal olarak sadece siyasi polemikte bir karşılığı vardı ve aslında doğrudan hükümdar devletinin yürütmesini, yani kraliyet hükûmetini, ordusunu ve bürokrasisini hedef alıyordu. Kanun kavramına dair birbiriyle asla uyuşmayan iki farklı ölçütün (hak ve müdahale!) her ikisinin de "maddi" olarak tarif edilmesi ve bir "biçimsel" olanın karşısına yerleştirilmesi, soyut mantık açısından pek zarif değildi, fakat 19. yüzyılın iç politikasının bulunduğu somut durumda pekâlâ anlaşılabilirdi. Buna mukabil, öğretideki her iki maddi kanun kavramının

varlığına rağmen hâkim görüşün biçimsel olan yasama usulüne, her türlü irade içeriğiyle kanun biçiminden dilediğince faydalanabilmesi için kuvvet atfetmiş olması, bir yasama devletine ait kavramları birbirine karıştıracaktı; kaldı ki, zaten artık bu irade içerikleri birer maddi anlamda kanun değildi, yani her iki maddi kavramsallaştırmayla da bir alâkaları kalmamıştı. Bu suretle hukuk devletinin sadece birinci tür maddi kanun kavramından –yani: Kanun = hukuk normu– doğan ve buradan biçimsel yasama usulüne doğru ışıyan tüm itibarı, kendi kökeninden ve kaynağından, yani hukukla kurduğu objektif bağdan koparılmış oldu. Bunlar olurken aynı anda, ikinci [maddi] kanun kavramının (özgürlüğe ve mülkiyete müdahale) içinde saklı bulunan koruma ve güvence altına alma düşüncesi; sadece biçimsel, yani hukuk ve adaletle her türlü ilişkisinden koparılmış, pür siyasi bir kanun kavramı lehinde kanun koyucunun istifadesine sunuldu. Bunların akabinde maksadı gereği kanunun, ölçülebilir ve belirlenmiş bir özle beraber genel ve süreğen bir kurallaştırma olmaya artık ihtiyacı kalmaz. Kanun koyucu yasama sürecinde istediğini yapar; yaptığı daima "kanun" olur ve daima "hukuku" yaratır. Böylece mutlak "tarafsız", değer ve nitelikle alâkasız, özden yoksun bir biçimselci-işlevselci kanunilik düşüncesinin önü açılmış oldu. İdare hukuku alanında (idarî tasarrufa mukabil) kararnameler bakımından genellik karakterine sıkı sıkıya bağlı kalınmışken ve anılan nitelik burada makul ve hatta gerekli addedilmişken ve dahası bu alanda normlaştırmanın malum bazı unsurları da (belirlenebilir içerik, orantılılık, eşitlik) tanınmışken, kamu hukukunda –ki burada çok daha büyük bir pratik anlamı bulunur– kanunla alâkalı olan her şey önemsiz teorik bir oyun olarak ele alındı; "katı sınırlamaların" bulunmadığı söylenen bir oyun.

Devlet içindeki durum normal, barışçıl kaldıkça ve yasamaya katılan mercilere ve bunların müşterek mesaisine yönelik güven sarsılmadıkça, teorik belirsizlikler pratik anlamda bir

mesele yaratmadı. Devlet – toplum düalizmi ve bununla aynı zamanda meşruti monarşinin düalist yapısı bertaraf edildiğinde ve demokratik bir ısrarla devlet iradesiyle halk iradesi aynılaştırıldığında; bu aynı demokratik ısrarın anlamı, halk iradesin her ifadesini "kanun" olarak tasvir etmek ve ona hukuk ile adaletle olan bağı sayesinde anılan kanun kavramının payına düşen bütün ulviyet ve şeref payesini bahşetmek demek oldu. Bir demokraside kanun o an mevcut bulunan halkın ansal* iradesidir; pratik anlamda bu, oy kullanan vatandaşların ansal çoğunluğunun iradesi demektir; *lex est, quod populus jubet.*** Norm ile emir, bilinç ile irade, *ratio* ile *voluntas* arasındaki fark ki, bu aynı zamanda parlamenter yasama devletinin kanun ile kanunu icra arasına koyduğu ayrımın da taşıyıcısıdır, burada tekrar "biçimsel" bir kanun kavramının içinde kaybolur ve parlamenter kanunilik sisteminin yapısını tehdit eder. Fakat tutarlı bir demokraside buna, başka sebeplerden ötürü tahammül edilebilir. Çünkü demokratik faraziyeye göre kendi içinde homojen olan halk, onun tarafından dile getirilen iradenin akla uygunluğunun ve adaletinin güvencesini içeren tüm özelliklere sahiptir. Halkın iyi olduğu ve bunun sonucu olarak iradesinin yeterli geldiği faraziyelerini içermeyen hiçbir demokrasi yoktur. *Il suffit qu'il veut.**** Parlamenter demokraside parlamentonun iradesi halkın iradesiyle özdeşleşir. Burada parlamentonun basit çoğunluk kararı, halk iradesinin anılan nitelikleri bünyesinde barındırdığı farz edildiği müddetçe hukuk ve kanun olabilir. Bu durumda da "biçimsel" bir kanun kavramı mümkün ve kabul edilebilirdir; fakat bu, koşulsuz bir

---

* Ansal (jeweilig), Schmitt'in bu incelemesinde merkezi bir konuma ve öneme sahiptir. Çevirimizde kavramın isimleşmiş hali olarak ansallık (jeweiligkeit) kullanılacaktır. Ansal(lık), "o anki", "hâlihazırdaki", "hâzır", "mevcut bulunan" manalarını içkin, zamana ve duruma özgü bir kavramdır. Okuyucunun bu kelimeye giderek aşina olacağını umut ediyoruz. –*çn*

** "Halkın emrettiği kanundur". –*çn*

*** Schmitt muhtemelen, St. Thomas'ın Tanrı'nın niteliklerini betimlerken kullandığı şu cümleyi işaret ediyor: Onun "irade etmesi kâfidir." –*çn*

biçimsellik içinde olmayan, daha ziyade homojen[1] halk iradesiyle parlamento çoğunluğunun örtüşmesine duyulan güvenle bağlantı içindeki bir kanun kavramı olacaktır. Fransız kamu hukukunun önde gelen yazarlarından biri olan *Carré de Malberg*, 1875 tarihli Fransız Anayasa Kanunları* ve Fransa'nın parlamenter demokrasisi hakkında kısa bir süre önce yayınlanan çalışmasında (La loi, expression de la volonte generale, Paris 1931), kanun kavramının tüm objektif özelliklerinin –örn. genellik karakterinin veya kurallaştırmanın sürekliliğinin– reddedilmesi gerektiğini, zira parlamentonun iradesinin doğrudan, kendi *volonté générale* olan egemen halkın iradesi olduğunu ifade etmişti. Bu, parlamenter demokrasinin karakteristik formülüdür. Kendi hakiki anlam dairesi içinde parlamenter demokrasi, her şeyden önce bugün kanunların yargısal denetimine karşı çıkıyor, zira yasama üzerinde yargının sahip olacağı böyle bir denetim yetkisi, parlamenter yasama devletini bir yargı devletinin unsurlarıyla etki altına alabilecektir ki; yabancı bir cisim olarak bu unsurlar, bir devlet türü olan yasama devletinin berrak kanunilik sistemini tehlikeye sokabilecek ve kanunilik kaynağı olarak parlamentonun merkezî konumunu sorunlu hale getirebileceklerdir.

Demokratik-parlamenter yasama devletinin faraziyeleri ortadan kalkarsa, somut anayasal durum karşısında gözleri yummak ve kanunilik sistemini bu yolla kurtarabilmek için mutlak surette değere tarafsız bir işlevselci-biçimsel kanun kavramına sarılmak yakındır. Bundan sonra "kanun", sadece ansal parlamento çoğunluğunun ansal kararı olarak kalır. Yukarıda anıldığı üzere bu durum; parlamentonun, parlamenterlerin, tartışma ve aleniyet vasıtasıyla mükemmelleşmiş parlamenter usulün, hukuku ve aklı garanti eden malum niteliklerine dönük zımnen varsayılmış bir güvenin mevcudiyeti altında, bütünüyle tasavvur ve kabul edilebilirdir. Ancak

1 Gramatikal düzeltme (A)

* III. Cumhuriyet'e anayasal temellerini kazandıran anayasa değişikliği kanunları. –*çn*

gelinen bu noktada, zaruretinin çok defalar yeterli derecede bilincinde olunmadığı başka bir şart daha vurgulanmak zorundadır: *Parlamenter yasama devletinin yazılı anayasası ilkesel olarak, usul hukukunu ve devletin örgütlenmesini ilgilendiren kurallarla kendini sınırlamalıdır.* Bu, pratiklerini ve yöntemlerini; farklı görüşlere, yönelimlere, hareketlere ve hedeflere açık tutmak ve ulaşılabilir kılmak isteyen bir sistemin hem görece liberal hem de mutlak işlevselci tarafsızlığına tekabül eder. Ayrıca, böyle bir yasama devletini inşa etmeyi amaçlayan yazılı anayasanın, bizzat yetkilendirdiği kanun koyucu karşısında, yine kendi tarafından koyulan maddi hukuk kuralları vasıtasıyla bizzat yasa koyucu rolü oynayarak, ona müdahalede bulunmaması, muhtemelen her yasama devleti bakımından beklentiye uygun olacaktır. Yasama devleti, maddi hukuku yaratma tekelini elinde bulundurması gereken sadece tek bir olağan kanun koyucu tanır. Gerçi 19. yüzyılın Alman meşruti monarşisi üç katmanlı bir kanun kavramını tanıyordu, fakat kendi biçimsel kanun kavramı bakımından yegâne önemli ve tanımlayıcı addettiği şey, hep parlamentonun katılımıydı ve bu hiç değişmedi. Bunların haricinde, hem kralın müstakilen kararname çıkarma yetkisi çerçevesinde verilen mücadele, hem de kanunların yapılmasında krala onay yetkisinin tanınmış olması, henüz tam anlamıyla bir demokratik-parlamenter yasama devletine ulaşılmadığını gösteriyordu. Fakat kralın müstakilen kararname çıkarabileceğine taraftar olanlar dahi, kraliyet kararnamelerini kanun olarak tanımlamaya cesaret edemiyorlardı. Bir yasama devletinin ancak bir kanun kavramına, ancak bir kanun koyucuya ve ancak bir yasama usulüne sahip olabileceğine dair sarih ve aydınlatıcı aksiyom, en azından biçimsel anlamda korunmuştu ve anılan devlet türünün kanunilik sistemi, onu imha eden iç çelişkiler olmaksızın fiilen sürdürülebilmişti.

2. Kanunilik ve Siyasal İktidarı Elde Etmede Eşit Şans[a]

Weimar Anayasası 68. maddesinde parlamenter yasama devletinin varlığını ilan eder: Federal kanunlar, Reichstag tarafından çıkarılır. Bu ifade, herhangi bir içerikle ilişkisi olmaksızın hukuku ve kanunu ansal parlamento çoğunluğunun ansal kararı olarak kavrayan saf işlevselci bir düşünüş biçimine karşılık gelir. Böylece hukuk, kanun ve kanunilik; her türlü içerik karşısında kayıtsız kalan, her türlü içeriğe ulaşmayı mümkün kılan ve "tarafsız" usul biçimleri ve oylama süreçleri haline gelir. Gerçi en değişik içerikler karşısında parlamenter yasama devletinin kanun kavramı –kendi içinde– epey kapsayıcı bir tarafsızlığa sahiptir. Fakat bu kanun kavramı bir yasama devletinin taşıyıcısı olacaksa, yine de birtakım nitelikleri (genel normlaştırma, içeriğin belirliliği, süreklilik) barındırmak mecburiyetindedir. Her şeyden önce kendine ve kendi farazi-yelerine karşı "tarafsız" kalmaya mezun değildir. Üyelerinin herhangi bir niteliğine itibar etmeksizin parlamenter organ, çoğunluğu belirleyen genel bir oylamanın saf bir işlevine dö-

[a] Şans (Fransızcadan alınan Chance, çn) sözcüğü burada tercüme edilmeden kullanılacaktır. Özellikle, hür rekabet ve *expectation*'a dayalı liberal bir çağın düşünüş biçimine ve söz dağarcığına ait olup; pozitif imkânın tesadüfü ile kanuna uygunluğun, özgürlük ile öngörülebilirliğin, keyfilik ile mesuliyetin –çağ bakımından karakteristik olan– harmanlanmasına isabet eder. Örneğin, bu türden başkaca sözcükler şunlardır: İdeoloji, risk, çağın sonlarına doğru tüm "bağlamlarıyla" (Bezogenheit) beraber "olması gereken" (Sollen) kavramı, hakeza "geçerli olmanın" (Gelten) mümkün olan bütün türleri. Böyle sözcükleri değiştirmeden bırakmak daha iyidir, tinsel kökenlerinin damgası görünür kalıyor. Max Weber'in sosyolojisinde "şans", epey sık bir biçimde ortaya çıkar.

nüştürülmüşse ve kanunun her türlü "maddi" gerekliliğinden vazgeçilerek parlamenter organın çoğunluk kararı kanun haline getirilmişse; ısrarla işlevselci kalan bir öz ve içerik yokluğunun içinde, akılcılığın ve adaletin tüm güvenceleri ve dahi kanun kavramının ve kanuniliğinin kendi, anılan aritmetik çoğunluk tasavvurları altında sonlanır. Oyların %51'i parlamentodaki çoğunluğu, parlamenterlerin oylarının % 51'i hukuku ve kanuniliği, hükûmete yönelik parlamentonun % 51'lik güveni ise yasal parlamenter hükûmeti belirler.

Halkın tamamının özsel bir türdeşliğe sahip olduğunun farz edilebildiği koşullar altında, iradenin teşekkül yönteminin basit çoğunluk vasıtasıyla belirlenmesi anlamlı ve kabul edilebilirdir. Bu durumda azınlığa *oyçokluğuyla üstün gelinmesi* söz konusu olmaz; bilâkis oylama sadece, zımnî ve mefruz bir *uyuşma*nın ve oydaşmanın meydana çıkmasını sağlar. Daha önce sözü edildiği üzere, her demokrasinin halkın bölünemez türdeşlikte, birlik ve bütünlük içinde bulduğu faraziyesine dayanmasından ötürü, demokrasi bakımından maddeten ve hakikaten asla bir azınlık bulunmadığı gibi, sabit ve daimi azınlıkların çokluğundan söz etmek de bir o kadar söz konusu değildir. Rölativizmin veya agnostisizmin etkisiyle, hakiki ve doğru olanı bulmaktan feragat edilmiş olmasından ötürü, çoğunluğun tespit edilmesi pratiklerine müdahalede bulunmaktan epey çekiniliyor. Böyle bir feragat, burada mevzubahis edilen son derecede ciddi siyasi tercihler nedeniyle kendini yok eden bir vazgeçme olacaktır ve *Hans Kelsen*'in de itiraf ettiği gibi (Naturrechtslehre und Positivismus 1928, s. 77), "sadece görece huzurlu zamanlarda" yani sadece mesele bu raddeye varmamışsa mümkün olabilir. Hâlbuki esas olan söz konusu olduğunda, aynı halka aynı mensubiyetten ötürü, herkesin aynı biçimde aynı şeyi arzu ettiği farz edilir. Bölünemez millî türdeşlik faraziyesi çökerse; pür aritmetiğe dayalı çoğunluk tespitlerinin konusuz ve özsüz kalmış işlevselciliği, tarafsızlığın ve nesnelliğin karşıtına dönüşür. Böylece bu işlevselcilik

sadece, oyçokluğuyla üstün gelinen ve bu suretle baskı altına alınan azınlığın niceliksel olarak daha büyük veya daha küçük derecede tecavüze uğraması olur. Bundan sonra yönetenler ile yönetilenler, emir verenler ile itaat edenler arasındaki demokratik aynılık ortadan kalkar; çoğunluk emreder ve azınlık da ona boyun eğmek zorunda kalır. Hatta bir toplama işleminin gerçekleşme imkânı dahi sona erer, çünkü aklın gereği olarak sadece türdeş olanlar ancak bir kümenin altında sayılabilir. Değişken çoğunlukların faraziyeden ve içerikten yoksun işlevselciliği pekâlâ bir "dinamizm" olarak algılanmak istenebilir, her ne kadar statikteki ve cevherdeki eksiklik, esasen dinamik olan hiçbir şeyin varlığına ihtiyaç bırakmıyor olsa da. Fakat içerik olarak ayrımsız ve tarafsız olan bu usul, çok daha olgunlaştırılsa ve yine de sadece matematiksel-istatiksel bir çoğunluk tespitinden öteye gitmeyecek olan saçmalığa doğru ilerletilse dahi, hâlâ daha maddi bir adalet prensibi farz edilmek zorundadır, meğerki tüm kanunilik sistemi göz açıp kapayıncaya kadar çökecek olsun: Akla gelebilen tüm görüşler, yönelimler ve hareketler için *söz konusu çoğunluğu elde edebilmeye matuf koşulsuz eşit şans prensibinin* tanınması. Bu prensip olmaksızın çoğunluk aritmetiği sadece her türlü somut sonuç karşısındaki kayıtsızlığı nedeniyle tuhaf bir oyun olmakla ve çoğunluk aritmetiğinden çıkarılan kanunilik kavramı da her tür adaletin saygısızca alaya alınması olmakla kalmaz, bunun ötesinde çoğunluğun ilk kez elde edilmesi anında sistemin kendi sonunu da getirmiş olur; zira ilk çoğunluk hemen kendini yasal biçimde daimî iktidar olarak inşa edebilecektir. Parlamenter yasama devletinde, eşit şans imkânının tanınmaması düşünülemez. Eşit şans tanıma, adalet ilkesi ve mevcudiyeti korumaya yönelik yaşamsal zarureti haiz düstur olarak kalacaktır. Pür aritmetik çoğunlukların boşluk bırakmaksızın uygulanan işlevselciliği dahi, kendi kanuniliğinin bu olmazsa olmaz temelinden ve faraziyesinden vazgeçemez.

Devlet gücünün yasal olması, öncelikle bir hak olarak her

türlü *direnme hakkının* kaldırılmasını ve inkâr edilmesini gerektirir. Ancak kadim "tirana karşı direnme" meselesi, yani devlet gücünün kötüye kullanılmasına ve haksızlığa karşı direnme meselesi varlığını koruduğu gibi, parlamenter yasama devletinin içinin yukarıda anılan işlevselci-biçimselci usulle boşaltılması dahi, bu sorunun çözülmesinde kifayetsiz kalır. Bu içini boşaltma ancak; içerikte ayrımsız, bizzat kendi geçerliliği mevzubahis olduğunda dahi tarafsız ve her türlü maddi adaletten yoksun bir kanunilik kavramına ulaşır. Pür çoğunluk istatistiğinin içerikten yoksunluğu, kanuniliğin elinden ona ait her türlü ikna kuvvetini çekip alır. Tarafsızlık her şeyden önce, hak ve haksızlık ayrımı karşısındaki bir tarafsızlık olur. Haksızlık ihtimali ve "tiranın" varlığı ihtimali, sadece biçimsel bir el çabukluğu marifetiyle dünyadan kovulur; nasıl mı? Artık haksızlığa haksızlık, tirana da tiran denmez; tıpkı savaşın "büyük ve küçük ölçeklerde muharebelerin eşlik ettiği barışçıl bir tedbir" olarak adlandırılması ve bunun savaşın pür hukukî tanımı olarak tasvir edilmesi suretiyle dünyadan kovulabildiği gibi.[1] Bundan sonra yasal iktidar, kavramlaştırmanın basit bir gereği olarak hiçbir haksızlık yapamaz. Direnme hakkı üzerindeki kadim öğreti iki tür "tiran" arasında ayrım yapar: Hukuka uygun biçimde iktidara gelmiş ancak daha sonra bu iktidarı kötücül ve zalimane kullanarak onu suiistimal eden –işte bu *tyrannus ab exercitio*'dur; diğeriyse, hukukî bir unvana sahip olmadan iktidara gelmiş olan *–tyrannus absque titulo*'dur; bu sonuncusunun iktidarını iyiye veya kötüye doğru kullanması arasında fark yoktur. İşlevselci bir kanunilik kavramının öze dair tarafsızlığı veya bunun tamamıyla özden yoksun olması durumlarında, tiranlığın ilk türünden, yani yasal devlet gücünün yasadışı kullanımından katiyen söz edilemez; buna mukabil "hukukî unvanı olmayan bir tiran" da doğal olarak hiçbir zaman çoğunluk olamayacaktır, meğerki çoğunluk, yasal iktidar sahipliğinin yegâne hukukî unvanı haline getirilmiş olmasın. Yalnızca, kendi safında %51'lik bir çoğunluğa sahip

1 Buraya notlar ilave edilmiştir (A)

olmadan devlet gücü veya devlet benzeri bir güç kullanan kimse, yasadışı ve böylece bir "tiran" olur. Kim bu çoğunluğa sahipse, artık hiçbir surette haksızlık ika edemez, bilakis yaptığı her şey hukuka ve kanuniliğe dönüşür. Böyle neticelerle beraber, özden yoksun işlevselci bir kanunilik kavramı kendini *ad absurdum*[*] sürükler.

Kanunilik iddiası, haksızlığa ve hukuka aykırılığa karşı yapılan her direnişi ve savunmayı "kanundışılığa" dönüştürür. Çoğunluk, kanunilik ve kanundışılık üzerinde dilediğince tasarrufta bulunabiliyorsa, evvela iç politikadaki kendi rakibini yasadışı, yani *hors-la-loi* ilan edebilir ve böylece onu halkın demokratik homojenliğinden ihraç edebilir. %51'e hükmeden, geriye kalan %49'u yasal yollardan yasadışı yapabilecektir. %51 pekâlâ, bizzat içinden geçtiği kanunilik kapısını arkadan kilitleyebilecek ve bundan sonra kapalı kapıyı muhtemelen çizmeleriyle tekmeleyecek siyasi karşıtına adi bir suçluymuşçasına muamelede bulunabilecektir. Bu kaygı verici ihtimal yüzünden bugün sıklıkla; karar nisaplarının ağırlaştırılması ve niteliğinin artırılması marifetiyle belirli bir koruma sağlamak, belirli birtakım işler bakımından üçte iki veya benzer çoğunluklar talep etmek ve –kafa karıştıran "azınlıkların korunması" parolası altında– bir yandan %51'lik çoğunluğa karşı güvenceler sunmak, fakat diğer yandan ise hâlâ pür bir aritmetik çoğunluk/azınlık matematiğinin içi boş işlevselciliğine saplanıp kalmak seçenekleri deneniyor. Takip eden bölümde, rakamlara tâbi böyle nitelikli çoğunlukların uygulamaya koyulmasının hem demokrasiyi, hem de parlamenter yasama devletini ve bunun kanunilik kavramını değersizleştirmesi ve bunları yıkması ortaya koyulacaktır. Mamafih şimdi artık, iktidarı elde etmede eşit şans prensibinin sıkı biçimde gözetilmemesi durumunda, söz konusu çoğunluk istatistiğinin matematiksel işlevselciliğinin kendi kendini devamlı surette ortadan kaldıracağı artık tespit edilebilirdir. Çoğunluğu kazanmada eşit

[*] "saçmalığa" –çn

şansın gerçekten tanındığı ve yasama devletinin adalet prensibi faraziyesi her hâlükârda inandırıcı kaldığı müddetçe, ansal çoğunluğun egemenliğine dayanan bugünkü parlamenter yasama devletinin yasal güç kullanım tekelini mevcut çoğunluk partilerine sunması ve azınlıkta kalanlardan direnme hakkından feragat talep etmesi mümkündür. Şimdiye dek çoğunluk hâkimiyetinin haklılaştırılması bakımından ortaya koyulmuş olanların ekseriyeti –ve bilhassa "çoğunluğun kişisel bileşiminde gereken çeşitlilik" ya da çoğunluk hâkimiyetinin zaruri "belirsizliği" hakkında bir söz söyleyebilmiş yegâne monografi dâhil (*W. Starosolskyj*, Das Majoritätsprinzip, Viyana 1916, s. 63-64)– yukarıda anılan prensibe dayanır.

Kurt Wolzendorff Ortaçağ zümrelerinin direnme hakkı doktrini üzerine kaleme aldığı meşhur kitabında (Staatsrecht und Naturrecht, Breslau 1915), direnme hakkının bertaraf edilmesini düzenli bir kanun yolunun veya itiraz merciinin devreye girmiş olmasıyla temellendirir ve haklılaştırır. Fakat düzenli bir hukuki korumanın yaratılmasından, yani bir *muhakeme usulü sürdürmeye yönelik yargısal biçimdeki şansın* tanınmış olmasından daha önemlisi, parlamenter yasama devleti bakımından *çoğunluğu* kazanmaya, yani si*yasal iktidarı elde etmeye* matuf *eşit şansın* tanınmış olmasıdır. Zira yasama organının %51'ine hükmeden bir parti, yargı bakımından önem taşıyan kanunları yasal surette yapabilir ve böylece kanunla bağlı bulunan yargıya, –medenî hukuk, ceza hukuku, iş hukuku, disiplin hukuku ve diğer tüm hukuk çekişmesi türleri bakımından– mahkeme kararlarının içeriğini dikte eder. Ayrıca kanunun icrasına dair devletin tüm iktidar araçlarını elinde bulunduran yasal hükûmeti belirler. Böylece hâkim konumda bulunmayan partinin yargısal biçim altındaki şansı, artık bir talihsizliğe dönüşür. Çoğunluğa sahip olan, yürürlükteki kanunları yapar; ayrıca kendi yaptığı kanunların bizzat yürürlüğünü sağlar. Yürürlükte olma ve yürürlüğünü sağlama, yani kanuniliğin üretimi ve uygulanması kendi tekelindedir.

Fakat en önemlisi, yürürlükteki kanunun yürürlüğünün sağlanması tekeli ona, devletin iktidar araçlarının yasal sahipliğini ve bununla beraber normların saf "yürürlüğünü" aşan bir siyasal kuvveti bahşeder. Hâkim parti, kanuniliğin bu türünün hâkim olduğu bir devlette *yasal iktidar araçlarının pür sahipliğini* beraberinde getiren üstünlüğün tamamını elinde bulundurur. Çoğunluk ansızın parti olmaktan çıkar; devletin kendi olur. Yasama devletinin kendini ve kendi kanun uygulamasını bağladığı normlaştırmalar olabildiğince dar ve sınırlı kalır; Otto Mayer'in vaktiyle söylediği gibi, devlet biçimi altında "arka plandaki sınırsız olan, bu normlaştırmaları daima yarıp geçer". Bunların neticesinde devlet iktidarının pür sahipliği, her türlü normativiteyi aşarak, pür normativist-yasal iktidarın üzerine katılan ilave *bir politik fazla değeri*, yani *yasal iktidarın yasal sahipliğinin* ve çoğunluğun ele geçirilmesinin *yasal-üstü ödülünü* yaratır.

Bu politik ödül, huzurlu ve normal zamanlarda görece öngörülebilirdir, normal olmayan durumlardaysa tamamıyla öngörülemez ve kestirilemez olur. Daima üç katmanlı bir özellik taşır: *İlk olarak*, belirsiz kavramların ve takdirî kavramların somut yorumundan ve kullanımından oluşur, bunlar şu gibi kavramlardır: "Kamu düzeni ve kamu güvenliği", "tehlike", "zaruret", "gerekli tedbir", "devlet ve anayasa düşmanlığı", "barışçıl tutum", "hayatî önemi haiz çıkar" vs. Bunlar olmaksızın hiçbir devletin ayakta kalamayacağı bu türden kavramların özgünlüğü; doğrudan ansal duruma bağlı olmaları, somut içeriklerini ancak somut uygulama aracılığıyla kazanmaları ve her şeyden önce, tüm zor ve politik anlamda önemli anlarda ve durumlardaki somut tatbikatlarının ve bunlarla duruma vaziyet edilmesinin yegâne tayin edici şey olmasındadır. *İkinci olarak*; tereddüt durumunda –ki politik anlamda zor durumlar söz konusu olduğunda böyle belirsiz kavramlar bakımından her zaman bir tereddüt meydana gelecektir– kanunilik karinesi devlet iktidarının yasal sahibinin tarafında bulunur.

Nihayet *üçüncü olarak*; devlet iktidarını elinde bulunduranın talimatları kanuniliğin varlığında tereddüt hâsıl olsa dahi, evleviyetle ve derhal icra edilebilirdir; hatta itiraz imkânları veya yargısal koruma öngörülmüş olsa dahi bu durum değişmez. Siyaseten önemli vakıalarda, yargıya kendi bakımından kullanımı kaygı verici olmayan geçici tedbir benzeri araçlar sunulmuş olsa dahi, yürütme ile yargı arasındaki bir yarışta yargı ekseriyetle sona kalan olacaktır. Bundan ötürü yargısal biçimdeki şans, her ne kadar elzem bir düzeltici ve görmezden gelinemeyecek bir koruma anlamına gelse de, siyasal manada tayin edici olamaz ve kanuniliğin bu türü olan adalet prensibini, yani eşit şansın tanınması prensibini kendi başına taşıyamaz. Alman halkının birçok dış politika tecrübesiyle keskinleşmiş günümüzdeki hukuk bilincine, siyasi çatışmalar söz konusu olduğunda yargısal biçim altındaki şansın kesin surette değer ve itibarını yitirmiş olduğu gerçeği eklendi. Bugünkü durumun gösterdiği üzere, dış politikanın hiçbir hayatî sorununda Alman halkından kendi ölüm fermanını imzalayacağı bir uluslararası hukuk davasını kazanma şansına tahammül etmesi beklenemez.

Görüldüğü üzere her şey, iç politikada iktidarı kazanmaya dönük eşit şans prensibine bağlıdır. Bu prensipten ödün verilirse, parlamenter yasama devleti bizzat kendinden, kendi adaletinden ve kendi kanuniliğinden ödün verir. Fakat bu noktada iyi bir irade ve en iyisinden bir amaç fayda getirecek midir? Geçen her an, eşit şans prensibini tehlikeye sokuyor, çünkü yasal iktidar sahipliğinin ödülü ile iç politikada iktidarı kazanmaya dönük eşit şansın tanınması arasındaki aşılamaz karşıtlığın üzerindeki sır perdesini aralıyor. Bir yandan eşit şans, devlet iktidarının tüm eylemlerinin pür kanunilik karinesi aracılığıyla artık bertaraf edilirken, diğer yanda hiçbir yasal devlet iktidarı anılan karineden vazgeçemiyor. Bir yanda eşit şans prensibinin somut yorum ve kullanımının tek taraflı kalmayıp bilakis her parti tarafından tamamıyla eşit

yetkilendirme dairesinde gerçekleştirilmesi, bu prensibinin esas içeriğini oluştururken; diğer yandaysa "eşit şans" gibi bir kavramın kendi tekrar, yukarıda sayılan belirsiz ve doğrudan durum odaklı, yorumu ve kullanımı zorunlu olarak yasal iktidarın, yani o anki hâkim partinin elinde olan kavramlardan biri oluyor. Bu parti, iç politikadaki karşıtının hangi faaliyet imkânlarını kullanmaya izinli olduğunu doğrudan kendi belirler; böylece rakibinin kanundışılığının ne zaman başlayacağını kendi başına tayin eder. Bu bariz biçimde, artık eşit bir rekabet ve eşit şans değildir.

Eşit şans prensibi, katılımcıların hepsinin tamamen sadakat dolu bir zihniyetle hareket edip etmedikleri üzerinde ciddi bir şüphenin bulunması halinde, prensibin uygulanmasını artık imkânsız kılacak bir hassasiyete sahiptir. Zira doğaldır ki eşit şans, ancak bir diğerine bu şansı tanıyacağından emin olunan birine tanınabilir. Böyle bir prensibin başka biçimdeki her türlü kullanımı, sadece pratik anlamda intihar neticesini doğurmakla kalmaz, dahası prensibin kendisinin de bir ihlali demek olur. Bu zorunluluğun icabı olarak yasal iktidara sahip parti, devletin iktidar araçlarına sahipliği sayesinde kanunilik ve kanundışılık kavramlarının her türlü somut ve politik anlamda önem taşıyan kullanım ve tasarrufu üzerinde kendiliğinden tespitte bulunmak ve hüküm vermek mecburiyetindedir. Bu onun devredilemez hakkıdır. Mamafih devletin iktidar araçlarına sahip olmaya uğraşan azınlığın devredilemez hakkı da, –kendi bakımından eşit yetkiyle donanmış– eşit şansa dönük bir talepten güç alarak kanuniliğin ve kanundışılığın somut içeriği hakkında sadece kendi bakımından değil, devletin iktidar araçlarına sahip olan karşı-parti bakımından da hüküm vermektir. Görüldüğü üzere, kendine mahsus içsel faraziyeleri içindeki eşit şans prensibi, her türlü kritik anda zuhur edecek ve pratik anlamda yegâne tayin edici olacak soruya, yani çekişme durumunda kimin tereddütleri ve görüş farklılıklarını bertaraf edeceğine ve bu konuda karar verece-

ğine yönelik soruya herhangi bir cevap içermez. Şu an için, hâkim olan ile hâkim olmayan partinin, çoğunluk ile azınlığın koşulsuz bir eşdeğerliğe sahip olmaları; kamu düzeni, devlet ve anayasa düşmanı zihniyet, barışçıl veya barışçıl olmayan amaç, ama her şeyden önce yasal veya yasadışı zihniyet gibi yukarıda anılan belirsiz ve mevcut duruma bağlı kavramların uygulanması bakımından eşit şansın bir parçasıdır. İster yargısal isterse başka bir biçimde olsun, çekişme konusunu karara bağlayacak "partisiz bir üçüncüyü" devreye sokmakta çözümü aramak pekâlâ pratik bir çıkış yolu olabilir. Fakat böyle olursa parlamenter yasama devletinin kanunilik sisteminden ödün verilmiş olacaktır. Zira bu üçüncü, her iki parti karşısında parlamento üstü, demokrasi üstü bir *üstün* üçüncü olacağı gibi, artık siyasi irade de ilkesel olarak eşit iktidar şansına sahip bulunan siyasi partilerin hür iktidar rekabeti vasıtasıyla gerçekleşmeyecektir. Prensibin kendisinin yarattığı problematik, pek tabiî prensibin kendisinden yola çıkılarak çözülemez; sadece prensibin çözümsüz sorunlara ve kritik durumlara götürdüğü teşhis edilebilir. Bu sistemin kanuniliğinin barındırdığı faraziye, yani her iki tarafın karşılıklı olarak eşit derecede yasal bir zihniyete sahip olduğuna dair faraziye çöktüğünde, artık hiçbir çıkış yolu kalmaz. Bu durumda, devletin iktidar araçlarının yasal sahibi olan çoğunluk partisi, karşıt partinin yasal iktidarı elde etmesi halinde yasal iktidarı, kendini iktidar sahipliğinde sağlamlaştırmak ve kapıyı arkadan kilitlemek, yani yasal yoldan kanunilik prensibini ortadan kaldırmak için kullanacağını kabul etmek zorundadır. İktidar sahipliği için uğraşan azınlık ise, hâkim çoğunluğun bunun aynını zaten uzunca bir süre önceden yapmış olduğunu iddia eder. Böylece azınlık, mevcut devlet iktidarını –*sarih* veya *zımnî* biçimde– kendiliğinden yasadışı ilan eder; bu duruma hiçbir yasal iktidar tahammül edemez. Şu halde kritik an geldiğinde, herkes bir diğerini kanundışılıkla itham eder ve kanuniliğin ve anayasanın

koruyucusu rolünü oynar. Sonuç, kanuniliğin ve anayasanın bulunmadığı bir durumdur.

"Politik hukuk" adı verilen şeyin koordinasyon ve eşit yetkilendirmeye dayanan her kavramlaştırması altında, böyle kritik bir an gelebilir. Milli güvenlik, savaş ve saldırı tehlikesi, dış tehdit, saldırı, savaş borçları ve benzeri dış politika ve uluslararası hukuk kavramları diyalektiğin aynı tipik türünü tanırlar. Örneğin, 1928 Kellog-Briand Paktı yoluyla "savaşın *ban*lanması"* adı verilen usulde birçok devlet, açıkça şu çekinceyi koymuştu: Paktın diğer bir devlet tarafından gerçekleştirilecek her türlü ihlali, ihlalci devlet karşısında âkit devletleri paktın bağlayıcılığından kurtaracaktır. Bu hiç de gayri adilane bir çekince olmayıp, sebepleri malumdur. Ancak şu hemen görülüyor ki, bu çekince marifetiyle pakt kritik durumda, yani yegâne tayin edici noktada, adıyla söylenirse savaş halinde değersizleşmiştir; en azından mevcut duruma, her koşulda eşit haklara sahip katılımcıların varlığı istikametinde devam edildiği müddetçe. Ancak siyasal gerçeklikte pek muhtemel bir biçimde cereyan edebileceği üzere, emperyalist bir büyük gücün veya güç grubunun üstün bir üçüncüyü oynamaya başlamasıyla ve paktın belirsiz kavramlarını, her şeyden önce "savaş" kavramını kendi başına yorumlaması ve yaptırıma bağlamasıyla anılan değersizleşme de sona erer. Fakat –buna kıyasen– iç politikadaki çözümsüz çatışkıya dair verilecek somut karar, ancak yasal iktidara sahip olan parti tarafından gerçekleştirilebilecektir. Bu yolla parti, üstün bir üçüncü olur ve aynı anda kendi kanunilik prensibini, yani eşit şans prensibini ortadan kaldırır. Bundan sonra, başka sözcüklerle ifade edilirse, devlet

* Almancada anılan paktın özelliğini vurgulamak için "Kriegsächtung" adlandırması tercih edilir. "Acht und Bann", Alman kamu hukuku tarihinde izleri Ortaçağ'a kadar sürülebilen bir kavramdır. Dünyevî hukukta bilhassa Kutsal Roma İmparatorluğu tarihinde yaygın biçimde kullanılmıştır. Erken Modernlik ile birlikte kavram giderek, herkesin müşterek düşmanı haline getirme, hukuk cemiyetinden tard etme, "barışsız" (friedlos) ilan etme ve benzeri anlamları kazanmıştır. –*çn*

iktidarının yasal sahipliğinin politik üstünlüğü rahatlıkla karar verici konuma gelir.

Yasal iktidar sahipliğinin üç katmanlı –takdir yetkisinin kullanımı, kanunilik karinesi ve derhal icra edilebilirlik üzerinde yükselen– büyük ödülü, olağanüstü halin sağladığı olağandışı yetkilerini kullanırken eşit şanslara dair her türlü düşünceyi bertaraf edici asıl etkisini bütünüyle sergiler. Ayrıca bu ödül, hâkim partiye sadece "ganimet" ve eski tarzdaki "spoils"* üzerinde tasarrufta bulunma imkânı sunmakla kalmaz, niceliksel anlamdaki bir total devlet içinde tüm malî (vergi ve harçlar) hukukla beraber milli gelirin tamamı üzerinde tasarruf imkânı da sunar. Yasal imkânların parlamenter yasama devletinin kanunilik prensibi üzerindeki etkilerini tanıtmak amacıyla sunulan bu göstergeler yeterli olmalıdır. Hatta bu büyük ödüle daha sonra bazı küçükler de ilave olur. Örneğin bir çoğunluk partisi müteakip yasama dönemi için yapılacak seçim ve oylamalarda kullanılacak oylama kurallarını kendi lehinde ve iç politikadaki rakibinin aleyhinde belirleyebilir. Prusya Eyalet Meclisi'nin zar zor elde edilmiş çoğunluğunun yasama dönemi sonunda, 12 Nisan 1932 tarihinde aldığı kararla[2] yaptığı gibi; bir çoğunluk, sırf karşıtının şansını azaltmak ve kendi geçici bakanlar kurulu şansını yükseltmek için –başka bir ifadeyle ileride artık mevcut bulunmayacak bir çoğunluk söz konusu olmasına rağmen yasal iktidar sahipliğini sürdürmek için– bir içtüzük değişikliğinin (§ 20) yardımıyla müteakip yasama döneminde bir başbakanın seçilmesini kasten zorlaştırılabilir. Bugün birçok eyalette aylardır hatta yıllardır görevde bulunan "geçici bakanlar kurulları", bir defa kazanılmış bir iktidarın sağladığı –bizim burada ilgilendiğimiz cinsten– ödüller hakkında epey öğretici örnekler sunuyor. Bu geçici bakanlar, Prusya Anayasası'nın misal farz ettiği üzere,

* 19. yüzyılda Amerika Birleşik Devletleri'nin siyasal pratiğinde kullanılmaya başlanan bu kavram, seçimin galibinin kendi destekçilerini çeşitli kamu görevlerine ataması karşılığında kullanılır. Schmitt, eski tarz derken bu tarihselliği işaret ediyor. –çn

1 Gramatikal düzeltme (B)

sadece "devam etmekte olan işleri"* tamamlamakla uğraşmıyorlar. Bu anayasal ifadeyi pek önemsemeyen Alman Federal Devlet Mahkemesi'nin** içtihadına (Lammers-Simons 1, s. 267) binaen "yürütülmekte olan işler" basitçe "her türlü işler" olarak okunmakta ve geçici bakanlar kurulu iktidar yetkileri bakımından –ancak kendi anayasal bağları bakımından değil– nizamî bir parlamenter kabineye tamamen denk addedilmektedir; zira artık pek de sadık olmayan bir zihniyet bakımından yürütülmekte olan işler ile diğer işleri tefrik etmek epey zor olacaktır. Böylece, muhalif parti bariz bir muhalif çoğunluğu kendi bakımından elde edemediği müddetçe; daha önceden mevcut bulunan bir çoğunluk, hâlihazırdaki çoğunluğu yitirmiş olsa dahi devletin iktidar araçlarının sahibi kalmaya devam edecektir. Bundan sonra içsel haklılaştırma, artık demokratik çoğunluk prensibi olmaktan bariz biçimde çıkar, sadece ve sadece bir kez yasal yoldan ele geçirilmiş devlet iktidarının fiilî sahipliği olur. Eşit şans artık geçerli olmaz, aksine sadece *beatus possidens*'in*** zafer geçidi başlar. İktidar sahipliğinin böyle ödüllerinin etkin bir politik anlam taşıyacak dereceye varması ve bunların umursamazca istismar edilerek parti siyasetinin iktidar iddiasının doğal bir aracına dönüştürülmesi, eşit şans prensibine ve bundan mülhem parlamenter yasama devletinin kanunilik temeline dönük her türlü inancı yok eder. Eğer gerçekten bu raddeye varılacak olursa, bundan sonra mesele sadece, tüm kanunilik sisteminin bertaraf edildiği an itibarıyla en son kimin yasal iktidarı elinde tutuğu ve sonrasında bu kimsenin kendi iktidarını yeni temeller üzerindeki inşası konularına odaklanır.

---

* Schmitt, 1920 Prusya Anayasası'nın 59. maddesinin 2. fıkrasını işaret ediyor: "Kabine bütünüyle görevden çekilmişse, geri çekilen bakanlar devam etmekte olan işleri yeni bakan görevi devralıncaya kadar yürütürler." –*çn*

** "Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich": Weimar Anayasası'nın 108. maddesine göre 9 Temmuz 1921 tarihinde çıkarılan federal kanun temelinde faaliyette bulunan mahkemenin en önemli vazifelerinden biri, anayasal düzemdeki yapı, kurum ve uzuvlar arasında çıkabilecek husumetleri, temyizi gayri kabil biçimde hükme bağlamaktı. –*çn*

*** Hukuken üstün bir konuma sahip olan zilyetlik. –*çn*

II. WEIMAR ANAYASASI'NIN ÜÇ OLAĞANDIŞI KANUN KOYUCUSU

1. Olağandışı Kanun Koyucu *ratione materiae*; İkinci Bir Anayasa Olarak Weimar Anayasası'nın İkinci Kısmı

Parlamenter yasama devletinde kanun, ansal parlamento çoğunluğunun ansal kararıdır; doğrudan demokrasideyse ansal halk çoğunluğunun ansal iradesidir. Demokratik çoğunluk prensibinin varacağı neticelerden birincisi ansallık; ikincisiyse basit, yani %51'lik çoğunluktur. Buna mukabil çoğu demokratik anayasada bazı durumlar bakımından daha az, bazı durumlar bakımındansa daha yüksek bir nisabın arandığı, basit çoğunluk prensibinden pekâlâ sapmış istisnalar da mevcuttur. Ancak basit çoğunluk ilkesinden sadece usul sorunlarıyla alâkalı konulardaki sapmalar ile –örneğin: FA m. 29 gereğince kapalı oturum kararının üçte ikilik nitelikli çoğunlukla alınması veya FA m. 24 gereğince Reichstag'ın toplantıya çağırılması için sadece üçte birlik bir talebin kâfi gelmesi gibi– *somut içeriği* belirli kararlar bakımından sapmanın *maddi hukukun* bir kuralı olarak devreye girmiş olduğu durumlar arasında ayrım yapılmalıdır. Anayasa değişikliği meselesi de (FA m. 76), "anayasa" sözcüğünden teşkilata dair şeylerin mi, usul kurallarının mı yoksa maddi hukuk ilkelerinin mi anlaşılacağına göre epey farklılık arz eden bir içeriğe sahiptir. Sadece maddi hukuk normlaştırmaları, basit çoğunluk ilkesinden bariz ve aynı zamanda ilkesel bir sapmayı ve değişikliği içerirler. Bun-

lar bakımından daima karar alma usulünde kolaylaştırmalar değil zorlaştırmalar söz konusu olur; örneğin bir kanun teklifinin karara bağlanması için %51'den daha fazla bir çoğunluğun gerekmesi gibi. Maddi hukuk alanındaki bu sapmalar; bol miktarda "tahkimat mevzileri", koruma tedbirleri, dokunulmazlık beyanları, güvenceler ve diğer maddi hukuk kuralları vasıtasıyla anayasa hukuku tarihinde eşi görülmemiş bir çerçevede Weimar Anayasası'nın ikinci kısmına dâhil edilmiştir. Federal Anayasa'nın bu ikinci kısmı belirsiz ve pekâlâ aldatıcı bir başlık taşır: "Almanların Temel Hak ve Yükümlülükleri". Gerçekteyse bu kısım, ilkinin yani bir parlamenter yasama devletini teşkil eden ana kısmın karşısında konumlanan, heterojen, ikinci bir anayasadır.

Burada basit çoğunluk ilkesinden yapılan sapma, belirli bir maddi hukuksal içeriğe dair kanun teklifleri bakımından FA m. 76'nın* üçte iki nitelikli çoğunluğu gerekli görmesinde saklıdır. Bu noktada meselenin berraklığını muhafaza etmek amacıyla Reichsrat'ın itiraz yetkisini bir kenara bırakıp sadece olağan kanun koyucu olan Reichstag'ı ele alırsak, esasa dair "güvencenin", % 51 yerine daha fazlanın, yani % 66⅔'ün kanun teklifi lehinde oy kullanması mecburiyetinde yattığı görülecektir. Aritmetik fark % 15⅔'tür. Aritmetik çerçeveden yaklaşıldığında tabiatıyla her durumda sadece niceliksel kalacak olan % 15⅔'lük bu fark vasıtasıyla, parlamenter yasama devleti içinde artık birçok sonuç meydana getiren *niteliksel* bir dönüşümün ve hatta radikal bir müdahalenin varlığı gündeme gelir. Zira bugün artık şu soru gündeme geliyor: Fazladan

* FA m. 76, f. 1: Anayasa yasama yoluyla değiştirilebilir. Bununla beraber Reichstag'ın anayasa değişikliği hakkındaki kararları, üye tam sayısının üçte ikisinin toplantıda mevcut bulunması ve toplantıya katılanların en az üçte ikisinin değişiklik teklifi lehinde oy kullanmaları halinde bağıtlanmış olur. Reichsrat'ın anayasa değişikliği hakkındaki kararları da, kullanılmış oyların üçte ikilik bir çoğunluğunu gerektirir. Halk oylaması marifetiyle bir anayasa değişikliği karara bağlanacaksa, oy kullanma yeterliliğine sahip olanların çoğunluğunun değişiklik lehinde oy kullanmış olmaları gerekir. –*çn*

bir %15⅔'ün bu şekilde ilave edilmesinin *ratio*'su gerçekten nedir? Basit kanun koyucu karşısında üstün türde bir kanun koyucuyu ve daha güçlü bir kanuniliği inşa etmeye muktedir olan bu ilave nisabın niteliği ve itibarı neye dayanıyor? Basit çoğunluğun tayin ediciliği, kendini bir irade tespiti yöntemi olarak temellendirir ve halkın demokratik homojenliğine dair faraziyeyi ihlal etmez. %15⅔'ün ilave edilmesinin gereği ise, bariz biçimde başka bir şeydir.

Muhtemelen burada sadece karar alma usulünün zorlaştırılmasıyla alâkalı teknik-pratik bir meselenin söz konusu olduğu itirazı ileri sürülecektir; öyle ya % 66 veya % 67, % 51 gibi pek de kolaylıkla bir araya gelemeyecektir. Eğer mesele buysa, ortada sadece frenlemeyle alâkalı bir durum var olabilir ve belki bununla bağlantılı olarak daha iyi ve daha adil karar alabilmeye yönelik bir ihtimal düşüncesi söz konusudur. Oysa yakından incelendiğinde, her koşul altında kendi kendini ikna edebilen bu açıklamanın, niceliksel anlamda 66'nın 51'den daha büyük olmasından başka –ki bu şüphesiz doğrudur!– bir şey söylemediği ve fakat anayasanın somut sorununa da temas etmekten uzak kaldığı görülür. Anayasa teorisini ilgilendiren sorun, başka şeyleri konu edinir: Yasama devletinin merkezi ağırlığı, kanun koyucu, kanun ve kanunilik kavramları. İlave %15 vasıtasıyla yeni tür bir kanun koyucu temellendiriliyorsa, karar alma sürecinin sadece zorlaştırılmasına yapılan bu atıf, hiçbir biçimde inandırıcı olmaz; hele ki bu ilave %15'in her türlü hususi niteliği değerlendirilmemiş ve homojenliğe dair demokratik faraziye göz ardı edilmişse. Basit ve nitelikli çoğunluk tek ve aynı kanun koyucuyla özdeşleşiyorsa, söz konusu olan şey sadece parlamentonun iç işleyişini ilgilendiren –tabiri caizse– bir içtüzük değişikliğidir. Bu şekliyle üst ve ast normlar arasındaki bir karşıtlıktan da söz edilemez. Sadece niceliksel bir müşkülat olarak tasavvur edilmiş zorlaştırmalar, böyle kaldıkları müddetçe en fazlasından olumsuz bir fiilî frenleme aracı olabilirler. Fakat bu zorlaştırmalar, ne genel bir

pozitif adalet veya akıl prensibini, ne de karakteristik bir kurucu bakış açısını içerirler; dahası özellikle demokratik bir şey de değildirler. Bir çoğunluğun baskıcı olduğu nispette daha adil ve daha iyi olduğunu ilan etmek veyahut 98 kişinin 2 kişiye kötü muamelede bulunmasının 51 kişinin 49'una böyle yapmasıyla mukayese edildiğinde geniş anlamda pek de öyle gayri adilâne olmadığını soyut biçimde iddia etmek, herhalde "adalet" kavramının pek alışılmadık bir türü olsa gerektir. İşte burada pür bir matematik, pür bir gayri insanilik halini alır. Çıkarılan bir kanunun adalet değerinin ve niteliğinin çoğunluk nisabına göre tayin edilmesinin, yani öyle ki, içeriğine bakılmaksızın oyların % 67'siyle belirlenmiş bir kararın sadece % 51'i bulmuş bir karar karşısında 16 derece üstün bir norm olmasının bilhassa demokratik olacağı da, herhalde katiyen söylenemeyecektir. İncelenen durumlarda basit ve üstün kanunlar arasında yapılan ayrım, nisap ilkesine değil, anayasanın tercihine dayanır ve buna rağmen ancak, genel demokratik prensipler gereğince basit bir çoğunlukla ortaya çıkabilir.

Basit çoğunluğun üzerine eklenen bir oy nisabına duyulan ihtiyaç, ne demokratik ilkelerle ne de –bundan daha az bir gereklilik bağı içinde– aklın, insanlığın ve adaletin mantığıyla temellendirilebilir; bilakis bu ihtiyaç kaynağını, sadece günümüzdeki durumun pratik-teknik mülahazalarında bulabilir. Parlamenter olanı da dâhil her demokrasi, ilkesel olarak kesintisiz ve bölünemez farz edilen bir homojenliğe dayanır. Daha önce belirtildiği üzere her oylama sadece, –tabiî eğer demokrasi sonlanmayacaksa– derin bir düzeyde daima bulunması icap eden ittifakı tespit etmeye dönük bir tür oydaşma anlamına gelir; yoksa oyçokluğuyla mütecavizleşen bir üstün gelme neticesinin yaratılması değildir. Bir demokraside halkın çoğunluğu ve azınlığı arasında süreğen ve örgütlü hiçbir bölünme meşru biçimde var olmadığından, çoğunluk karşısında devamlı surette korumaya layık ve muhtaç çıkarlar da bulunmaz. Gerçekteyse bu koruma ihtiyacı epey büyük

olabilir. Ancak durum böyleyse şunun bilincinde olunmalıdır ki, demokrasi çoktan inkâr edilmiş demektir ve "hakiki" veya üstün bir demokrasiden hakiki bir azınlık korumasını beklemek az bir fayda sağlar. Belirli somut çıkar ve hakların böyle korumaya layık ve korumaya muhtaç oldukları yönündeki bakış açısının anayasaya kesin bir şekilde yansıtılması halinde, sadece demokratik prensip değişmekle kalmaz, temelden farklı türde bir anayasa da meydana gelmiş olur. Bu suretle ya basit çoğunluk karşısında demokratik olmayan hatta antidemokratik bir güvensizlik dile getirilmiş olur ya da koruma altına alınmış birtakım nesne, kişi veya kişi grupları demokrasi dışına çıkarılmış, bundan muaf tutulmuş ve bununla beraber çoğunluğun karşısında bunlara az ya da çok oranda seçkinleşmiş hususî bir topluluk olarak imtiyaz sağlanmış olur. Bu düşünceler tutarlı bir biçimde sonuca vardırılacak olursa, çoğunluğun tehdidi altındaki belirli çıkar veya grupların böyle bir biçimde korumaya layık ve muhtaç kabul edilmelerinin, bunların parlamenter demokratik oylama yöntemlerinin işlevselciliğinin ansallığından tamamıyla ihraç edilmeleri sonucuna ulaştırması gerektiği öngörülebilir. Bundan sonra muhtemelen, *itio in pares*[*] ile birlikte tam bir muafiyetin sağlanması ya da hicret[**] ve siyasi ayrılma hakkının tanınması tutarlı olabi-

---

[*] Schmitt, (Alman Milletinin) Kutsal Roma İmparatorluğu'nun erken modernlik döneminde toplanan Reichstag'larında kullanılan bir usulü işaret ediyor. Mezhep bölünmesi yerleşik bir hal aldıktan sonra Reichstag'ların yine de müşterek bir iradeye varabilmelerini sağlamak amacıyla *itio in pares* (meclis toplantısının bölünmesi) adı verilen bir oylama yöntemi kullanılmıştır. Esasen Reich zümrelerinin müstakil yetkilerine dayanan bu usule göre, mezhebi bir çekişme durumunda zümre Katolik ve Protestan kompartımanlar arasında ayrışır ve bunlar kendi içlerinde müstakil kararlar verir ve dahası, bunun gerçekleşmemesi durumunda her bir Reich zümresinin emperyal bir kararın hükme bağlanmasını engelleyecek bir protesto hakkı bulunurdu. –*çn*

[**] Schmitt, bu sözcüğü bilhassa tercih etmişe benziyor. İmparatorluğun anayasallığının çözüldüğü "inanç savaşları" döneminde çeşitli barış denemeleri yaşanmıştır. Bunlardan en etkililerinden biri olan 1555 tarihli Augsburg Dinsel Barışı –daha sonradan *cuius regio, eius religio* ("kimin toprağıysa, onun dini") sözünde hukuk terimi haline gelecek olan– bir kaide

lecektir. Pek tabiî Weimar Anayasası'nın ikinci kısmında böyle bir durumun varlığı öngörülmemiştir. Anayasa'nın ikinci kısmı sadece, parlamenter-demokratik yasama devletinin muhtemel bir anayasasının değerden ve özden yoksun tarafsızlığı karşısında kendini konumlandırmış başka tür bir anayasanın taslağı mahiyetindedir.

Çoğunluk karşısında koruma altındaki nesne, kendine özgü içsel değeri veya belki tamamen kendi kutsallığı nedeniyle korunuyor olsa da; basit çoğunluğun %51'ine başka bir %16'nın eklenmesi mecburiyeti demek olan bu koruma, bariz biçimde yarım kalmış bir şey ve yalnızca bir ehvenişer anlamına gelecektir. Zira bu ilave %16, korunan nesne bakımından somut anlamda pek de öyle vasıflandırılmamış olduğu gibi, bunu geri kalan %51'den ayıracak özellikler de şart koşulmamıştır. Aynı zamanda bu %16, korunan nesneyle –ister maddi isterse şahsi olsun– özel bir ilişki içinde de değildir. Hatta varlık gerekçesini, anılan %16'nın muhtemel bir ihlale veya müdahaleye muvafakat vermesi mecburiyetinde bulacak bir ilişki bile söz konusu değildir. Bu %16'nın durumu, örneğin dinî toplulukların özel olarak güvence altına alınmış çıkarlarının ortadan kaldırılması sürecinde bu toplukların herhangi bir temsilciliğine danışılması ve bu bağlamda muvafakatlerinin alınması mecburiyetindeki gibi değildir veyahut memur temsilcilerinin veya memuriyet kökenli tüm parlamenterlerin ittifak halindeki iradelerine rağmen FA m. 129'da dokunulmaz ilan edilmiş imtiyazlı memuriyet güvencelerinin ihlal edilememesi gibi dahi değildir. Mesele daha ziyade saf aritmetik-nicelik hesabının sınırları içinde kalır. Bu, basit aritmetik çoğunluktakine benzer biçimde nitelikli çoğunlukta da koşulsuz bir homojenliğin varsayılmasından başka bir anlama gelmez; zira aksi halde ilkel aritmetiğin burada da kullanılan

ortaya koyarak, mülkî efendinin inancının ilgili siyasi birimin ve orada mukim bulunanların inancını da belirleyeceğini düzenlemişti. Zorunlu "ihtidadan" kaçınabilmeleri için, diğer inanç grubundan olan kimselere mülkî efendinin topraklarını terk etme hakkı tanınmıştı (ius emigrandi).

en temel kurallarına göre bir toplama işlemini yapmak bile mümkün olamayacaktır. Bu homojenlik faraziyesi altında, basit çoğunluktakine göre belirlenmiş olandan farklı bir oy hesaplama yönteminin uygun görülmesi mümkün değildir; en azından objektif olarak belirlenmiş çıkar ve gruplar bakımından.[1] Buna mukabil her bir unsuru kapsayan homojenliğe dair faraziye terk edilirse, vatandaş kitlesinin artık daha fazla bütünsel düşünmediği, aksine heterojen biçimde örgütlenmiş çok sayıda bloklara çoğulcu biçimde bölündüğü kabul edilmiş olur. Bununla beraber böyle heterojen iktidar blokları karşısında her türlü aritmetik çoğunluk prensibinin anlamını yitireceği de kabul edilmek mecburiyetindedir. Her zaman sadece türdeş olan büyüklükler toplanabilir. *Ya* tek bir iktidar bloğu –ister basit isterse nitelikli olsun– gerekli çoğunluğu tayin eder. Bundan sonra yaptığı her şey, başkaca bir şeye ihtiyaç duymaksızın yasal olur ve tüm muhalif partiler bakımından artık hiçbir korumadan söz edilemez. Basit çoğunluğun %51'iyle homojen olmasından ötürü buna ilave edilen anılan %15 veya %16, yeni bir haklılık temeline sahip olmaz, aksine sadece daha güçlü bir koruma ihtiyacını haklı çıkarabilir. Muhtemelen basit çoğunluğa karşı duyulan güvensizlik, türdeş bir üçte iki çoğunluk karşısında daha da artacaktır; zira daha güçlü ve tehlikeli çoğunluk, tehlikeli basit çoğunluktan bariz biçimde çok daha tehlikelidir. *Ya da* gerekli çoğunluk ancak bir sıra *heterojen* parti bloğunun karşılıklı tavizler vererek uzlaşmaya varmalarıyla meydana gelir. Bu durumda kanun, heterojen bir iktidar yığınının ansal uzlaşısı olur. Fakat bundan böyle ayrıntılı bir oy sayımının hiçbir türü kabul görmez ve basit çoğunluk yerine nitelikli bir oylama çoğunluğunun devreye sokulması da, eklenen %15 veya %16'nın aslen heterojen olması ve çekişme konusu olan şeyle alâkasız biçimde bir çeşit kilit pozisyonu elde etmesi demek olur ve %15 veya %16, elde ettiği bu kilit pozisyon sayesinde asıl çekişme konu-

1 Buraya notlar ilave edilmiştir (A)

suyla alâkasız bazı ödünleri koparabilir. Örneğin, bir tarafında muhafazakâr Hıristiyan diğer tarafındaysa kültürel radikalist bir grubun yer aldığı ve konusu sekülerleştirme ve devletin laikleştirilmesi olan muhtemel bir çekişmede, bir orta sınıf partisi oyunun rengini pekâlâ gayrimenkul iratlarından alınan verginin kaldırılması talebine bağlayarak belirleyebilecektir.[1] Bilindiği üzere, benzer politik alışverişler her çağda ve her devlet biçimi altında akla gelmesi mümkün şeylerdir. Muhtemelen mutlak prensin kabine konseyi ile metresleri arasındaki bazı anlaşmalar da epey heterojen saiklere ve bakış açılarına dayanıyordu. Ancak çoğulcu partiler devletinin basit çoğunluk usulünde ve çok daha fazlasıyla nitelikli çoğunluk usulünde bu türden "uzlaşılar" tipik ve tabiri caizse kurumsaldır. Küçük ve orta ölçekli partiler bakımından böyle bileşimlerin pratiği, doğrudan bir varlık problemidir. *J. Popitz*'in (Deutsche Juristen-Zeitung 1929, s. 20) ciddi biçimde dikkat çektiği üzere, bu partilerin bir kanunun anayasayı değiştiren bir özellik taşıdığını iddia etmeye de eğilimleri vardır; zira bu yolla anayasa değiştirici çoğunluğa ortak olurlar.[2] Burada ilgilenilen temel sorun açısından, basit çoğunluk prensibinden yapılan sapma her şeyden önce şu nedenle özel bir probleme dönüşür: İrade oluşumunun maddi nedenlerden ötürü zorlaştırılması, yine de korumaya değer içerikle maddi bir ilişki içinde kalmak mecburiyetinde olmalıydı. Ancak bugün yürürlükte olan kurallara göre şu anki durum bu değildir. Konusu belirli bir zorlaştırma saiki ile tamamen konusuz bir zorlaştırma tarzı arasındaki bu ilişkisizlik, demokratik çoğunluk prensibinden yapılan sapmalar içinde bugün en fazla çelişkilerle dolu olanıdır. Basit çoğunluğa güven kalmamışsa; bir miktar oy yüzdesi daha ilave etmek gereğiyle, değişen duruma göre belki çok, fakat belki de çok az şey kazanılmış olur. Bu eklenen oy yüzdesi, kaybolan güveni hangi gerekçeyle yeniden tesis edebilir? Eğer objektif nedenlerden ötürü belirli çıkar ve grupların güvence

1 Buraya notlar ilave edilmiştir (A + B)

2 Buraya notlar ilave edilmiştir (A)

altına alınmaları gerekiyorsa, bu kimseler buna özgü ve illa demokratik olması gerekmeyen özel müesseseler marifetiyle iradenin demokratik oluşum sürecinin dışına çıkarılmak mecburiyetindedirler; başka deyişle bunlara muafiyet ve imtiyaz tanınır. Fakat bunları, salt niceliksel zorlaştırmalar vasıtasıyla aritmetiksel-istatistiksel yöntemlerin işlevselciliğinin dışına çıkarmak ve bunları aynı anda anılan işlevselciliğin içinde el sürmeden öylece muhafaza etmeye çalışmak pek tutarlı değildir. Bu şekilde, mefruz homojenliği zemin alan basit çoğunluğa dair demokratik ilke, herhangi bir yeni prensibe geçilmeksizin terk edilmiş olur. Yukarıda belirtildiği gibi, böyle bir çıkış yolu en iyisinden, yine de açıklığa kavuşturulamamış bir ara durumun pratik-teknik ehvenişeri olarak kabul edilebilir.

Burada, Weimar Anayasası'nın ikinci kısmı türündeki anayasaların veya maddi hukuk güvencelerinin kendinde haklı ve makul olup olmadıkları meselesi konu edilmiyor. Bunlar şüphesiz ki böyledirler. Fakat bunlar, Anayasa'nın birinci kısmında örgütlenmiş parlamenter yasama devletinin sahip olduğu değer tarafsızlığı karşısında yapısal bir çelişki içindedirler ve bu devleti sadece sınırlandırmakla kalmıyorlar aynı zamanda onun altını da oyuyorlar. Her şeyden evvel, bu türden her güvence ve sabit; basit, olağan ve normal kanun koyucu karşısındaki, yani parlamento çoğunluğu karşısındaki bir güvence anlamına geldiğinden, bu güvenceler vasıtasıyla parlamenter yasama devletinin bugüne dek sağlam kalmış temeli, yani olağan kanun koyucuya koşulsuz güven, tabiri caizse anayasa marifetiyle sarsılıyor. Ayrıca Weimar Anayasası'nın ikinci kısmının söz konusu maddi hukuk güvencelerinin kapsamı olağanüstü derecede geniş ve belirsizdir. Bu kapsam, ikinci kısmın içerdiği belirsiz kavramların, doğrultuların ve ilkelerin "pozitifleştirilmeleri" ve "güncelleştirilmeleri" yardımıyla öngörülemez olana doğru daha da genişletilebilir. Fakat burayı ilgilendiren bağlam içinde öncelikle dikkat çekilmesi gereken şey; bu türden maddi hukuk güvencelerinin, kanunu ansal çoğunluğun

ansal iradesi addeden yasama devletinin normalde varlığını koruduğu işlevselciliğini tam bir karmaşaya sürüklemesidir. Bugün anayasanın maddi hukuk güvenceleri, bir yanda olağan kanun koyucunun ivedili *ansallığı* karşısında koruma sağlayacak ve her türlü özsel değeri ansal çoğunluğun eline teslim eden özden yoksun çoğunluk işlevselciliği karşısında somut bir *içeriği* güvence altına alacak; öte yandaysa bunun tam tersi yönde parlamenter demokrasinin yasama süreci, her içeriğe, görüşe, uğraşa ve hedefe açık tutulacaktır. Mamafih ağırlaştırılmış çoğunluk nisabına dönük ihtiyacın sonucu olarak şimdi, ansallığın ve ivediliğin yeni bir türü meydana çıkıyor: Bundan böyle, üstün bir kanun (anayasa kanunu), ansal üçte iki çoğunluğun ansal iradesinden ibaret oluyor. Ancak ansallığın bu yeni ve "üstün" türü, ilk ve "alt düzeydeki" türüyle tam bir tezat içinde yer alıyor, zira bu yeni tür, özden yoksun, değere tarafsız ve bundan ötürü işlevselci olarak tasavvur edilmemişti. Bu yeni tür ansallık, bizzat anayasa tarafından öne çıkarılan muayyen değer içeriklerinin, hatta –örneğin doğrudan "anayasanın koruması" altında bulunması gereken evlilik (m. 119) ve ibadet hakkı (m. 135) gibi– mukaddes kurum ve kuruluşların mevcudiyetinden hareket ederken, koşulsuz değer tarafsızlığı içindeki parlamenter yasama devletinin işlevselci ansallığı da bu kutsalların derhal ortadan kaldırılması ihtimalinin emrine girmeye hazırdır. Şu iki taraf bariz biçimde uzlaşmaz karşıtlıklar içerir: Bir tarafta her türlü "değer vurgusu", her türlü somut "düşünce sistemi" (R. Smend) ya da daima anayasanın ikinci kısmının işlevselci değil de somut ve özsel olarak kurgulanmış tasavvurları adıyla anılmak istenenler; diğer taraftaysa, anayasanın teşkilata dair birinci kısmının koşulsuz, hatta 76. maddenin hâkim yorumuna göre kendine özgü kanunilik sistemi ve bizzat kendi karşısında dahi tarafsız işlevselciliği.[1] Bir yandan evlilik, din ve özel mülkiyet tüm ciddiyetiyle anayasanın koruması altına alınırken, öte yandan

1 Buraya notlar ilave edilmiştir (D)

aynı anayasada bunların ortadan kaldırılmasının yasal yöntemi gösterilemez. Aynı anda hem "inançsız bir kültürel radikalizm" kesin surette reddedilecek hem de buna tüm yasal "supaplar" açık tutulacak ve eşit şans tanınacak; bu mümkün değildir. Her ne kadar evliliğin veya kilisenin ortadan kaldırılması yasal olarak mümkünse de, yasal yollardan evliliği ortadan kaldıracak ya da ateist veya laik bir devlet kuracak basit veya üçte ikilik bir çoğunluğa –umarız ki– ulaşılamayacaktır demek, kifayetsiz ve pekâlâ ahlaksız bir ifadedir. Böyle bir imkânın kanuniliği tanınırsa –ki bu, kanun ve anayasa kavramlarının hâkim işlevselciliği bakımından anlaşılabilirdir–; anayasanın ikinci kısmının tüm kabulleri gerçekte "içi boş" kutsallıklara dönecektir. Böyle bir anayasanın hukuk öğreti ve pratiği şu seçeneklerle karşı karşıya gelir: Ya teşkilata dair kısmın tutarlı –hukukî, ahlakî ve siyasî– değer tarafsızlığından ya da anayasanın ikinci kısmının maddi "düşünce sisteminden" ödün vermek. Çünkü anayasa bir bütündür. Yalnızca idarelerin ve mahkemelerin uygulayageldikleri tüm basit rutinler bakımından bile, anayasal aksiyomların yakın etkilerinden olduğu gibi "uzak etkilerinden" de kaçınabilmek mümkün değildir. İşlevselci kanunilik sisteminin ilkesel değer tarafsızlığı ile maddi anayasa güvencelerinin ilkesel değer vurgusu arasında bulunabilecek bir orta yol yoktur. Ağırlaştırılmış çoğunluk nisabı asgarisinden akılcı bir "uzlaşı" olabilir. Tarafsızlığa evet mi, hayır mı sorusu karşısında tarafsız kalmak isteyen kimse, tarafsızlık seçeneğini tercih etmiş demektir. Değer iddiası ve değer tarafsızlığı birbirlerini dışlar. Ciddi olarak ileri sürülen bir değer iddiası ve taraftarlığı karşısında ciddi olarak istenen değer tarafsızlığı, ancak değerin inkârı anlamına gelir.[1]

Bugün artık işlevselcileşmiş kanunilik sisteminin ilkesel ve koşulsuz değer tarafsızlığının, onu bugüne kadar getiren ve kendini artık hâkim gören düşünce bakımından ne ölçüde

1 Üstü çizilen cümleler: "Tarafsızlığa evet mi hayır mı sorusu karşısında tarafsız kalmak isteyen kimse, tarafsızlık seçeneğini tercih etmiş demektir. Değer iddiası ve değer tarafsızlığı birbirlerini dışlar." (B)

doğal kabul edildiği, en iyi şekilde *G. Anschütz*'ün anayasa şerhinden (Kommentar zur Reichsverfassung, 14. Aufl. 1932, s. 404 f.) anlaşılabilir. Tanınmış bir üstada ait olan bu öncü şerh, FA m. 76'ya göre anayasa değişikliklerinde herhangi bir sınır bulunamayacağına dair bugün birçok kamu hukukçusu tarafından savunulan görüşü, –özellikle vurgulayarak– "yeni bir öğreti" ve "yeni türde bir teori" olarak adlandırıyor. Devamlı surette sayıları artan bu "yenilerin" (*H. Triepel, Carl Bilfinger, E. Jacobi, O. Koellreutter, H. Gerber, O. Bühler, R. Thoma, W. Jellinek, K. Loewenstein* vd.) hem sınır tespitleri hem de ispat temelleri birbirleriyle farklılık gösteriyor. Birinci ve en önemli farklılık, bu yazarlardan kimilerinin maddi içerikleri dokunulamaz düzeyde kutsal kabul etmelerinde; buna karşın diğerlerinin –öncelikle *R. Thoma* ve tabiî ki *W. Jellinek*– kanunilik sisteminin sadece bazı tekil ve kavramsal bakımdan gerekli, hayatî faraziyelerini (gerisi bakımından kanunilik sistemi değere tarafsız kalmaya devam edecektir) –objektif olarak muayyen bir kanun kavramının, eşit şansın, ifade hürriyetinin, özgür seçim ve oylama hakkının bir çeşit minimumu gibi– dokunulamaz addetmelerinde yatıyor denilebilir. Carl Binfinger'in ve benim Anayasa'nın 76. maddesi hakkındaki görüşlerimizi "muhayyel hukuk" olarak görüp özellikle niteliksizleştirmek arzusundaki R. Thoma bile, vicdan özgürlüğünü bastıracak veya "–Faşizm ve Bolşevizm hariç– günümüzün medeni dünyasının tamamınca kutsal addedilen adalet ve hürriyetin herhangi bir başka ilkesini ayaklar altında çiğneyecek" kararların, bu yöndeki bir anayasa değiştirici çoğunluğunun mevcudiyetine rağmen anayasaya aykırı olabileceğini söylüyor. Bu görüş dairesinde, en azından kendi kanun ve özgürlük kavramlarıyla birlikte burjuva hukuk[1] sistemi hâlâ kutsaldır; liberal değer tarafsızlığı hâlâ bir değer olarak görülür ve siyasî düşman da –Faşizm ve Bolşevizm– açıkça ismen anılır. Buna mukabil *Anschütz*'deyse, hâlâ işlevselci kalmaya devam edebilmiş bir kanunilik sistemi-

1 Düzeltme: "burjuva hukuk devleti" yerine "burjuva hukuk" (B).

nin değer tarafsızlığı, bizzat kendi rağmına dahi olsa mutlak bir tarafsızlığa kadar ilerler; kanuniliğin kendini de imha edecek olan yasal imkânın önünü açar; kısacası kendi tarafsızlığı içinde intihara kadar varır. Sıradan veya anayasa değiştiren bir kanunun içinde kararlaştırılan her şey, kayıtsız şartsız yasal olur; hakikaten Anschütz'ün de bizzat ifade ettiği gibi, "içeriği ve siyasi menzili fark etmeksizin her şey".

Bu görüş muhkem hale geliyor ve kendini "eski" öğreti olarak takdim ediyorsa, artık anayasaya aykırı hedeflerin varlığından söz edilemez. İstediği kadar devrimci veya gerici, yıkıcı, devlet düşmanı, Alman düşmanı ve hatta tanrısız olsun, her türden hedefe ulaşmak serbesttir ve yasal yollardan bu hedeflere ulaşma şansından kimse mahrum bırakılamaz. Bu şansın her türlü sınırlandırılması ve engellenmesi muhtemelen anayasaya aykırı olacaktır. Nasyonal sosyalist örgütlerin kanuniliği veya kanundışılığı üzerine kaleme alınmış onca mütalaa ve mahkeme kararının varlığı karşısında, ben böyle örgütlere işçilerin veya memurların üye olmalarının hukukî değerlendirmesi ve bunların toplantılarının "barışçıllığı" vs. gibi meseleler hakkında şunu tekrar vurgulamak istiyorum: Eğer hukuk bilimine göre objektif bir cevap verilmesi gerekiyorsa; nasyonal sosyalistler, komünistler, tanrısızlar ya da her neyse onlar bakımından bu türden sorulara verilecek anlamlı bir cevap, kesinlikle müstakil ve yalıtılmış anayasa maddelerinden –örneğin m. 118 (ifade özgürlüğü) veya m. 130 (memurların siyasi kanaat özgürlüğü) gibi– ya da ad hoc kanunların veya kanun hükmünde kararnamelerin müstakil kaidelerinden değil, ancak kanunilik sisteminin anılan ilkesel zihniyetinden ve bilhassa Anayasa'nın 76. maddesinden çıkarılabilir. Bu cevap "Der Hüter der Verfassung" (Tübingen 1931, s. 113) adlı incelemede, "tarafsızlık" sözcüğünün ve bunun farklı anlamlarının izahı sırasında ortaya koyulmuştu:[1] "76.

1 Bu noktada dizgi tekniğiyle ilgili şu açıklamalar yer alır: " 'Der Hüter der Verfassung'dan uzun alıntı –italik" (A); "Alıntı içeri alınsın ve italik olsun!" (B)

madde hakkındaki bu hâkim görüş, Weimar Anayasası'nı, dayandığı zemininden ve siyasi cevherinden mahrum bırakıyor. Ve anayasayı, her türlü içerik karşısında ayrım yapmayan ve tarafsız, hatta şu an mevcut bulunan devlet biçimi karşısında bile tarafsız kalacak bir değişiklik sürecine maruz bırakıyor. Bu görüşe göre, anayasa değişikliği bakımından geçerli olan usulün yardımıyla gerçekleştirmeyi arzu ettikleri hedeflerine –örn. sovyet cumhuriyetine, nasyonal sosyalist imparatorluğa, demokratik iktisada dayalı sendikalist devlete, meslekî zümrelere dayalı korporatist devlete, eski tarzda monarşiye, herhangi türde bir aristokrasiye ya da başka bir anayasaya– ulaştıracak gerekli çoğunluğu elde edebilmeleri için tüm partilere gayet adilâne biçimde koşulsuz eşit şans verilmek mecburiyetindedir. Mevcut devlet biçimine veya o anki hükûmet partilerine her türden öncelik atfetme; ister propaganda yardımıyla, isterse radyonun, resmi gazetelerin, sinema sansürünün kullanımında ayrım yapmayla veya siyasi partilerin faaliyetlerini engellemeyle veya memurların parti üyeliği meselesinde memurların sadece mevcut hükûmet partisine veyahut parti politikası bakımından hükûmet partisinden çok uzak olmayan diğer partilere üyeliğine izin vermeyle olsun, ister aşırı uçtaki partilere toplantı yasağı getirmeyle, isterse politik programlarına göre devrimci olanlar ile yasal partiler arasında ayrım yapmayla olsun, bunların tümü Anayasa'nın 76. maddesinin, son uğrağına kadar tutarlı biçimde tasavvur edilmiş, hâkim yorumuna göre ağır sonuçlar doğurucu ve kışkırtıcı anayasaya aykırılıklar olacaktır." Hâkim olan "eski" öğretiye göre, uğraşlarının içeriği veya gayeleri nedeniyle hiçbir parti, girişim, örgüt, ittifak vs. yasadışı olamaz. Anılan bakış dairesinde *Häntzschel* (Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 20, s. 385), bir şeyin kanundışılığını onun devrimci gayelerinden çıkarmak isteyen *O. Koellreutter* (Parteien und Verfassung im heutigen Deutschland, 1932, s. 32) karşısında haklı olur. Anayasa'nın birinci kısmının işlevselci kanunilik sisteminin

değer tarafsızlığı açısından bakıldığında, mantık her durumda Hântzschel'in tarafında yer alır. Eğer mevcut çoğunluk partisi veya partiler koalisyonu kendi başına, muhalif partiyi ve bunun örgütlerini yasadışı ilan etmek isterse, bunu sadece yasal iktidarını kötüye kullanarak yapabilir. Akabinde, hukuk tarihi bakımından pek ilginç olacak bir ceza davası marifetiyle, bir örgütün her bir üyesinin cezalandırılabilir eylemleri doğrudan bu örgütün kendine isnat edilir. Devamında, bir çeşit kolektif sorumluluk üzerinden bir parti, ittifak veya örgüt öylece yasadışı olarak değerlendirilir ki, başta ceza hukuku gelmek üzere memuriyet ve çalışma hukuku alanlarındaki sonuçlarıyla beraber bu kanundışılık, –aksi istikamete dönerek– örgütün her münferit üyesine ve pekâlâ her bir yurttaşın veya memurun "faaliyetlerine" kadar sirayet eder. Muhaliflerin bu denli baskı altına alınması, yasal iktidar sahipliğinin yukarıda izah edilen (s. 41 vd.) siyasi ödüllerine ait olduğu kadar, anılan kanunilik sisteminin kendi çöküşünün kısmen kaçınılabilir kısmense kaçınılamaz temel gerekçelerini de teşkil eder.

Weimar Anayasası, birinci kısmının değer tarafsızlığı ile ikinci kısmının değer zenginliği arasında gerçek anlamda ikiye yarılmıştır. İkinci kısımda "pozitif" ve "güncel" hakiki değer tespitlerinin yanı sıra, henüz pozitif ve güncel olmayan ancak yine de (yasama, idare ve hukuk uygulaması vasıtasıyla) pozitifleştirilebilecek ve güncellenebilecek somut hedeflerin de işaret edilmiş olması, sorunu daha da zorlaştırıp çözülemez bir hale getiriyor. Bu Anayasa'nın her yerinde olduğu gibi burasında da, iki farklı pat durumu yan yanadır ve artık mesele bunun devamının nasıl geleceğidir; yani bundan sonra kimin Weimar Anayasası'nı parti hedeflerini tatbik etmede araç haline getirerek, yasal imkânları ve bilhassa siyasi ödülleri istismar etmek suretiyle yasal iktidar sahipliğini elde edeceğidir. Ansal ve ivedili basit çoğunluk işlevselciliğinden Weimar Anayasası'nın bu denli geniş bir kapsamda ödün verdiği bir durumda, biçimselciliğe ve işlevselciliğe yatkın bir hukuk öğ-

reti ve pratiğinin Weimar Anayasası'nın ikinci kısmını başka türden ve ikinci bir anayasa olarak kabul etmeye kudretinin yetmemiş olması ve aksine bazı malum mecburiyetlerden ötürü bu işlevselciliğin yeni bir kademesine sığınmış olması; ve anayasanın ikinci kısmının somut düşünce sisteminin somut güvenceleri karşısında dahi parlamenter yasama devletinin özden yoksunlaşmış işlevselciliğini muhafaza etmiş olması; ve "kanun koyucunun mutlak kudreti" hakkındaki tasavvurların tümünü çok daha kararlı biçimde anayasayı değiştirebilen kanun koyucunun mutlak kudreti lehinde basitçe kurtarmaya çalışmış olması, ancak psikolojik sebeplerle açıklanabilir. Hâlbuki mesele daha yakından incelendiğinde, basit çoğunluk işlevselciliğinin böyle bir ağırlaştırılmış çoğunluk nisabına aktarılmasının mantıken ve fiilen tamamıyla imkânsız olduğu görülür.[1] Bugün bu zorlaştırmalar, basit çoğunluğun ansallığını ve ivediliğini hedef alıyor. Bu çalışmada incelenen anayasal güvenceler, maddî anlamda belirli çıkar ve hukukî değerleri korumayla ve bunların lehinde işlevselciliğin ve onun değer tarafsızlığının kesin surette *reddedilmesiyle* ilgilidir, yoksa yeni tür bir üçte iki çoğunluk işlevselciliğinin devreye sokulmasıyla değil. Pratik bir zaruretin icabı olarak böyle güvence altına alınmış ve "dokunulmaz" ilan edilmiş çıkarlara müdahale imkânının tanınması mecburiyetinde olunsa dahi, bununla kastedilen şey, dokunulmaz çıkarlar bakımından anayasayı değiştirebilen kanun koyucunun, yasama devletinin geriye kalan işleyişindeki olağan kanun koyucuyla –yani basit parlamento çoğunluğuyla– mukayeseye tâbi tutularak, normal biçimde işlemesi değildir. Anayasasının dokunulmaz ilan ettiği çıkarları doğrudan ihlal etmek, hiçbir zaman olağan ve anayasaya uygun verilmiş bir yetki olamaz. Parlamenter yasama devletinde bir "ansal basit çoğunluktan" söz edildiğine benzer biçimde, "ansal üçte iki çoğunluklardan" söz etmek herhalde mümkün olamayacaktır. Kanunilik sistemi mutlaka işlemeye

1 Buraya notlar ilave edilmiştir (D)

devam edecekse, ansal basit bir çoğunluğun daima mevcut bulunması mecburidir; hâlbuki üçte iki çoğunluğun varlığı sadece istisna olarak düşünülmüştür, zira aksi halde çoğunluk nisabının nitelikli hale getirilmesi bir zorlaştırma anlamına gelmezdi. Ancak basit parlamento çoğunluğuyla işleyen bir parlamenter yasama devleti modeli söz konusu olabilir, buna mukabil üçte iki çoğunluklarla işleyen bir anayasa değiştirici yasama devleti modelinden söz edilemez.

Yalnızca soyut-aritmetik bir mülahaza bile, parlamenter yasama devletinin kanunilik sisteminin bu türden anayasal maddi hukuk güvencelerinin devreye sokulmasıyla çelişkilere gark olacağını ve ivedili ansallığın işlevselci bakış açısının terk edileceğini gösterir. Anayasa'nın 76. maddesine göre, muayyen bir anda hazır bulunan anayasa koyucu üçte ikilik bir çoğunluk, anayasal kanunun kudretine dayanarak maddi hukuk normları yaratabilir ve bu yolla olağan kanun koyucunun, yani basit çoğunluğun iktidar alanını sınırlandırabilir. Basit çoğunluk ilkesinin bu biçimde terk edilmesi ve daha büyük çoğunlukların aranmasıyla eş zamanlı olarak, ansallığın işlevselci prensibi de yıkılmış olur. Tahmin edileceği üzere bundan sonra ansal üçte iki çoğunluk, hem kendi hakkında hem de *kendi ansallığının ötesinde* –akla gelebilecek her açıdan mantıksız ve adaletsiz olacak– süreğen etki ve yükümlülükler yaratabilecektir. Bu ansal üçte iki çoğunluk, anılan vasfını yitirdiği halde dahi, bizzat halk iradesinin kendine, demokratik olmayan ve hatta pekâlâ antidemokratik olabilecek bir usulü dayatabilir. Toplam parlamenter sayısı 600 ise, 400 oyla anayasal bir kural niteliğindeki maddi hukuksal bir karar hükme bağlanabilir, örneğin bir alkol yasağı koyulabilir. Daha sonraki bir zamanda içki yasağı taraftarlarının sayısı 301'in altına düşse, yani basit çoğunluğun dahi altında kalsa; öyle ki yasakçıların ansal oy sayısı sıradan bir kanunun çıkarılmasına bile kâfi gelemeyecek olsa; hatta yasağa muhalif kalanlar 300'ün üzerindeki bir oy sayısıyla yasağın kaldırılmasını talep etse bile,

tüm bunlara rağmen daha önceden elde edilmiş bir üçte iki çoğunluğun süreğen etkisinin ödülü olarak alkol yasağı hâlâ daha varlığını muhafaza eder. Kendi cepheleri lehinde tekrar zuhur edecek 400'lük bir üçte iki çoğunluğa ulaşamadıkları müddetçe, yasak aleyhtarlarının şu anda basit çoğunluğu elde etmiş olmaları onlara hiçbir fayda sağlamaz; yasak taraftarlarının şu anda basit çoğunluğu bile ellerinde bulunduramamalarının onlara hiçbir zarar vermemesi gibi. 399'a kadar yükselebilecek yasak aleyhtarı oy sayısı karşısında, yasak taraftarlarının oy sayısı 201'e kadar inebilir. Şimdi 201'in iradesinin içeriği, 399'un iradesini kıskaca alır ve sadece şu nedenden ötürü: İvediliğin ve ansallığın işlevselci bakış açısının çiğnenmesiyle, daha önceden bir defa elde edilmiş bir üçte iki çoğunluğun sağladığı, –demokratik bakımdan– mantığa aykırı ve pekâlâ gayriahlâkî bir tür ödül devreye sokulmuştur.

Daha zor değiştirilebilen normların kullanıma sokulması, anılan türden ödülleri istismar etmeye ve ansal çoğunluğun zamansal mevcudiyetinin ötesinde, ansal iktidarın süresinin kötüye kullanılarak uzatılmasına matuf doğrudan bir davet içerir. Anayasal maddi hukuk güvencesinin, sıradan bir kanun veya tamamıyla saf bir idari işlem vasıtasıyla yaratılmış maddi veya hukuki bir durumu anayasal kural olarak güvence altına aldığı hallerde, yukarıda izah edilen şey, bariz biçimde ortaya çıkar. Örneğin basit çoğunlukla hükmeden parti, yapacağı memur tayinleri vasıtasıyla devletin idarî ve adlî aparatlarını kendi siyasi yandaşlarıyla doldurabilir. Partinin iktidar sahasındaki bu genişleme, imtiyazlı memuriyet haklarına dair FA m. 129'un sağladığı anayasal güvenceler marifetiyle, muhalif partinin olası müstakbel çoğunluğu karşısında dahi güvence altına alınmış olacaktır. Yasal iktidarın kendi ansallığının ötesinde zamansal olarak bu şekilde uzatılması, yukarıda gösterildiği üzere, pat halinde kalınmış ara durumlar bakımından geçici basit çoğunluklarla bile söz konusu olabilir. Ancak burada bahse konu edilen şey, mevcut ve ansal bir

çoğunluğun *artık mevcut olmayan, daha önceki bir çoğunluk* tarafından bağlanmış olmasıdır; zira anayasal sabitlerin varlığı çoğunluk prensibinin temelden inkârı ve imhası neticelerini doğurur. Nitelikli çoğunlukların devreye sokulmasında, parlamenter-demokratik yasama devleti prensibiyle bir tezatlık saklıdır. Nihayetinde bu tezatlık, sonuncu ve fakat şeklen tutarlı uğrağında bir ilke olarak kanuniliğin kendini yasal usulle bertaraf etmek merhalesine kadar ilerletilebilecektir. Anayasayı değiştiren üçte ikilik bir çoğunluk, çoğunlukta bulunma anından istifade ederek, oyların %100'ü karşısında bile belirli kişi ve çıkarların korunduğunu ve muayyen normların her türlü çoğunluk ve hatta oydaşma karşısında bile değiştirilemez olduklarını pekâlâ anayasal kural koyma kudretiyle karar altına alabilecektir. İşlevselci-soyut bir düşünce bakımından bu durum yasaldır, mükemmel bir düzen içindedir ve yasal yollardan bertaraf edilmesi artık ebediyen mümkün değildir.

Güvenceleriyle beraber Weimar Anayasası'nın ikinci kısmının bir karşı-anayasayı içeriyor olması, her şeyden önce bir anayasal sistemin değer merkezciliği ile değer tarafsızlığı arasında kalan çelişkisinin bir sonucudur. Fakat bu ilkesel çelişki, aynı zamanda doğrudan kurucu-örgütsel bir çelişkidir, aynı bir yargı devletiyle parlamenter yasama devleti arasındaki çelişki gibi. Anayasanın maddi hukuk güvencelerini geniş bir kapsam[1] dairesinde sıradan kanunların üstüne yerleştiren bir anayasa, sadece ansal çoğunluk iradesi prensibini ve bunun üzerine inşa edilmiş kanunilik ilkesini değiştirmekle kalmaz; bu türden bir yasama devletinin teşkilat yapısını da baştan aşağı dönüştürür. Genel, önceden belirlenmiş ve bundan ötürü süreğen normlaştırmaların egemen olduğu bir devlet biçimi olarak bir yasama devleti içinde, kanun ile kanunu icra, kanun koyucu ile kanunu icra makamları birbirleri karşısında mesafeli biçimde konumlanırlar ve bu "kuvvetler ayrılığı" devletin

1 "Geniş bir kapsam dairesinde" söz öbeğinin cümle içindeki yeri değiştirilmiştir. (B)

teşkilat yapısını tayin eder. Normal olarak yasama devletinde kanun, basit çoğunluğa dayanan bir kanun olmasının yanı sıra, devlet hayatının ortalama normallikte bir cereyanı olmak mecburiyetindedir. Ne memnuniyet vericidir ki, olağan koşullarda aynı şeyi anayasa değişiklikleri bakımından söylemek mümkün olamayacaktır. Kanunun üstün bir türü olarak bir anayasa kanununu çıkarmak, yukarıda da anıldığı üzere, olağandışı bir süreci işaret eder. İşte bundan ötürü, bu türden bir yasama devletinde olağan kanun koyucunun konumu, üstün bir normun gelişmesiyle sarsıldığında dahi, anayasa koyucu onun yerine öyle kolayca geçemez. Üstün kanunlar ile basit kanunlar arasında yapılan ayrım, ister anayasada doğrudan öngörülmüş ve düzenlenmiş olsun, isterse idare veya hukuk uygulamasında az ya da çok plansız bir biçimde kendiliğinden meydana gelmiş olsun, fark etmeksizin devlet teşkilatına dair kaçınılmaz sonuçlar doğurur. Geniş anlamıyla üstün türde bir blok olarak addedilen muayyen bir maddi hukuk bloğu, alt düzeydeki bir blok olarak addedilen basit kanun koyucu tarafından vaz' edilmiş maddi hukukun karşısına yerleştirildiği ve aynı zamanda bu tefrikin basit –yani olağan– kanun koyucuya duyulan güvensizlikten kaynaklandığı şartlar altında; üstün normlar bloğu, basit-olağan kanun koyucu karşısında korunmuş olabilmek için somut örgütsel müesseselerin varlığına ihtiyaç duyar. Çünkü ister üstün isterse alt nitelikte olsun hiçbir norm, kendi kendini yorumlayamaz, kendi başına duruma vaziyet edemez, kendi kendini koruyup kollayamaz; ve hiçbir normatif geçerlilik kendi kendini geçerli kılamaz; ve ayrıca –eğer metaforlara ve alegorilere kapılmak istenmiyorsa– normların bir hiyerarşisi de yoktur, sadece somut insanların ve mercilerin hiyerarşisi olur.

Yasama devletinin örgütsel karakteristiği; bir tarafa normu ve bundan ayrı olarak diğer tarafa da normun uygulanmasını yerleştirmesidir. Bu suretle kendine mahsus kanunilik sistemi oluşabilecektir. Anılan kanunilik sistemi hakkında bir-

takım haklılıklarla şunlar söylenebilir: Bu kanunilik sistemi dâhilinde insanlar ve makamlar ve hatta bir dereceye kadar kanun koyucu organlar emretmezler, aksine sadece bunlardan sadır olan normlar geçerli olur. Bu, somut duruma tamamen uygun düşen muayyen koşullar altında inşa edilebilirdir. Ancak tek başına belirleyici olan norm kavramına nitelikli bir farklılık ciddi olarak dâhil edilmişse, başka bir ifadeyle somut nedenlerden ötürü ortada üstün ve alt düzeyde bir kanuniliğe dair belirli ayrımlar bulunuyorsa, bu sistem artık inşa edilebilir olmaktan çıkar; en azından bir yasama devleti olarak inşa edilmesi mümkün olmaz. Mantıksız ve soyut bir[1] işlevselciliğin içine batmak istemeyen bir yasama devletinin her ne kadar kendi kanun kavramının bazı muayyen niteliklerine bağlı kalması gerekse de, bunların kesinlikle maddi hukuksal özleri olmaması gerekir. Böyle olduğu müddetçe kanun kavramı içeriği bakımından tarafsız olur. Fakat maddi hukuk normları çerçevesinde somut olarak temellendirilmiş anılan ayrımlar vasıtasıyla, sadece[2] alt düzeydeki norm bir norm olarak tenzilirütbeye uğramış olmakla kalmaz; bununla beraber ayrıca, kanun ile kanunu icranın karşılıklı konumlanışı ve bu ayrım üzerinde yükselen ve parlamenter yasama devleti bakımından önem taşıyan örgütsel yapı da tehlikeye düşer. Bundan sonra ise, kanun icrasının elinde hem üstün, hem de alt düzeydeki normların uygulandığı vakıalar kalır. Ve kanunu tatbikat makamlarının hukukî uygulamaları sırasında, hiyerarşik olarak daha yukarıda bulunan üst makama rağmen ast makam tarafından üstün normun geçerli kılınması pekâlâ mümkün olabilecektir. Üstün olan kanunu alt düzeydeki karşısında korumak amacına mahsus müesseselerin oluşturulmadığı ve bu suretle parlamenter yasama devletinin örgütsel esaslarının açıkça yıkıldığı koşullar altında; esasen sıradan kanunlara "tâbi oldukları" varsayılan yargı, hükûmet ve idaredeki kanun

1 Gramatikal düzeltme (B)

2 Orijinal metinde yer alan "fakat" sözcüğünün üstü çizilmiştir (B)

icracısı makamların üstün bir kanunu referans alan devlet faaliyetleri vesilesiyle, sıradan kanuna tabiri caizse sessiz bir biçimde haddi bildirilecektir. Böyle bir durumda her şeyin anılan üstün normların türüne ve kapsamına, sayısına ve yapısına, belirliliğine ve belirsizliğine bağımlı olacağı ve bu üstün normların daha fazla sayıda ve geniş bir içerikle mevcut bulunduğu hallerde alt düzeydeki kanunun geçerlilik sahasının sadece niceliksel olarak sınırlandırılmakla ve daraltılmakla kalmayacağı, bilakis kanunu icra makamlarının, yani yürütme ve yargının normal kanun koyucu üzerindeki iktidarlarının da aynı ölçekte büyüyeceği kolaylıkla teşhis edilir. Bundan sonra yürütme ile yargının birbirlerine nasıl davranacakları, birinin diğerinden istifade edip etmeyeceği veya birinin diğerine tâbi olup olmayacağı ya da bu durumda da bir karşıtlığın ortaya çıkıp çıkmayacağı kendi içinde başka bir sorundur. Basit kanun koyucuya gelince; belki bundan sonra yargı, hükûmet veya idare içindeki kanunu icra makamları tarafından geçerli kılınmış üstün kanuniliğe boyun eğer, başka ifadeyle kendi kanunlarını geri çeker ve başka kanunlar vaz' eder ve bu suretle anayasanın yeni muhafızlarını daha yüksek bir merci olarak tanımış olur. Ama belki de kanunu icra aparatının bir kısmı tarafından, örneğin yargıya karşı hükûmetten veya hükûmete karşı yargıdan bir çeşit himaye görür ve kendi bakış açısında sebat gösterir. Birinci durumda devlet, kanuniliğin üstün türünü elinde bulunduran her bir merciin tercihine göre, bir yasama devletinden kısmen yargı, kısmen hükûmet, kısmense idare devletine dönüşür. Diğer durumda ise, renkli bir dirsek teması içinde her birinin kendi bakış açısını muhafaza ettiği birbirlerinden bağımsız, müstakil bir sıra iktidar bloğu oluşur, meğerki birleştirici bir tercihin [Dezision] gücü veya zorlaması, bu türden bir karma devlet biçimine son verecek olsun. Zahiren sadece oylama çoğunluklarının niceliksel-aritmetik bir farklılığı intibaını uyandırsa da, kanunilik sisteminin üstün ve alt düzeydeki kanuniliklere ayrıştırılması vasıtasıyla

yasama devleti, her hâlükârda kendi örgütsel temellerinden dinamitlenmiş olur. Yasama usulündeki –çift meclis sistemi ve sair zorlaştırmalar gibi– görev taksimleri, frenleme ve dengelemeler, bu yolla meydana gelmiş kanunun taşıdığı nitelikli bütünsel değere bağlı kalındığı müddetçe yasama devletini ortadan kaldırmaz. Maddi anlamda kanunlarının üstün ve alt düzeydeki türleri arasında yapılan ayrım ise, kanun koyucunun merkezî önemi haiz normlaştırmalar bakımından işgal ettiği konumundan onu uzaklaştırır; hâlbuki bir devlet ancak bu normlaştırmalar marifetiyle bir yasama devleti olabilir. Bu ayrım, yasama devletinin tüm teşkilat yapısına bir kama gibi saplanır ve üstün kanuniliğin geçerli kılınmasının ve kullanılmasının sonucu olarak, olağan kanun koyucunun üstünde konumlanmış merci ve teşkilatların kaçınılamaz bir biçimde oluşması marifetiyle yasama devletinin teşkilat yapısını biçimlendirir.

Kanunun hâkimiyeti, mutlak kudreti, bağlayıcılığı ve kanuna mahfuz alan gibi yasama devletine özgü tüm kavramlar, her zaman sadece basit kanun koyucuyu göz önünde bulundurur ve esaslı biçimde hiçbir maddi hukuk kuralı içermeyen, sadece yurttaşın özgürlük sahasını genel anlamda temin eden bir temel haklar kısmı ile bunun karşısında devlet aygıtının irade oluşum sürecini düzenleyen bir teşkilat kısmını ihtiva eden bir anayasayı öngörürler. Kanunun bağlayıcılığı, kanun tatbikatı karşısındaki bir bağlayıcılığı işaret eder; kanuna mahfuz alan ise, genel özgürlükler karşısındaki genel bir çekincedir. Buna mukabil anayasayı değiştiren kanunlarının bağlayıcılığı, bir kanunun başka türdeki bir kanun karşısındaki bağlayıcılığıdır; bu, kanunun tinsel alanını ikiye yaran bir bağlayıcılıktır, alt düzeydeki bir kanunilik karşısında üstün türdekinin bağlayıcılığıdır. Anayasayı değiştiren kanuna mahfuz tutulan alan ise, maddi hukuka dair anayasal sabitler ve özel gruplara ait imtiyazlı hakların mevcudiyeti koşulu altında, içeriği muayyen, hususi çıkarların ve korunan nesne-

lerin lehinde bir çekincedir. Başka bir ifadeyle, maddi hukuk içeriğiyle donanmış anayasal kuralın, demokratik anayasadan olduğu gibi, parlamenter yasama devletinin tüm ilkelerinden de sapmasıdır. Anayasal bir kural, niteliksel olarak basit ve olağan kanundan farklıdır. Ve bu bağlamda, 19. yüzyılın yasama devletinde sıradan kanunlar için icat edilmiş kavram ve formüllerin anayasayı değiştiren kanunlara aktarılmasının, devleti temellerinden başlayarak dönüştürmeksizin mümkün olamayacağı da görülür.

Devlet ve anayasa teorisi bakımından, yazılı anayasası olan ve olmayan devletlere dair bilinen ayrımın yanı sıra, bu ayrımdan daha az "tasnifçi" olmayan başka bir ayrım da ortaya çıkıyor: Sadece devlet teşkilatına dair usulî düzenlemelerle ve genel özgürlüklerle sınırlı bir anayasaya sahip devletler ile geniş kapsamlı maddi hukuk sabitleri ve güvenceleri içeren bir anayasaya sahip diğer devletler. Gerçekte ise bunlar, birbiriyle kuruluşları ve teşkilatları bakımından ilkesel anlamda çelişen anayasalara veya anayasa kısımlarına sahip iki farklı devlettir. Bir devlet biçiminin, onun sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin türüne göre belirlenmesi izahı gerektirmez bir şeydir. Aynı şekilde, anayasayı değiştiren kanuna "mahfuz alanın" içinde yer alan münferit anayasal maddi hukuk sabitleriyle donanmış devletlere nispetle, basit ve olağan kanuna mahfuz alanıyla burjuva hukuk devletinin genel özgürlüklerinin başka türde bir devlet biçimini inşa etmesi, eşyanın tabiatı gereğidir. Temel hak ve özgürlükler, ferdiyetçi bir düzenin toplumsal yapısını tanımlarlar ki, "devletin" örgütlenmesi de bu düzenin idamesine ve muhafazasına hizmet etmek zorundadır. Ancak bu suretle hakiki temel prensipler olabilirler; aynı, 1789'un prensipleri hakkında söylendiği gibi: "Tüm kamu düzeninin esası" (la base du droit public).* Bu prensipler; onları, korunmalarına hizmet eden her türden örgütsel-anayasal kuralın

* Schmitt, 1852 tarihli Fransız Anayasası'ndan itibaren anayasa metinlerinde 1789'un prensiplerine yapılan atıfları işaret ediyor (Örn. 1852 tarihli Any. m.1). –*çn*

veya herhangi bir müstakil maddi hukuk kuralının üstüne çıkaracak yasalüstü bir itibara sahiptirler. Öncü bir Fransız kamu hukukçusu olan *Maurice Hauriou*'nun belirttiği üzere (Précis de droit constitutionnel, 1923, s. 297), bu prensipler; bunları, sadece alışıldık ve sıradan kanunların değil yazılı anayasanın da üstüne çıkaran ve bertaraf edecek anayasa değişikliklerini reddeden bir "*superlégalité constitutionnelle*"e sahiptirler.

Hauriou ile beraber ben de, *her* anayasanın bu türden köklü "prensiplerin" varlığını tanıdığı ve bu prensiplerin –*Carl Bilfinger*'in adlandırmasıyla– ilkesel olarak değiştirilemez "anayasal sisteme" ait oldukları kanaatindeyim. Ve dahası anayasa değişikliği hakkındaki anayasal kuralların manasının, anayasa tarafından inşa edilecek sistemi bertaraf eden bir usul yolunu açmak olmadığını düşünüyorum. Bir anayasa eğer anayasa değişiklikleri imkânını öngörmüşse, bununla ne kendi kanuniliğini bertaraf etmeye dönük yasal bir yöntemi ne de –bundan çok daha fazla– kendi meşruiyetini yıkmaya dönük meşru bir aracı tedarik etmek istemiştir. Ancak, daha önce yukarıda değinilen anayasa değişikliğinin sınırları sorunu (s. 46) hariç kalmak üzere, genel yurttaş özgürlükleri ile özel maddi hukuk güvenceleri arasındaki farklılığın yanlış değerlendirilmesine de izin verilmemelidir. Bir çeşit karşı-anayasa parçası içeren Weimar Anayasası'nın ikinci kısmı, bütün heterojenliği içinde bugüne dek bilincine hiç varılmamış ve üzerinde de çok fazla akıl yürütülmemiş farklı türden üstün kanuniliklerin bir tür müşterekliğini barındırır. Bunun sonucu olarak bu Anayasa'da iki farklı "prensip" ve "sistem" bulunur. Bu çelişkiyi kabullenmek mecburiyetinde olan ve değerden bağımsız bir işlevselciliğin tarafsız orta yolunu muhafaza etmek isteyen günümüzün Alman kamu hukuku bakımından, tüm bu sayılanlar sonucunda tuhaf bir netice ortaya çıkıyor: Burjuva hukuk devletinin temel prensipleri olan genel özgürlük ve mülkiyet hakkı, sadece %51'lik "alt düzey" bir kanunilik tarafından korunurken, buna mukabil dini cemaatlerin

ve memurların (başarılı bir güncellemeyle artık sendikaların da) hakları %67'lik "üstün" bir kanuniliğin himayesine giriyor. Ayrıca devletin genel yapısı bakımından başka bir sonuç daha söz konusudur: Yasama devletini cepheden hedef almış bir hükûmet, idare veya yargı devletinin iktidar unsurları ve müesseseleri kaçınılmazlaşıyor.

2. Olağandışı Kanun Koyucu *ratione supremitatis*; Hakiki Anlamı: Yasama Devletinin Kanuniliği Yerine Plebisiter Meşruiyet

Doğrudan Weimar Anayasası'nda vesilesini bulan, parlamenter yasama devletinin sarsılmasına matuf ilk darbe, anayasal maddi hukuk güvencelerinin anayasaya ithal edilmesidir. Bu güvenceler marifetiyle, sabitlenmiş ve güvence altına alınmış bir içeriğe ait değer merkezciliği ile bir yasama devletine ait kanunilik sisteminin değer tarafsızlığı ve değere açıklığı karşı karşıya geliyor; ayrıca kanun koyucu da, biri olağandışı[1] ve üstün, diğeriyse basit ve alt düzeyde olmak üzere ikiye ayrılıyor. Parlamenter yasama devletinde işbu sebepten dolayı oluşan yarıktan içeri, bir tür yargı devletine ait unsurlar sızıyor. Bu unsurlar çeşitli biçimlerde, ama aslen olağan kanunların maddi hukuka uygunluğunun yargısal denetimi yoluyla ve parlamenter yasama devletindeki anılan yarığın devamlılık ve derinlik kazanması pahasına faaliyet gösteriyorlar. Öte yandan olağandışı bir kanun koyucunun bu biçimde devreye sokulması, kanun koyucunun başlangıçta tasavvur edilmiş muhkem konumuna göre belirlenmiş devlet türünün değişmesi anlamına da gelir. Dahası, Weimar Anayasası, olağan parlamenter kanun koyucunun konumunu ve ona ait kanunilik sistemini ikinci defa göreceleştiren ve sorgulayan bir içeriğe sahiptir. Anayasa'ya plebisiter doğrudan demokrasiye ait bir yasama usulü ithal edilmiştir. Parlamenter yasama sürecinin sonunda,

1 "Olağandışı biçimde üstün" yerine "olağandışı ve üstün" (B)

bir mesele hakkında doğrudan oy kullanan halkın çatışmayı çözecek nihaî merci olarak ortaya çıktığı, parlamenter yasama usulüne monte edilmiş dört tür halk oylamasının (FA m. 73, f.1; m. 73, f.2; m. 74 f.3; m. 76 f.2)* yanı sıra; FA m. 73 f. 3** gereğince, içinde *halk teşebbüsü marifetiyle halkoylaması* aracılığıyla bir kanunun meydana geldiği ve olağan parlamenter yasama usulüyle rekabet halinde yürütülen doğrudan demokrasiye ait müstakil bir *halk yasaması usulü* bulunur. Weimar Anayasası'nın ikinci kısmında yer alan maddi hukuk güvenceleri, olağan ve alt düzeydeki bir kanun koyucunun yanında, içeriği gereği belirli nesne ve çıkarların korunması amacıyla tanzim edilmiş olağandışı ve üstün bir kanun koyucuyu inşa eder; yani *ratione materiae*. Buna karşın halkoylamasında, bir

---

* FA. m. 73, f.1: Devlet başkanı, Reichstag tarafından karara bağlanan bir kanun [teklifinin] halkoyuna götürülmesini, kararın çıkmasını takip eden bir ay zarfında kararlaştırırsa, anılan kanun yayımlanmadan önce halkoyuna götürülür.

f.2: Reichstag'ın en az üçte birinin talebi üzerine yayımlanması durdurulmuş bir kanun, oy kullanma yeterliliği bulunanların yirmide birinin bu yöndeki başvurusu üzerine, halkoyuna sunulmak zorundadır.

FA. m. 74, f.3: [Reichsrat'ın] itirazı halinde kanun [teklifi], bir daha görüşülmek üzere Reichstag'a gönderilir. Reichstag ile Reichsrat arasında yine de bir uzlaşma meydana gelmemişse, devlet başkanı üç ay zarfında düşünce farklılıklarının konusunu oluşturan mesele hakkında bir halkoylamasının tanzimine karar verebilir. Devlet başkanı bu yetkisini kullanmaz ise, [teklifin] kanunlaşmamış olduğu kabul edilir. Reichsrat'ın itirazına rağmen Reichstag üçte iki çoğunlukla [teklifi] karar altına alırsa, devlet başkanı kanun taslağını Reichstag tarafından belirlenmiş içeriğiyle yayımlamalı ya da bu konuda bir halkoylamasının tanzim edilmesine karar vermelidir.

FA. m. 76, f. 2: Reichsrat'ın itirazına rağmen Reichstag bir anayasa değişikliğini karar altına almışsa, devlet başkanı bu kanunu yayımlayamaz, meğerki Reichsrat iki haftalık müddet zarfında halkoylaması talep etmiş olmasın. –*çn*

** RA. m. 73, f.3: Ayrıca, oy kullanma yeterliliği bulunanların onda birinin bir kanunun çıkarılmasını talep etmeleri halinde halkoylamasına gidilir. Halk isteği (halk teşebbüsü) mütekâmil bir kanun taslağını esas almak mecburiyetindedir. Kanun taslağı hükümet mütalaasının izahıyla beraber yine hükümet tarafından Reichstag'a arz olunur. Kanunlaşması istenilen taslağın Reichstag'da değiştirilmeksizin kabulü halinde halkoylaması yapılmaz. –*çn*

olağandışı kanun koyucu olarak halk, parlamentonun karşısında ve pekâlâ bunun üstünde belirir ve hem olağandışılığı hem de üstün konumlanışı, *ratione supremitatis* bir egemen olarak halkın bu özelliğinden doğar.

Erwin Jacobi muazzam derecede tutarlı teşrihinde (Reichsgerichts-Festgabe der juristischen Fakultâten 1929 I s. 233-277), demokratik bir devlette oylama vasıtasıyla doğrudan dile gelmiş halk iradesinin her türlü dolaylı halk iradesi izharından, yani parlamentonun kanunlaştırmalarından bile üstün bir konuma sahip olduğunu ve halkoylaması marifetiyle meydana gelmiş bir kanunun Reichstag'ın çıkaracağı kanunlar yoluyla kaldırılamayacağını veya değiştirilemeyeceğini gözler önüne sermişti. Bu, demokratik bir devletin ilkesel anlam dünyasında mantıklı ve tutarlıdır. Bu bağlamda, genel halkoylamasında zuhur eden iradenin bizzat kendinin her koşulda egemen ve hatta aracısız egemen olup olmadığı ya da *Jacobi*'nin bir yerde söylediği gibi bunun sadece "egemen olana daha büyük bir yakınlıkta" bulunup bulunmadığı kabilinden meseleler, teferruatıyla izah edilmeksizin öylece bir kenara bırakılabilir. Ancak Weimar Anayasası, kendi genel organizasyonu içinde olağandışı plebisiter oylama durumlarının yanı sıra, parlamenter yasama devletini de muhafaza etmiştir. Hâlbuki parlamenter yasama devletinin kanunilik sistemi, plebisiter demokrasiye nispeten başka türde bir mantığa sahiptir. Şu halde Weimar Anayasası, sadece ikinci kısmında birinci kısmın karşısında yer alan ikinci bir anayasayı ihtiva etmekle kalmaz, aynı zamanda yasama devletinin teşkilat yapısının tanzim edildiği birinci kısmın içinde de parlamenter kanunilik ve plebisiter meşruiyet olmak üzere iki farklı sistemi bir arada bulundurur. Dolayısıyla böyle bir anayasa bakımından, parlamentodan çıkmış kanuna nispetle halkoylaması marifetiyle meydana gelmiş her türlü "kanuna" üstün bir kanun kudreti atfetmek tutarlı değildir. Kanımca bu mantıksal çıkarım, ancak Anayasa'nın açıkça parlamenter yasama devle-

tinin ve onun kanunilik sisteminin yerine doğrudan demokrasinin plebisiter sistemini ikame etmiş olması halinde tutarlı ve şüpheden arî olabilirdi. Muhakkak ki Anayasa böyle bir şeyi hedeflememiştir. Sadece "meşrutî bir demokrasiyi" örgütlemiş olmakla bu Anayasa, yüzyıllık bir gelenek temelinde pekâlâ anayasal devlet addedilen parlamenter yasama devleti idealine sadık kalmak çabasındaydı. Mamafih öte yandan bu Anayasa, plebisiter bir doğrudanlık içinde karar veren halkı kanun koyucu yapmıştır. Ancak halkoylamalarıyla ilgili düzenleme, çelişkilerle dolu bir belirsizliğin ve eksikliğin içine saplanıp kalır. Bu noksanlık, sadece mevcut halk yasaması usulüne (m. 73, f.3), parlamentonun bu plebisiter yasama usulünü yeniden parlamenter usule aktarabilme imkânını içeren bir parlamento kararının da dâhil edilmiş olması sebebiyle değil; her şeyden önce, birbirinden farklı ancak aynı adla anılan "halkoylamalarının", ortaya çıktıkları her bir yasama sürecine göre farklı türlerde olmaları ve bazen parlamenter yasama devletinin kanunilik sistemine kendilerini dâhil etmeleri, fakat bazense plebisiter iradenin oluşum sürecinin karakteristik değerine sahip olmaları nedeniyledir. Halk kararının parlamenter yasama usulünün son aşamasında devreye girdiği, çatışma çözücü dört halkoylaması vakıası (m. 73, f.1; m. 73, f.2; m. 74, f. 3; m. 76, f. 2), esasen anılan yasama sürecinin bir parçasıdır; bu usulde reyini doğrudan beyan eden halk, parlamenter yasama usulünün bir mercii olarak kullanılır. Parlamenter yasama devleti sistemini sarsmaksızın, çeşitli mercilerin yasama sürecine katılabileceği (hükûmet, birinci ve ikinci meclisler, kral vd.) yukarıda da belirtilmişti.

Demokratik esaslar bakımından bu durum, kralın veya halkın, "parlamento" ile karşı karşıya gelmesiyle aynı şey değildir. Demokrasinin tutarlı neticesi olarak, halk temsili temsil ettiği halk karşısında her zaman geri çekilmeye mecburdur; zira özellikle Rousseau tarafından dile getirilmiş meşhur argüman gereğince, temsil edilenin doğrudan konuştuğu yer-

de temsilcinin susması gerekir. Fakat bu argüman; plebisiter, temsilî olmayan, doğrudan demokrasi için geçerlidir. Şayet parlamentonun temsil kabiliyeti silikleşir ve parlamento güven kaybederse, plebisiter süreç devamlı surette daha fazla güç kazanır. Oysaki bu üstünlüğün etkisi, –*E. Jacobi*'nin işaret ettiği ve buna göre tutum aldığı üzere– hukukî olandan başka neticelerin vücut bulmasına sebep olur. Aşağıda gösterileceği üzere, anılan plebisiter unsurlar vasıtasıyla bizzat parlamentonun niteliği değişir; anayasanın öngördüğü yasama usulü ve buna dayanan kanunilik sistemi doğrudan değişmese bile; parlamento, sadece plebisiter sistemin bir ara kademesine dönüşür. Buna rağmen plebisiter kararın da, kanunilik sisteminin mantığı bakımından bir "kanun" olduğu görüşünde ısrar edilebilir. Bunun sonucunda plebisiter karar, parlamentonun kanununa üstün olmasa da, ona eşdeğer olarak açıkça bunun yanında yer alır. Yazılı anayasa metninden bile, parlamenter yasama usulündeki halkoylaması ile halk teşebbüsü marifetiyle yapılan halkın yasama usulündeki halkoylaması arasında büyük bir fark bulunduğu anlaşılabilir. İlk durumda parlamenter yasama devletinin sistemi sadece bir miktar değiştirilmiş olup, anılan öteki kanun koyucuya mahsus bir yasama sürecinin örgütlenmesini esas alan yeni türde bir kanun koyucudan söz edilemez. Buna mukabil şimdi, FA m. 73, f.3'te yer alan halkın yasama usulüne yeni bir yasama usulü eklendi. Oysa halkoylamasının, biri parlamenter yasama devleti sistemine ait olan, diğeriyse demokratik-plebisiter bir sistemin –yani yasama devletinin kanuniliğinin değil plebisiter meşruiyetin– yegâne önem taşıyan figürü olarak "halkı" öne çıkaran her iki türü birbirlerinden ayrılmalıdır. Bunlar tamamen farklı iki devlet türünü ifade ederler. Demokratik düşüncenin kaçınılmaz bir sonucu olarak, doğrudan demokrasi kurumlarının parlamenter devletin "dolaylı demokrasi" adıyla anılan kurumlarından üstün tutulması doğru sayılacak olsa bile; yine de öte yanda, parlamenter yasama devletinin kanunilik sistemi, hiçbir su-

rette demokrasiden ve ansal halk iradesinden çıkarılmayan, düşünsel ve örgütsel anlamda kendine has bir yapı olarak müstakil varlığını muhafaza eder. Normlaştırmalarda zirvesini bulan yasama devleti, doğrudan demokrasi biçimlerine nazaran parlamenter yasama devleti biçiminde, kendi tabiatına uygun düşen "daha pür" bir görünüşe sahip olur; zira doğrudan demokrasi bir *ratio*'nun değil bir *voluntas*'ın ifade biçimini yansıtır ve kanunilik yerine meşruiyetten istifade eder. Ayrıca *temsil* fikri üzerine inşa edilmiş bir sistemin tutarlılığı; kendiyle aynılık taşıyan, aracısız biçimde *mevcut bulunan* egemen halkın plebisiter-demokratik tutarlılığından başka bir şeydir.

Parlamenter yasama devletinde kanunun her türlü niteliğinden feragat edilmesi halinde dahi, kanun yine ansal parlamento çoğunluğunun ansal kararı olarak biçimlenmeye devam ediyorsa; ve demokratik devlette tayin edici olan, ansal halk çoğunluğunun ansal iradesi olarak kalmayı sürdürüyorsa; ve anayasa anılanların her ikisini de ihtiva ediyorsa, birbiriyle örtüşmesi gerekmeyen, birbirinden bağımsız iki tür ansallığın yan yana mevcudiyeti söz konusu olur. İvedili ansallığın tanınması sonucuna ulaştıran işlevselci düşüncenin bakış açısına göre, mantıksal tutarlılık halkoylamasında saklıdır. Zira parlamento dört yıllığına seçilir ya da böyle olmasa bile her hâlükârda anbean seçilecek değildir. Bu durumda parlamentonun ansallığı, her zaman sadece ansallığın büyük ölçekte *kesintiye uğradığı* bir sınırlılık içinde, mesela birkaç yıl süren bir seçim döneminin sınırlılığı içinde mevcuttur. Buna göre işlevselci düşüncenin mantıksal tutarlılığı da pekâlâ *Erwin Jacobi* tarafından temsil edilen sonuca, yani halkın vereceği kararın daima kararların üstün türünü teşkil edeceği sonucuna ulaşabilecektir. Ansal halkoylamasının ansal sonucu, daha uzun bir zaman kesiti için mevcudu sabitlenmiş bir meclisin ansal iradesine nispetle üstün bir derecede ansal ve ivedili olur. Bugün Anayasa'nın ikinci kısmının *ratione materiae*'yı devreye sokan olağandışı kanun koyucusu, parlamenter yasama devle-

tinin ansal parlamento çoğunluğunun işlevselciliğini anayasa marifetiyle sınırlarken, ilkine mukabil başka türde ikinci bir olağandışı kanun koyucunun, yani halkoyuyla karar veren halkın eşanlı biçimde devreye sokulması, işlevselciliği daha da ilerletmiş ve sınırsızlığa sürüklemiştir. Rasyonel açıdan bakıldığında, burada bir çelişkinin yattığı aşikârdır.

Çelişki bilhassa, çoğunluk oranlarına ve oylama neticelerine dair her iki hesaplama yönteminin birbiriyle alâkasız olarak icra edilmesinde gün yüzüne çıkıyor. Anayasa değiştiren kanunlar bakımından parlamentoda basit çoğunluk yerine üçte iki çoğunluk aranır; halkoylamasında ise doğrudan o anda hazır bulunan halk çoğunluğundan bu türde nitelikler talep etmeye cesaret edilmez; herhalde bu durumda da basit çoğunluğu esas alan demokratik prensiple çelişkiye düşmek epey hayret verici bir şey olurdu. Bu nedenle FA m. 76, halk teşebbüsü yoluyla yapılan anayasa değişikliğine dair halkoylamalarında, sadece oy kullanma yeterliğine sahip bulunanların basit çoğunluğunun bu yönde oy kullanmış olmalarıyla yetinir. Buna mukabil FA m. 75, bir Reichstag kararının yürürlükten kaldırılmasına dönük bir halkoylamasının niteliği bakımından sadece oy hakkı bulunanların çoğunluğunun bu halkoylamasına katılmış olmasını şart koşar, yani pür bir karar yeter sayısını veya oylamaya katılanların sayısını.* FA m. 75'in bugünkü pratiği, (Reichstag [bünyesindeki] Seçim Denetim Kurulu'nun** içtihadî meşrulaştırmasına*** rağmen

---

* FA m. 75: Bir Reichstag kararının halkoylaması marifetiyle yürürlükten kaldırılması ancak oy kullanma yeterliğine sahip olanların çoğunluğunun işbu halkoylamasına katılmış olmaları halinde mümkündür. –*çn*

** FA m. 31'e göre kurulan Wahlprüfungsgericht beim Reichstag, Reichstag'ın ilgili yasama dönemi için seçtiği üyelerden ve Federal İdare Mahkemesi Başkanlığı'nın önerdiği isimler arasından devlet başkanınca tayin edilen üyelerden müteşekkildir. –*çn*

*** Reichstag (bünyesindeki) Seçim Denetimi Kurulu'nun 14 Mart 1930 tarihli kararı (RVerwBl. C. 51, s. 507): "Anayasanın 75. maddesine göre, bir Reichstag kararının halkoylaması marifetiyle yürürlükten kaldırılması, ancak oy kullanma yeterliliğine sahip olanların çoğunluğunun oylamaya katılmış olması halinde mümkündür. İçinde sadece halk te-

kanaatimce isabetsiz bir biçimde)[1] bu kuralı halk teşebbüsü marifetiyle yapılan halkoylamalarına da teşmil ediyor. Bunun neticesinde bugün sadece "evet" diyenler halkoylamasına katılıyorlar. Bunlar oy kullanma yeterliğine sahip olanların çoğunluğunu oluşturuyorsa; bu, aynı zamanda Anayasa'nın 76. maddesinin anayasa değiştiren halkoylamaları bakımından aradığı şartları da ikmal eden bir "evet" sonucuyla halkoylamasını neticelendiriyor ki, bu suretle basit ve[2] anayasa değiştirici halkoylamaları arasındaki her türlü fark da pratik anlamda ortadan kalmış oluyor. Böylece bir halkoylaması sürecini başlatmaya imkân bulan kimse, başka bir şeye ihtiyaç duymaksızın ve *eo ipso** anayasa değişikliğine dair bir halkoylamasını da gerçekleştirmeyi başarmış oluyor. Temsil sisteminin temel düşüncesine göre, parlamentoda halkın eksiksiz bir bütün olarak temsil edildiği ve ayrıca anayasanın nisbî seçim sistemi marifetiyle parlamento çoğunluğu ile halk çoğunluğu arasında mümkün mertebe isabetli bir örtüşmeyi sağlamaya çalıştığı noktalarından hareket edildiğinde, şunun sorulması elzem olacaktır: Halk teşebbüsü marifetiyle yapılan anayasa değiştirici halkoylamalarında basit çoğunluk kâfi gelirken neden parlamentodaki anayasa değişikliklerinde üçte iki çoğunluğun kabulü gerekiyor? Oylama matematiğinin mantığı her zaman tuhaflıklar taşır; fakat buradaki durumda artık parlamenter yasama devletine yönelik acayip bir güvensizliğin ilanı, yine *zımnî* biçimde sabit bulunuyor. Parlamentoyu bir elit olarak addetmesinden veya parlamenter yasama devletine has tartışma ve aleniyet özelliklerine inanmasından ötürü parlamenter kanun koyucuya itimat eden kimse, herhalde akla ve adalete dair daha kuvvetli güvenceyi parlamentoda buluyor olmalıdır. Buna rağmen, çok eski zamanlardan beri bilindiği

şebbüsünü konu edinen bir kanun taslağının reddedilmesinin yer aldığı Reichstag kararları bakımından da yukarıdaki kural geçerlidir." –*çn*

1 "İçtihadî meşrulaştırmasına rağmen (kanaatimce isabetsiz bir biçimde)" yerine yukarıdaki biçimde. (B)

2 "veya" yerine "ve" (B)

* "kendiliğinden" –*çn*

üzere müşavere ve münazara kabiliyetini haiz olmayan halkın doğrudan ifade bulan irade beyanları bakımından değil de, sadece[1] parlamento bakımından tayin edici noktada bazı zorlaştırmalar ve frenlemeler öngörülmüştür. Bir "législateur" olarak mevcudiyetinin tüm haklılığı onda mündemiç bulunduğu farz edilen akla ve itidale dayanan yasama meclisinden üçte iki çoğunlukla karar vermesi isteniyor; tartışma bilmez tüm doğrudanlığı ve düşünüşteki duygusallığı içinde görünüşe gelen halk söz konusu olduğunda ise basit çoğunlukla yetiniliyor. Konudan bağımsız ve soyut bir "saflıkta" ele aldıkça, aritmetik ve "teknik" mülahazaların çoğunlukla inandırıcı olması gibi; ilk kez bir kanunilik sisteminin somut bağlamında ele alındığında da, Anayasa'nın öngördüğü çoğunluk aritmetiği ve siyasi irade oluşturma "tekniği", akıl karıştırıcı ve çelişkilerle dolu bir hale geliyor.

Şu halde Weimar Anayasası bu noktada da iki farklı türde mantık sistemini içerir. Anayasa, plebisiter-demokratik mülahazalardan yola çıkarak, olağandışı kanun koyucu hüviyetiyle halk yasaması usulündeki halkı, olağan kanun koyucu olan parlamentonun yanına yerleştirir ve yasama devletinin tamamıyla kanunilik üzerine inşa edilen sistemine bir parça plebisiter-demokratik meşruiyet ilave eder. Bir defa başa gelmiş bulunan bu asistematik noksanlığın sonucunda, hukuk biliminin rasyonel delillendirmeleriyle bu sistemlerden hangisinin üstün olduğunun tefrik edilmesi mümkün değildir. Artık mesele, iki farklı hukuk sisteminin yan yana var olup olamayacağı noktasında düğümlenmektedir. Weimar Anayasası'nın, bizzat kendi tarafından m.68'de* böyle bir kararlılıkla ve vurguyla ilan edilmiş bulunan parlamenter yasama sistemini, üzerine çok az düşünülmüş ve sistematik örüntüyü (sadece "federal

1 Buraya notlar ilave edilmiştir (A)

* FA m. 68, f.1: Kanun önerileri hükûmet veya Reichstag üyeleri tarafından verilir. // FA m. 68, f.2: Federal kanunlar Reichstag tarafından karara bağlanır/çıkarılır. –*çn*

yasama" başlıklı beşinci bölüm değil, bunun yanı sıra bağlama aykırı düşen f. 3 ve tümüyle m. 73'ün ilave edilmesinin sonucunda) parçalayan bir müdahale vasıtasıyla, aslında planlı ve bilinçli olarak bertaraf etmeyi istediği katiyen söylenemez. Öte yandan plebisiter-demokratik meşruiyet sistemi, iç tutarlılığının neticelerini kaçınılmaz olarak ortaya serecektir. Parlamenter ve plebisiter kanun koyucuların anılan asistematik beraberliğinin neden olduğu pratik sonuçlara aşağıda tekrar değinilecek. *Walter Jellinek* (Verfassung und Verwaltung, s. 46) "her iki egemenin de katıldığı bir koşu yarışından" söz ederek, yazılı anayasanın bizzat kendinden teorik anlamda elde edilebilecek tek görüntüyü epey net bir biçimde belirginleştiriyor. Buna ilave olarak Jellinek, bir yarış söz konusu olduğunda Reichstag'ın her hâlükârda daima birinci geleceğini ancak halka karşı verilecek bir mücadeleyi göğüslemeye cesaret edip edemeyeceğinin ise tartışmalı kalacağını söylüyor. Örnek bir nesnellikle dengelenmiş bu tanımlama içinde, burada mevzubahis edilen şey bakımından ilk bakışta göze çarpmayan ancak yine de isabetli olan bir ifade saklıdır, şöyle ki: Eğer mesele müstakil bir yarıştan başka bir şey değilse bu yarışta yer alanlardan sadece kimin diğerini sollamakta en iyi perspektife sahip olduğunu sormakla yetinilmemeli, bundan ziyade anayasanın kanunilik sistemi bakımından neden olunacak birçok sonuç da göz önünde bulundurulmalıdır. Her iki türden yasama usulü ile yasa koyucunun yarattığı ikilik, aslında –biri parlamenter yasama devletinin kanunilik sistemi diğeriyse plebisiter-demokratik meşruiyet– olmak üzere iki farklı türdeki haklılaştırma sisteminin bir ikiliğidir. Bu ikisi arasındaki muhtemel bir yarış, sadece mercilerin bir tür rekabeti olmakla kalmaz, bundan ziyade hukukun ne olduğunu tayin eden iki türün arasındaki bir mücadeleye döner. Her türlü müsabakada olduğu gibi bu mücadelede de ansal iktidarın ansal sahibi, yani ansal parlamento çoğunluğu büyük bir

avantaja sahip olur. Mamafih, ileride kendiliğinden görüleceği üzere, bu durum nihaî netice bakımından tayin edici olamayacağı gibi, pür bir parlamenter yasama devletini yeniden inşa etmekten de uzaktır.

3. Olağandışı Kanun Koyucu *ratione necessitatis*; Hakiki Anlamı: İdare Devletinin Tedbiri Parlamenter Yasama Devletinin Kanununu Bastırıyor

Reichstag'ın sesini çıkarmaması, kamu hukuku öğretisinin kabul beyanı ve meşrulaştırıcı bir mahkeme pratiğinin varlığı altında; Weimar Anayasası'nın yazılı lafzı değil ama pekâlâ devlet başkanının ve federal hükûmetin uygulamaları, geçtiğimiz on yıl zarfında üçüncü bir olağandışı kanun koyucuyu Alman Devleti'nin kamu hayatına kazandırmıştır: FA m. 48, f.2'ye* göre kararname yayımlayan devlet başkanı. Federal Anayasa'nın 48. maddesinin devlet başkanına tevcih ettiği olağandışı yetkilere, kanun ve hatta federal kanun yerine geçebilecek bir kararname çıkarma yetkisinin de dâhil olması, bugüne kadar itirazsız biçimde kabul görmüş ve m. 48, f.2'nin (m. 48, f.5'te öngörülen uygulama kanununun yayınlanmasına kadar ucu açık kalacak)** geçiciliğine pozitif bir hukukî içe-

---

* FA m. 48, f.2: "Alman Devleti'nde kamu güvenliği ve kamu düzeni önemli ölçüde bozulmuş ya da tehlikeye girmişse, devlet başkanı kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin yeniden tesisi amacıyla gerekli tedbirleri alabilir; icab-ı halde silahlı kuvvetin yardımıyla müdahalede bulunabilir. Bu maksatla devlet başkanı muvakkaten 114., 115., 117., 118., 123., 124. ve 153. maddelerde tespit edilmiş bulunan temel hakları kısmen veya tamamen askıya almaya mezundur."
Weimar Anayasası'nın bu fıkrasında zikredilen temel haklar sırasıyla şunlardır: Kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri özgürlüğü, örgütlenme (dernek kurma) özgürlüğü ve mülkiyet hakkı. *–çn*

** Schmitt'in burada değindiği tatbikat kanunu hiçbir zaman çıkarılmadı. *–çn*

rik sağlamıştır. Alman Federal Devlet Mahkemesi'nin 5 Aralık 1932 tarihli iki önemli kararıyla (RGZ. 134, Anh. s. 12 ve 26) ve ayrıca tüm diğer yüksek mahkemelerin yanı sıra Federal Yüksek Mahkeme'nin Hukuk ve Ceza Dairelerinin* çok sayıdaki kararlarıyla, m. 48, f.2'nin anılan uygulamasına yargı devleti zaviyesinden meşrulaştırıcı bir kamu kudreti sağlanmıştır. Geleneksel parlamenter yasama devletinin kavramlarıyla veya monarşi dönemi hükûmetlerinin müstakil kararname çıkarma yetkisine karşı verilen kavgada kullanılan sloganlarla, böyle ivedili bir yasama usulünü mahkûm etmek isteyen kimse, önüne çıkacak yüksek tondaki "anayasaya aykırılık" nidaları karşısında ihtiyatlı olmak mecburiyetindedir. Fakat 19. yüzyıl muhalefetinin parti dogmalarından bağımsız düşünen bir hukukçu da pekâlâ; bu hususta Anayasa'nın açık bir ifadesi olmaksızın olağan kanun koyucuyla rekabet eden, hukuk koyan, sadece *praeter* olmayıp *contra legem*** de hareket edebilen olağandışı bir kanun koyucunun, yani parlamenter yasama devletinin olağan kanun koyucusu karşısında hukuk yaratan olağandışı bir kanun koyucunun devreye sokulmuş olmasını çarpıcı bulacaktır. Bugünün herkesçe makbul addedilen teori ve pratiğine göre, parlamenter yasama devletinin, –kanunun hâkimiyeti, bağlayıcılığı ve mahfuz alanı da dâhil olmak üzere– kendi kanun kavramı uğruna monarşiyle giriştiği kavgada kanun kavramı namına geliştirdiği ve yürürlüğünü sağladığı her şey, sözü edilen "tedbirler" bakımından geçerlidir. 19. yüzyılda kraliyetin tek başına kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisine karşı şiddetli bir kavga vermek gerekiyordu, zira parlamenter yasama usulüne paralel olarak işleyen, bundan ayrılmış ve müstakil bir hukuk koyma usulünün tanınmış olması, yasama devletinin doğrudan imhası demekti. Buna

* "Reichsgericht in Zivil- und Strafsachen" –*çn*

** *Praeter legem*: Kanunu teğet geçen, kanunun dışında kalan anlamında terim. Norm tarafından doğrudan karşılanmayan ancak normun lafzına da açıkça aykırı olmayan hukuksal yaklaşımı ifade eder. Buna mukabil *contra legem* ise kanuna karşı anlamına gelen bir terimdir. Normun içeriğiyle bariz bir aykırılığı ifade eder. –*çn*

mukabil, 68. maddesinde –"Kanunlar Reichstag tarafından çıkarılır"– diyerek parlamenter yasama devletini veciz biçimde ilan etmiş Weimar Anayasası'nın hükmü altındaki bugünün Almanyası'nda, diğerlerinden farklarını ifade ederken kendilerini hukuk devletine has kavramların hakiki koruyucusu ve savunucusu addeden yazarlar, 48. maddeye göre devlet başkanına hukuk koyma yetkisinin tanındığını kabul ediyor ve böylece aslen "hikmet dolu" bir kavrayış olarak takdim ettikleri kanun ile tedbir arasındaki temel ayrımı değersizleştiriyorlar. Mamafih tüm taraflarca, 48. maddede sayılarak askıya alınmaları mümkün kılınmış yedi temel hak (114., 115., 117., 118., 123., 124. ve 153. maddeler) hariç olmak üzere, "anayasanın" –ki bu sözcükle çoğunlukla sadece müstakil anayasa maddelerinde belirlenmiş kayıtlar kastediliyor– "dokunulmaz" kalması gerektiği ısrarla vurgulanıyor. Ayrıca olağandışı kanun koyucunun yapacağı düzenlemelerin hukuk devleti bakımından taşıdığı niteliğin olağan kanun koyucunun kanunundan herhangi bir biçimde farklı olması gerekmeksizin, hukuk yaratan olağandışı bir kanun koyucunun federal anayasaya dâhil edilmesinde, "anayasanın dokunulmazlığına" rağmen göze çarpan bir şeyin bulunmadığı söyleniyor.

Böylece Weimar Anayasası'nın üçüncü olağandışı kanun koyucusunu, 48. maddenin 2. fıkrasının kanun koyucusunu elde ettiğimiz söylenebilir. Bu kanun koyucu, Anayasa'nın maddi hukuk normlarının sahibi anayasa koyucu gibi, olağandışı bir *ratione materiae* değildir, doğrudan kendi karar veren halk gibi olağandışı bir *ratione supremitatis* de değildir, bunlardan ziyade –şöyle söylememe müsaade edilirse– olağandışı *ratione temporis ac situationis*'dir. Anılan olağandışı kanun koyucunun şahsında hukuk bilimine ait basit bir hakikat, bütün normativist varsayımların ve muğlaklıkların içinden geçerek gün yüzüne çıkıyor: Normlar sadece normal durumlar bakımından geçerlidir; durumun varsayılan normalliği, normların geçerliliğinin pozitif hukuka ait olan kısmını teşkil eder. Fa-

kat normal durumun kanun koyucusu, normal olmayan durumun normal durumu ("güvenliği ve düzeni") yeniden tesis edecek icra komiserinden başka bir şeydir. İcra komiseri, bir "kanun koyucu" ve onun "tedbirleri" de birer "kanun" olarak görülürse, bu yöndeki tüm eşitleme çabalarına rağmen meselenin esasında yine bir uyumsuzluk mevcut kalacaktır ki; bu, kanunlarla eşit tutulmaları nedeniyle icra komiserinin "kanun koyucu tedbirlerinin" parlamenter yasama devletinin kanunilik sistemini gerçekten yıkmasına neden olur.

Her iki olağandışı kanun koyucudan farklı olarak 48. maddenin 2. fıkrasında yer alan kanun koyucu, hiçbir surette olağan parlamenter kanun koyucudan üstün tutulmamıştır; bilakis göründüğünün aksine ona tâbi kılınmıştır. Uygulamaya koyduğu tedbirler (m. 48, f. 3'e göre), Reichstag'ın talebi üzerine yürürlükten kaldırılabilir, başka bir ifadeyle bu tedbirler Reichstag tarafından "hoş görülmek" mecburiyetindedirler. Mamafih daha yakından incelendiğinde, devreye girmesinin öngörüldüğü olağanüstü durumlar bakımından üçüncü olağandışı kanun koyucunun sahip olduğu çok kuvvetli üstünlük göze çarpacaktır. Reichstag'ın, her türlü tedbirin kaldırılmasını talep edebilir olmasından ötürü olağandışı kanun koyucu bu üstünlüğünü, olağan kanun koyucunun sadece yüzüne karşı açıkça etkin kılamayacaktır. Kanunilik sistemiyle alâkalı ve burada ilgilenilen sorun bakımından, her iki kanun koyucunun olağanüstü koşullar altında çekiştiği bir müsabakada anılan türde bir olağandışı kanun koyucunun tabiatı gereği bir avantaja sahip olması, "kanunlar" yapabilen bir icra komiserinin üstünlüğünün pek azını içerir. Esasen elindeki avantaj çok büyüktür: Sahip olduğu olağanüstü yetkilerin şartları (kamu güvenliği ve düzeninin tehlikeye girmesi) ve bunların içeriği hakkında kendi takdirince karar verir, "gerekli" tedbirleri tayin eder; dolayısıyla Reichstag tarafından kaldırılması talep edilen tedbirler yerine çok kısa bir süre içinde yenilerini tanzim edebilir; Reichstag'ın yürürlükten kaldırma talebinin

geçmişe yürür bir etkisi yoktur, şu halde olağan kanun koyucu karşısında olağandışı kanun koyucu, tamamıyla nihayete ermiş maddi fiilleri vücuda getirebilir; şüphesiz ki, gerçekleşmiş ve bilhassa etkili olmuş tedbirlerin, örneğin silahlı güç kullanılmasının ve bir kimsenin vurularak öldürülmesinin "yürürlükten kaldırılmasına" kesinlikle imkân yoktur. Tüm bunlar büyük bir hakikî üstünlüğün pratik bakımdan önem ve anlam taşıyan sebepleridir. Ancak bu sebepler şimdiye dek, üçüncü olağandışı kanun koyucunun üstünlüğüne dair yukarıda anılan sair durumlarda olduğu gibi, parlamenter yasama devletinin kanunilik sistemine bu kadar kökten tesir etme ihtiyacı hissetmediler.

Daha yakından inceleyecek olursak, her şeyden önce bu kanun koyucunun ona tanınmış hukuk koyma yetkisinin çerçevesi ve içeriği bakımından Reichstag'ın, yani olağan kanun koyucunun üstünde yer aldığı görülecektir. Parlamenter yasama devletinin kanun koyucusu, sadece kanun yapabilir ve yasama devletinin özgünlüğü gereği kanunu icra eden makamlarından ayrı konumlanırken; 48. maddenin olağandışı kanun koyucusu, tayin ettiği her bir müstakil tedbire parlamenter yasama devletindeki kanunun olağan biçimde sahip olduğu bağlayıcılık özelliğini bütünüyle donanmış bir kanun vasfını kazandırma imkânını elinde bulundurur. Gerçi işlevselci bir kanun kavramı nazarında olağan kanun koyucunun da ilgili her bir tedbiri "kanun" olarak takdim edebileceği söylenebilecek olsa dahi, bu vakıalar çok seyrek bulunur. Ayrıca böyle "bireysel kanunlar", hukuk devleti geleneğinden ve Alman Devleti özelinde de federal yapıdan kaynaklanan birçok engele tesadüf eder ki, bu engeller "kadir-i mutlak kanun koyucudan" bahseden mutlakiyetçi teori karşısında çok daha güçlüdürler. Buna mukabil "diktatör"ün şahsında bir "législateur"den ziyade bir icra komiserinin saklı olduğu görülür. Parlamentonun şahsında sadece ilkeden yoksun bir teori olarak kalan şey, diktatörün şahsında doğal bir pratik olurken, yasama yetkisi

de onun eyleminin silahına dönüşür. Başka bir ifadeyle genel bir kararname yayımlamak yerine, derhal ve doğrudan müstakil bir talimat verebilir; örneğin bir toplantıyı yasaklayabilir, bir örgütü yasadışı ilan edip onu feshedebilir ve bu suretle yürütmenin talimatlarına karşı incelikle inşa edilmiş hukuki güvence sisteminin tamamını fiilen anlamsız hale getirebilir. Kanunla kanun tatbikatı arasındaki örgütsel ayrımıyla birlikte parlamenter yasama devleti, bu devlete has tüm korumacı hukuk devleti kurumlarını, yürütme karşısında koruma fikri üzerinden inşa etmiştir. Fakat 48. maddenin olağandışı kanun koyucusu bakımından kanun ile kanun tatbikatı, yasama ile yürütme arasındaki ayrım, ne hukukî ne de fiilî bir engel teşkil eder; olağandışı kanun koyucu her ikisini de bir kişide tecessüm ettirir; olağandışı kanun koyucunun icraatı altında, aslında sadece kanun tatbikatının bir eylemi olması beklenen şey de, eğer böyle irade etmişse, "kanun koyucu" bir özellik taşır. 48. maddenin öngördüğü kanun koyucu sıfatıyla; "kendinde" biçimiyle aslen bir kolluk tasarrufu olması beklenen, güvenlik hukuku normlarından çıkarılmış bir talimatı doğruca verebilir ve bu suretle kolluk tasarrufları karşında müdafaa maksadıyla teşkil edilmiş idare hukuku güvencesini ortadan kaldırabilir. Devlet başkanının 13 Nisan 1932 (RGBl. I, s. 175) tarihli Devlet Otoritesini Temin Kararnamesi, böyle ihtimallere dair bir uygulama örneği oluşturur. Bu kararname, Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi'nin SA, SS ve diğer unsurlarını adlarıyla belirterek doğrudan ve derhal feshederken; ikincisi, 3 Mayıs 1932 (RGBl. I, s. 185) tarihli Devlet Otoritesini Temin Kararnamesi, "paramiliter şekilde örgütlenmiş veya bu şekilde faaliyet gösteren siyasi birliklerden" genel biçimde söz eder ve bunların feshi ve yasaklanması usulüne dair birtakım itiraz imkânları öngörür. Böylece devlet başkanı, mevcut kanunî normlaştırma sisteminin tamamına müdahale etmede ve bu sistemi kendi hizmetine sokmada herhangi bir sınırla karşılaşmaz. Bununla beraber devlet başkanı, genel normlaştırma-

lar yapabilir ve bunların tatbiki ve icrası bakımından bunlara mahsus yeni müesseseleri kendi başına tayin edebilir ve olağanüstü icra makamları yaratabilir. Başka sözcüklerle ifade edilecek olursa, kendi şahsında yasamayı ve kanun uygulamasını birleştirir ve bizzat koyduğu normları kendi doğruca uygulayabilir. Dolayısıyla kanun ile kanunu icrayı birbirinden ayrı tutan ve bir yasama devletinin esasını teşkil eden kuvvetler ayrılığına saygı gösterdiği kadarıyla parlamenter yasama devletinin olağan kanun koyucusunun yapamayacağı şeyi, bu devlet başkanı yapabilir.

48. maddenin 2. fıkrasının 2. cümlesine göre bu olağandışı kanun koyucu, olağanüstü tedbirleri yürürlüğe koyabilme yetkisinin yanı sıra, yedi temel hakkın kullanımının durdurulmasına yönelik başka bir hususî yetkiyi de açıkça haizdir. Temel hakların kullanımının durdurulması –sanılanın aksine– şeklî bir hadise değildir; *G. Anschütz*'ün de ifade ettiği üzere (Kommentar, s. 227), tamamıyla "şekli bozulmuş" bir şeydir. Federal Yüksek Mahkeme'nin mütalaasına göre (Birinci Ceza Dairesi'nin 6 Ekim 1931 tarihli kararı, Juristische Wochenschrift 1931, s. 3603), açık bir biçimde önceden ilan edilmiş bir kullanımın durdurulması tasarrufuna ihtiyaç bulunmaz; şekle uygun surette 48. maddenin 2. fıkrasının işaret edilmiş olması, ilgili temel hakkın kullanımını durdurmaya matuf maksadın önceden gerçekleşmiş, yeter derecede ve hukuken etkili bir ilanı mahiyetindedir. Bu görüş, 48. maddenin olağandışı kanun koyucusu nazarında anılan temel hakların, bunların arasından bilhassa burjuva hukuk devletinin çekirdeğini teşkil eden kişi özgürlüğü (m. 114) ve mülkiyet hakkının (m. 153) mevcut bulunmadığı anlamına gelir. Savaş öncesi Alman kamu hukuku öğretisinin, kanunu "özgürlük ve mülkiyete bir müdahale" olarak tasavvur eden bir kanun tanımını gerekli addettiği ve bu "maddi kanun kavramını" bundan türeyen "kanuna mahfuz alanla" birlikte anayasal devlet bakımından esaslı ve vazgeçilemez şeyler olarak gördüğü hatırlanacak

olursa; kendi nazarında temel hakları yok sayan olağandışı bir kanun koyucunun varlığı altında, bugüne ulaşan parlamenter yasama devletinin tepeden tırnağa değişmiş olduğunun tespit edilmesi zaruridir. Parlamenter yasama devletinin prensiplerine göre, sadece olağan kanun koyucu ve sadece kanun, ilgili temel haklara müdahale etmeye mezundur; kanuna mahfuz kayıt marifetiyle yalnızca mezkûr kanun koyucunun temel haklar üzerinde tasarrufta bulunma ehliyeti vardır. Eğer anayasa olağanüstü hâl şartları altında temel hakların kullanımının durdurulması imkânını öngörmüşse; bununla, kanun koyucu *olmak dışında* her şey olabilecek bir merci önündeki engellemeleri ve sınırlamaları, yani ilgili temel hakların ve bunların her biriyle alâkalı kanuna mahfuz kaydın içindeki engellemeleri ve sınırlamaları kaldırmayı amaçlıyordur. Bu merciin kanun koyucu *olmayışı* tam da bundan ötürü tamamıyla doğal bir şey olarak farz edilmek mecburiyetindedir, zira aksi halde temel hakların bu merciin eline kanuna mahfuz genel kayıtla daha önceden tevdi edilmiş olması icap ederdi. Eğer parlamenter yasama devleti, tipik bir biçimde temel hakların askıya alındığı bir "olağanüstü hâle" cevaz veriyorsa, olağanüstü halin icra komiseriyle kanun koyucuyu ve icra komiserinin tedbirleriyle de kanunu birbirlerine eşit tutmak istemez, bilakis gerekli ve etkin tedbirler için serbest bir icraat alanı yaratmak ister. Mamafih temel hakların kullanımının durdurulması sadece, temel hakların kabul edilmesinde mündemiç bulunan, mülkiyet ve özgürlüğe dair bir korumanın askıya alınması gereği anlamına gelebilir. Peki, anılan hukukî koruma yasama devleti sisteminin hangi kısmında yer alır? Hukuk devleti korumasından söz edildiğinde, bugünün Almanyası'nda beklenebilecek bir cevap olarak verilen, birtakım dava veya usul imkânlarında kesinlikle yer almaz; zira bugünün idari yargısının yapısal genişliğiyle henüz tanışmamış 1848 yılında bunları tahayyül etmek bile mümkün değildi. Bunlardan ziyade, yasama devletinin sağladığı hukuk koruması, önemli ölçüde

kanuna mahfuz alanda yer alır ki; bu alanın sahip olduğu koruma gücü, onsuz olmazsa olmaz bir temel olarak tekrar ve tekrar kanun koyucuya duyulan güvene muhtaçtır, yani parlamenter yasama devletinin *mezkûr* kanun koyucusuna, basit çoğunlukla karar alan parlamentoya duyulan güvene. Hukuk ile kanunun sorunsuz uyum ve örtüşmesi, gelinen nokta bakımından yine parlamenter yasama devletinin varlık-yokluk sorununu teşkil ediyor. Olağanüstü hâl şartları altında muayyen temel hakların askıya alınabilmesi vasıtasıyla; kanuna mahfuz kaydıyla birlikte yasama devleti, –pek tabiî– anayasanın kendi çekirdeği, özgürlük ve mülkiyet, eşanlı olarak belirli bir süre için askıya alınmış olur. Ancak tüm bunlara rağmen yine de, bir yasama devletinin teşkilat yapısına yeni ve olağandışı bir kanun koyucunun dâhil edilmesi gerekmez. Kanuna mahfuz alan ve kanunun bağlayıcılığı vasıflarıyla parlamenter yasama devleti, sadece *bir*, daha doğrusu *kendi* kanun koyucusunu, yani parlamentoyu tanır; hiçbir rakip olağandışı kanun koyucu kuvvete tahammül etmez. Bu sisteme göre, olağanüstü tarz-ı harekete yetkili makamın "tedbirleri" kanuna aykırı değildir, fakat bunlar kanun kuvveti de taşımazlar. Bu tedbirler, kanun kuvveti taşımaya ihtiyaç duymadıkları gibi buna ehil de değildirler; zira temel hakların kullanımının durdurulması öngörülmüştür ve bu suretle kendilerinden bir kanunu ve bir kanun kuvvetini gerekli kılması beklenen yasama devletine ait sınırlamalar zaten hükümden düşmüştür.

Şimdi bu "tedbirler", mahkeme içtihatlarının etkin icazeti ve kamu hukuku öğretisince tanınmış olma şartları altında ortaya çıkmış on yıllık bir hükûmet pratiği vasıtasıyla, Alman Devleti'nde gerçekleştiği üzere, kanun kuvvetinde kararnamelere dönüşüyorlarsa; artık heterojen ve yeni bir fikir silsilesi, anayasanın kanunilik sistemine girmiş demektir. Bu durumda 48. maddenin yeni olağandışı kanun koyucusu, ister tedbirler vasıtasıyla isterse de kanun yerine geçen kararnameler vasıtasıyla olsun, özgürlük ve mülkiyet üzerinde tasarrufta buluna-

bilecektir. Bu suretle burjuva hukuk devletinin cevheri hakkında bizzat tasarrufta bulunacaktır ve hatta bunu tuhaf bir ikili temel esas üzerinden yapacaktır: İlk olarak, olağan kanun koyucuya eşit tutulmuş olmanın kudretiyle ki, bu eşit tutulma sebebiyle özgürlük ve mülkiyet lehindeki kanuna mahfuz kaydın içeriğini kendi doldurabilecektir; ikinci olarak, gayet sarih biçimde ona teslim edilmiş olan kullanımı durdurma yetkisinin kudretiyle ki, bu yetki sebebiyle temel haklar onun tatbik edeceği tedbirlerin önünde artık hiçbir engel teşkil etmezler. Olağan kanun koyucu sadece kanuna mahfuz kaydın kudreti üzerinden temel haklara müdahalede bulunabilir ve fakat bunların kullanımını durduramaz. Buna mukabil olağandışı kanun koyucu her ikisini de yapabilir ve diğer tüm özellikleri bir yana, sırf bundan ötürü kendine mahsus bir usulde olağan kanun koyucunun karşısında daha mükemmel ve üstündür.

Fakat 48. maddenin 2. fıkrasının olağanüstü yetkiler pratiği, olağandışı kanun koyucunun daha da ileri giden bir yasama yetkisinin ortaya çıkmasına meydan verdi. Anayasa'nın 48. maddesinin bugün artık Almanya'da kanıksanmış, bariz biçimde sıradan ve ikna edici yorumu, devlet başkanının olağan federal kanun koyucuya denk olduğu ve ancak anayasayı değiştiren etkileri bakımından federal kanun koyucuya mahfuz tutulmuş olan şeyleri yapmaya mezun olmadığı bakış açısından hareket ededursun; bu esnada, hem kamu hukuku öğretisi ve adlî uygulamanın icazeti, hem de bilhassa Alman Federal Devlet Mahkemesi'nin bunu onayan içtihadı altında, *eyaletlerin* yetki sahasına tecavüz eden ve dolayısıyla basit bir federal kanun marifetiyle düzenlenebilmesi şüphesiz ki imkânsız addedilecek hususlardaki kararnameler, Anayasa'nın 48. maddesinin 2. fıkrasına göre çıkarılmaya başlanmıştır. Bu bağlamda en anlamlı örnek, devlet başkanının Anayasa'nın 48. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak çıkardığı 5 Ağustos 1931 tarihli (RGBl. I, s. 429) Şehir Tasarruf Sandıkları Kararnamesidir.*

* Sparkassenverordnung. –*çn*

Hâlbuki anılan bağlamda benzer bir konuyu, belediyelerin ülke dışından kredi almasını düzenleyen 21 Mart 1925 tarihli federal kanun (RGBl. I, s. 27), eyaletlerin yasama yetkisine ihtimam göstermek maksadıyla, Anayasa'nın 76. maddesine uygun biçimde hazırlanmış anayasayı değiştiren bir federal kanun olarak çıkarılmıştı. Alman Federal Devlet Mahkemesi 5 Aralık 1931 tarihli kararlarında (RGBl. 134 Anh. s. 12 ve 26), devlet başkanının eyaletlerin yasama sahasına giren konularda da kararname çıkarma yetkisiyle mücehhez olduğu görüşüne katıldı. Hatta Mahkeme, devlet başkanının kendini FA m. 5* ile bağlı saymayabileceğini ve Anayasa'nın 48. maddesinin 2. fıkrası mucibince eyalet anayasalarındaki kurallardan sapan bir federe hukuku yaratmak konusunda eyaletlerdeki devlet gücünü yetkilendirebileceğini kabul ediyor. Bu görüş için sunulmuş (*R. Grau* ve *Poetzsch-Heffter*'in gösterdiği argümanların kullanılmasıyla) gerekçe, Federal Anayasa'nın, 48. maddenin içinde esasen "müstakil bir yetki kuralını" içerdiği sonucuna varır. Bu durum, 48. maddenin olağanüstü yetkileri karşısında, Federal Anayasa'nın devlet teşkilatına dair olağan kurallarının dayanıksız olduklarından başka bir anlama gelmez. Başka bir ifadeyle bu kurallar, "dokunulmaz" değildir. Benzer biçimde federal hükûmet de, FA m. 87'de öngörülen ve kredi borçlanmasına dair yetkilendirmelerin "sadece federal kanun vasıtasıyla" yapılabileceğini düzenleyen teşkilat yapısına dair önemli anayasal kuralların varlığına rağmen, kredilerin kullanılmasına müsaade eden böyle bir federal kanunun, pekâlâ 48. maddeye göre hazırlanmış bir kararnameyle de ikame olunabileceği görüşünü paylaştı ve bu konuda ısrarcı oldu (12 Mayıs 1932 tarihli Borçların Geri Ödenmesi ve Kredi Kullanılmasına Dair Yetkilendirme Hakkında Federal Kanun Taslağı Gerekçesi, RGBl. I, s. 191, Reichstag matbuası Nr. 1480;

* FA m. 5: "Federal meselelerde kamu gücü, federal organlar vasıtasıyla ve federal anayasaya göre, eyaletlerle ilgili meselelerde ise federe organlar vasıtasıyla ve eyalet anayasalarına göre kullanılır." –*çn*

buna dair *G. Anschütz* ve *W. Jellinek*'in 12 Mart 1932 tarihli mütalaaları, yayınlanması: Tübingen 1932).

48. maddenin yorumuna dair hukuk teori ve pratiğinde hâkim olan görüş vasıtasıyla, Federal Anayasa'nın devlet teşkilatına dair kuralları, sırf öyle "dokunulmakla" kalmamış, esaslı biçimde değişikliğe de uğramıştır. Bu durum, hem federasyon ile federe devlet arasındaki yetki paylaşımına dair yukarıda zikredilen kurallar ve federal hukukun temellerini içeren Anayasa'nın 5. maddesi bakımından, hem Reichsrat'ın katılım yetkisi bakımından (m. 69, m. 74, m. 85-f.4), hem de Anayasa'nın parlamenter yasama devletini inşa etmeye çalıştığı "federal kanunlar Reichstag tarafından çıkarılır" diyen (m. 68) merkezî kuralı bakımından geçerlidir. Devlet teşkilatına dair anılan tüm anayasal kurallar (*G. Anschütz*'ün icadı olan kelimeyle ifade edilirse) bundan böyle artık bir "diktatörlük [karşısında] dayanıklı" değildir; zira Anayasa'nın 48. maddesinin 2. fıkrası bağlamında, basit kanun koyucuya denk tutulacak olağandışı bir kanun koyucunun varlığı kabul edilir. Öyleyse en azından hem federal devlet bakımından hem de eyaletlerin mevcudiyetlerini sürdürmeleri bakımından örgütsel bir minimumun dokunulmaz kalması mecburiyeti kabul edilmelidir; meğerki 48. madde üzerinden tüm anayasal düzen yıkılacak olsun. Bir federal kanunu böyle ikame eden, hatta federal yasama yetkisinin kapsamını fazlasıyla aşan bir kararnameler hukukunun varlığını kabul eden bir öğreti; 48. maddenin 2. fıkrasının E. Jacobi ve tarafımdan savunulan yorumunu (sadece askıya alınabilir yedi temel hak maddesi değil, her bir müstakil anayasal kuralın da 48. maddenin diktatörü karşısında bir engel teşkil etmeyeceğini) "anayasal düzene dokunan" bir görüş olarak karalayabilmek maksadına ulaşmak için, kendini hâlâ daha bir "dokunulmazlık öğretisi" olarak takdim etmekten hiç olmazsa artık vazgeçmelidir. 1 Aralık 1930 tarihli Olağanüstü Hâl Kararnamesi hakkındaki sunumumda ("Notverordnung und öffentliche Verwaltung", Berlin 1931, s. 17) ve

"Anayasanın Muhafızları" hakkındaki kitabımda (Hüter der Verfassung, Tübingen 1931, s. 121) daha önce belirttiklerimi burada yeniden vurgulamak isterim: 48. maddenin 2. fıkrasına dair anılan görüşü isabetli buluyorum ve geçen on yılın gelişmeleri neticesinde, devlet başkanının tedbir-yetkisine sadece federal kanunu ikame eden bir kararname çıkarma yetkisinin *ilave edildiğini* söylüyorum (ayrıca belirteyim ki, Anayasa'nın ikinci kısmının aldatıcı başlığı –"Almanların Temel Hak ve Yükümlülükleri"– altında yan yana getirilmiş birbiriyle bağdaşmaz hükümlerin söz konusu tedbirlerle olan ilişkisi, gerçek kanunların yaratabileceği bir ilişkiden hâlâ daha farklı bir şeydir). Bugün karşılaşılan sonucu, 48. maddenin 2. fıkrasında bulunan ve 5. fıkrada öngörülen uygulama kanunu çıkarılana kadar açık kalacak olan *geçici durumun* yarattığı boşluğun pozitif hukukla doldurulması olarak kabul etmek ve böylece hazmetmek gerekir. Devlet başkanının mali kanunları ikame eden kararnameleri de (örn. kredi kullanılmasına dair yetkilendirme kararnameleri) yukarıda belirtilen durumdan ötürü hukuka uygunlaşıyor. Bu kararnamelerin anayasaya aykırı olduklarını *Max E. F. Kühnemann* (Reichsverwaltungsblatt 1931, s. 745) ilgili teşrihlerinde kanıtlamaya çalıştı. Kühnemann'ın açıklamalarının keskin bir zekânın ve titizliğin eseri olması şüphe yok ki çok anlamlıdır, ancak bu açıklamaların zayıflığı, metnin meşrutî monarşi döneminin kamu hukuku kavram ve faraziyelerinin hâkimiyeti altında kaleme alınmasında ve mali kanunlara dair yürürlükteki anayasal kuralların, sair anayasal kural ve kavramların inşa ettikleri genel bağlam dikkate alınmadan yorumlanmış olmasında yatar. Weimar Anayasası, 1848'in geleneksel anayasa tipinden esaslı biçimde farklılık arz eden bir anayasal sisteme sahiptir; ayrıca özellikle çok değişikliğe uğramış, artık bütünselliğini yitirmiş, dahası sorun yaratmaya başlamış bir kanun kavramına sahiptir. Bu durumun meydana getirdiği büyük müşkülat; ne Kühnemann'ın teşrihinde 19. yüzyıla ait mali hukuk tasavvurlarının sorunsuz

biçimde muhafazasını, ne de Anayasa'nın devlet teşkilatına dair temel kurallarının bir "diktatörlük [karşısında] dayanıklı" olmadığını, ancak buna mukabil askıya alınamaz "temel hakların" ise "dokunulamaz" olduklarını ilan eden bir hâkim öğretinin içine battığı iç çelişkileri haklı gösterir.

Anayasa'nın teşkilat kısmındaki bu tür değişikliklerden sonra, 48. maddenin içerdiği "müstakil yetki hükmü" aracılığıyla sadece dokunulmakla kalınmamış, bunun da ötesinde tamamen değiştirilmiş örgütsel anayasa kurallarından farkı belirtmek üzere, ikinci kısmın maddi hukuk önermelerinin daha da üstlerine basa basa ve ciddiyetle kutsal, dokunulmaz ve "diktatörlüğe dayanıklı" olarak takdim edilmeleri, parlamenter yasama devletinin esasları ve bütünselliği içindeki kanunilik sistemi bakımından her halükârda ehemmiyetsiz kalır. Birinci kısmın temel kurallarının ve bilhassa kanunilik dayanağının kendinin, artık daha fazla "diktatörlüğe dayanıklı" addedilmediği koşullar altında, Anayasa'nın ikinci kısmının her biri farklı içeriğe sahip müstakil kuralları, hangi sebeple böyle bir kuvvet ve itibara sahip olabilecektir? Eğer 48. maddenin "müstakil yetki hükmü", eyaletler bakımından Anayasa'da tasvir ve temin edilen diğer yetki ve hakları bertaraf etmeye matuf anayasal kanun kuvvetine sahipse; bu durum, her bir müstakil anayasal kuralın haiz olduğu "dokunulmazlık" ilkesinin de terk edilmiş olduğu anlamına gelir. Federal hükûmet tarafından savunulan ve Alman Federal Devlet Mahkemesi tarafından uygun bulunan bu görüşün doğruluğu ve gerekliliği kabul ediliyorsa; 48. maddenin tedbiri karşısında, memuriyet ya da dini cemaat haklarına dair her bir müstakil ölçütün dokunulmazlığına bağlı kalmak da zor olacaktır. Çünkü Weimar Anayasası'nın içeriğine ve yapısına sahip bir anayasa nazarında, eyaletlerin hakları bakımından cereyan eden şeyin, dini cemaatler ve memurlar bakımından da en azından adilâne telakki edilmesi muhtemelen gerekli görülür. Devletin teşkilatına dair temel yetki kurallarının "diktatörlüğe dayanaklı"

olmadığı koşullar altında, Anayasa'nın müstakil her bir maddi hukuk teminatı da, ancak maddi hukuk teminatlarının gerçek muafiyetler ve imtiyazlar olarak tasavvur edilmiş olmaları ve hâlihazırdaki ikinci kısmın da ikinci bir karşı-anayasayı ihtiva etmesi hallerinde "diktatörlüğe dayanıklı" olabilir. Bunu takiben, 76. maddenin öngördüğü anayasa değişikliklerinin sınırları bakımından da herhalde tutarlı bir sonuca ulaşılması mecburi olacaktır; mamafih öğretideki hâkim anlayış hâlâ daha bu zaruretin idrakinin epey uzağında kalıyor.

48. maddenin 2. fıkrasına dair hâkim görüşün çözümsüz iç çelişkilere gark olması, bugün artık bariz bir hal almıştır. Bundan ötürü *Poetzsch-Heffter* (Deutsche Juristen-Zeitung 1932, s. 770), içinde "diktatörlük yetkilerinin" anayasaya uygun bir biçimde yer alacağı genel örgütsel bağlam hakkında şu ana kadar olandan daha iyi ve sistematik bir çabanın sergilenmesini haklı olarak talep ediyor. Fakat bu noktada her şeyden önce, Anayasa'nın birinci kısmının karşısına yerleştirilmiş bir ikinci kısmın varlığı üzerinden yukarıda geliştirilen (bkz. II. Bölüm, 1. Başlık) çeşitliliğe dair değerlendirmenin göz önünde bulundurulması gerekebilir. 48. maddenin 2. fıkrasının teori ve pratiğinde belirgin biçimde somutlaşan söz konusu iç çelişkilerin tamamı, en nihayetinde sadece parlamenter yasama devleti ilkelerinden yapılmış yukarıda anılan sapmanın birer neticesi ve tecrübe örneğidir ve Anayasa'nın ikinci kısmının, ikinci ve yeni bir anayasayı aslında nasıl da törenlerle taltif etmiş olduğunun farkında değildir. Maddi hukuk güvencelerinin devreye sokulmasıyla ortaya çıkan, parlamenter yasama devletinin ilkeleri karşısındaki bu tutarsızlık, yukarıda anılan bağlamdan bihaber her türlü m. 48/f.2 yorumunun içine gömüleceği çelişkiler vasıtasıyla, sadece daha görünür hale geliyor. 48. maddenin oluşum hikâyesi, bilhassa şu sayılan yedi askıya alınabilir temel hakkın gelişimi, hayret verici bir biçimde bunu tasdik ediyor. Evvela 17 Şubat 1919 tarihli hükûmet tasarısında alenileşen (krş. *Triepel*, Quellensamm-

lung, s. 8-12, 20-23), ancak izi eyalet temsilcileri komitesinin 5-8 Şubat 1919 tarihli görüşmelerine kadar geriye götürülebilecek temel hakların anılan biçimde tek tek sayılması, malum olduğu üzere içinde, birtakım genel ilkeler (ki bunlar pratik anlamda önemsizdir: Kanun önünde eşitlik, vicdan özgürlüğü, sanat ve bilim özgürlüğü, azınlıklar) hariç olmak üzere geriye kalan yedi temel hak maddesinin *hepsinin* askıya alınabilir olduklarını ilan eden on iki maddelik bir temel haklar bölümünü göz önünde bulunduruyordu. Başka sözcüklerle ifade edilecek olursa, güncel bir hukukî meseleyi içerdiği veya o zamanki anlayış bakımından pratik anlamda dikkate değer bulunduğu kadarıyla, temel haklar bölümünün *tamamının* askıya alınabilir olması gerekiyordu. Madde numaralarının uyumlulaştırılması bir kenarda dursun, anayasal düzenlemenin oluşum sürecinin müteakip seyri içinde temel hakların tek tek sayılması keyfiyeti, esasen değişmeksizin kaldı. Ancak bu olurken diğer bir yandan, temel haklar bölümü çok hızlı bir biçimde genişletildi ve Anayasa'nın ikinci kısmına dönüştü. Ve muhtemeldir ki bu olurken hiç kimse, olağanüstü hâl koşulları altında bu durumun, değişmeksizin muhafaza edilen anılan yedi temel hak maddesi üzerinde hangi etkileri yaratabileceğinin bilincinde değildi. Yeni temel haklar kataloğuyla ortaya çıkmış, yeni türdeki ikinci bir anayasanın anılan kısmı, 1919'un malum yaz aylarının telaşı içinde ne parlamenter yasama devletinin örgütsel sistemiyle, ne de bir tatbikat kanunu çıkarılıncaya dek geçici bir durum olarak tasavvur edilmiş olağanüstü hâl düzenlemesiyle anayasal bakımdan uzvî bir uyuma veya bağlantıya kavuşturulmuştur. Weimar Anayasası taslağının hazırlandığı ve düzeltmelerinin yapılmasının gerektiği esnadaki zorlu koşullar göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa'nın hazırlayıcılarını böyle bariz tutarsızlıkları fark etmemekle itham etmek pek de adilâne bir şey olmayacaktır. Öte yandan tabiî ki kişinin kendini, anayasa hukukunun gelişimiyle alâkalı hadiselerle dolu bir on yılın tecrübelerine

kapatması da kabul edilebilir değildir. Bu nedenle bugün artık söz konusu çelişkilerin idrakinden daha fazla kaçınmamak gerekir.

Parlamenter yasama devleti ilkesel olarak maddi hukuk güvencelerini tanımaz, çünkü olağan kanun koyucu parlamentoya koşulsuz bir güven duyar. Ancak olağan kanun koyucuya güvenilmediği halde; benzer biçimde güven duyulmayan diktatör de, olağan kanun koyucuya denk tutulabilir. Bu durumun devamında, basit kanun koyucudan esirgenen güvenin kendiliğinden anayasa değiştirici kanun koyucuya aktarılacak olması, sadece görünüşte inandırıcı, fakat gerçekteyse anlamsız ve sistem yıkıcı olur. Çünkü bu en azından anayasanın "diktatörlüğe dayanıklı" ve "diktatörlüğe dayanıksız" maddi hukuk önermeleri arasında yapılacak bir ayrımın varlığı altında mümkün olabilir. Devlet teşkilatına dair tüm kuralları dokunulabilir, buna karşın ikinci kısmın tüm maddi hukuk güvencelerini ise kutsal ve dokunulamaz ilan etmek; kendinde makul bir şey olabileceği gibi kesinlikle kendi içinde mantıksal bir çelişki de barındırmayabilir. Fakat gelin görün ki bu durumda ancak, Weimar Anayasası'nın hâlâ daha olmayı arzu ettiği bir parlamenter yasama devletinden başka türdeki bir devlet biçimi söz konusu olacaktır. Her halükârda anılan ikinci kısmın içinden hukuk devletine ait çekirdeğin, yani özgürlük ve mülkiyete dair korumanın çıkarılıp atılmasına ve diğer anayasal kurallar –örneğin dini cemaatlerin hakları veya memuriyet güvenceleri– ihlal edilemez ve dokunulamaz kalmayı sürdürürken, 48. madde tatbikatında olduğu üzere anılan temel hakların kolayca askıya alınabilir olması suretiyle bu sahaların diktatörün eline tevdi edilmesine cevaz verilmemelidir. Devlet teşkilatına dair temel kuralların, eyaletlerin federal güvencelerinin, kredi kullanımda parlamentonun haiz olduğu eskiden kalma geleneksel müdahale yetkilerinin, Reichsrat'ın sahip olduğu müdahale yetkilerinin, özgürlük ve mülkiyetin, burjuva hukuk devletinin hakiki "mukaddesatının" ve hatta

parlamentonun parlamenter yasama devleti bakımından esas teşkil eden yasama tekelinin diktatörlüğe dayanıklı olamayacağı yerde; memurun kendi sicil kaydını inceleme hakkı ile teoloji fakültelerinin varlıklarını muhafaza etme hakkı diktatörlüğe dayanıklı kalacakmış! Dahası bu fikir, politik anlamda önemsiz ve bundan ötürü diktatörlüğün ilgisini çekmeyecek küçük meselelere bir çeşit muafiyet tanınmasını hedeflemekten, –kim bilir belki bu bakış doğru olabilir–, veya belki akılcı bir bakış açısıyla ifade edilmiş olması muhtemel *minima non curat dictator** ilkesinden değil de; bilakis bunlardan ziyade, korunmaya muhtaç *üstün* çıkarların güvence altına alınması hedeflenmiş olduğundan ve kanunların niteliksel anlamda üstün bir türü olarak ikinci kısmın maddi hukuk güvencelerinin normal parlamenter yasama devletinin kanunilik sisteminin dışına çıkarılmış olmasından kaynaklanıyor.

Anayasa teorisi bakımından anayasa ve kamu hukukunda yaşanan bu karışıklığın gerçek nedeni, kanun kavramının soysuzlaşmasında saklıdır. Tasnif imkânı sunan ve kabul gören bir kanun kavramına sahip olmayan bir yasama devletinin var olması mümkün değildir. Her şeyden önce böyle bir devlet; hukuk ile kanunun ve kanun ile hukukun objektif ve makul bir bağ içinde yer almasında ve sahip olduğu yasama yetkisine dayanarak kanun koyucu tarafından ortaya çıkarılan normlaştırmaların bu özellikleri gereği saf bir tedbirden farklı ve bundan üstün bir şey olmasında, ısrarcı olmak mecburiyetindedir. Kanunilik sisteminin tümünün anılan türden kanunî normlaştırmaların bağlayıcılığına dayandığı bir yasama devletinde bir tedbiri kanun, bir kanunu da tedbir yerine koymak mümkün değildir. Hâkim, kanun namı yerine tedbir namına içtihatta bulunamaz. *Ernst Fraenkel* çok isabetli bir biçimde, "Eğer yargı neyin kanun olduğunu tespit edemez hale gelmişse, kendi-

* *de minimis non curat praetor*: Hâkim küçük şeylerle meşgul olmaz. Örneğin bir ceza yargılamasında esas mesele bakımından önem taşımayan ufak sorunlarla hâkimin meşgul olmayacağını ifade eden önermeden Schmitt, diktatöre ilişkin bir hüküm çıkarıyor. –*çn*

ni kanun olmayan şeylere bağımlı kılmak tehlikesine maruz kalır," diyor ("Die Gesellschaft", Ekim 1931, s. 336). FA m. 48/f.2, devlet başkanını "tedbirler" koyma konusunda ya da 1919 yılının ilk anayasa taslaklarında adlandırıldığı biçimiyle "tamimler" yayımlama konusunda yetkilendirir. Bugünkü anlayış ise, bunların "kanun koyucu tedbirler" olabilmesini doğal karşılıyor. Ancak burada, esasen semptomatik bir anlam içeren zihnî bir bulanıklığın varlığı görmezden geliniyor. "Kanun koyucu tedbirler" yine de sadece kanun koyucunun tedbirleridir, yani kanun koyucu tarafından koyulmuş tedbirlerdir, yoksa kanun koyucudan başka birinin koyduğu tedbirler değil. Bu bağlamda hemen şu soru gündeme geliyor: Olağan kanun koyucudan başka biri kanun kuvvetinde kararnameler çıkarabilir mi? Fakat bu soru, "kanun koyucu tedbirler" söz öbeğinin yardımıyla kesinlikle cevaplanmaz.

Bunun haricindeki konularda "tedbir" kavramının taşıdığı özellik ve özgünlük, Alman hukuk yaşamının teori ve pratiğinde elbette ki bugün hâlâ daha bilinen bir şey olup, asla bir tür teorik safsatacılık değildir. Örneğin, bir mahkeme hükmünün tedbir olmaması ve tersine biçimde "tedbir" ifadesinden de asla bir *mahkeme hükmünün* anlaşılmaması, tabiî karşılanan bir durum olarak kalmıştır. Hatta kanun ile tedbir arasındaki ayrımı idrake tamamıyla uzak duran bir anlayışa sahip olan ve bu ayrımı budalaca bir fikir derekesinde takdim edip, kısa bir pasajla bundan kurtulmayı arzu eden *R. Grau* gibi bir yazar bile, tedbir kavramını hemen bir yere yerleştirmek için acele eder ("Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten", Handbuch des Deutschen Staatsrechts II, s. 279, Anm 15): "Tabiî ki işlevsel nitelikleri gereği birtakım devlet faaliyetleri tedbir sahasının dışında kalmak zorundadır, mesela bağımsız yargı erki tarafından icra edilmesi icap edenler." Benzer biçimde, ceza ile salt koruma tedbiri arasındaki karşıtlığı ayırt edebilen bir hukuk bilinci hâlâ canlıdır. Aynı yönde Prusya Yüksek Mahkemesi de, polis makamlarının (1 Haziran 1931 tarihli Prusya

Emniyet İdaresi Kanunu'nun IX. Başlığına göre) kullandığı zor vasıtalarının, gelecekteki bir duruma mâni olmaya dönük önleyici araçlar olması gerektiğini, bunların asla ceza olamayacağını, zira cezanın bir "fenalığın neticesi" (kefaret) olarak genel emniyete aykırı bir durumun yarattığı tehlikenin varlığı ya da yokluğundan, yani somut durumdan bağımsız olduğunu vurgular (22 Mart 1932 tarihli Karar, Deutsche Juristen-Zeitung 1932, s. 534). Şu halde yargısal hükümler ve cezalar hâlâ daha tedbirlerden ayrıştırılabilmektedir. Bir yasama devletinin bütün kanunilik sistemini taşıyan temel ayrımın, yani *kanun* ile tedbir arasındaki ayrımın artık dikkate alınmıyor olması ise, çok daha hayret vericidir. Kamu Hukuku Arkivi içinde yer alan yazısında (Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 21, s. 139, f.) *Karl Loewenstein*, 48. maddeye dayanarak ilan edilen 13 Temmuz 1931 tarihli Danat-Bank Kararnamesini,* adı geçen bankanın kararname kapsamında münferiden ele alınmış olmasından ötürü, "en hafifinden kaygı verici" bulduğunu ifade ediyor; banka aleyhinde ihtiyatî haciz, cebrî icra ve iflas yollarına başvurulmasına getirilen yasağın ise "Alman hukuk devleti tarihinde eşi benzeri görülmemiş bir olay" olduğunu ilan ediyor. Ve böylece 48. maddenin 2. fıkrası hükmüne göre, pek tabiî ki askıya alınabilir temel haklardan olmayan 105. maddenin (kanunî hâkim) ve 109. maddenin (kanun önünde eşitlik) ihlal edilmesiyle karşılaşılıyor. Zaten bir tedbirin vasfını tayin edici şey, onun bir konudaki münferit durumu dikkate almasıdır. Tedbirin bu özelliği şimdi, yukarıda anılan düşünce aracılığıyla anayasaya aykırılıkları günyüzüne çıkarmada kullanılıyor, çünkü "diktatörün" davranışları doğallık içinde zımnen bir "kanun" olarak telakki ediliyor ve Anayasa'nın 109. maddesinin –hukuk devletindeki kanun kavramının sadece genellik ve kapsayıcılık karakterini vurgulayan– eşitlik pren-

* Darmstâdter und Nationalbank (Danat-Bank)'ın derinleşen bankalar krizi içinde çöküşe doğru sürüklenmesi üzerine anılan banka, 13 Temmuz 1931 tarihli kararnameyle (RGBl. I, s. 359) mudilerine hazine güvencesi sağlandığı ilan edilerek tasfiye edilmiştir. –*çn*

sibinin hükmü altına yerleştiriliyor. Anayasa'nın 48. maddesi aracılığıyla devlet başkanı, zaten tedbire başvurma konusunda yetkilendirilmiştir; tedbir yetkisine bir de olağandışı yasama yetkisinin ilave edilmiş olması, tedbir koymadaki yetkilerini ne ortadan kaldırır ne de sınırlar. Fakat şu anda devlet başkanının başvurduğu tedbirlere, herkesin karşısında "eşitlik" içinde durması icap eden "kanunlarmış" gibi muamele edilerek, devlet başkanına ait tedbir alma yetkisinin kullanılması hukuken imkânsız hale getirilmek isteniyor. Böylece çok temel bir ayrım karşısında gösterilen umursamazlık, sarih bir anayasal kuralı, gayesinin tam tersi istikametine kolaylıkla saptırıyor. Bugün bir tedbirin yasama faaliyetlerinden değil de, sadece yargısal faaliyetlerden tefrik edilebiliyor olması, şu gelişmenin açık bir belirtisi olabilir: Bugünün anayasa hukuku bilinci, yargı devleti ve idare devleti biçimlerini doğrudan idrak ederken; parlamenter yasama devletine has ayrımlara hem ilgi azalıyor, hem de bunlar giderek anlaşılmaz bir içeriğe bürünüyor.

Tedbir koyma yetkisinin on yıldır tanınan ve alışılan pratiğine, bir kanunun sahip olduğu kuvveti tamamıyla haiz olan bir kararname çıkarma yetkisinin ilave edilmiş olması, herhalde diktatörün kabahati değildir. 1930 ve 1931 yıllarının halen devam eden olağanüstü hâl pratiği sırasında, ilk defa maddi kanun kavramının bir unsuru olan *süreklilik*, eski itibarına bir dereceye kadar yeniden kavuşabildi. Bugün "hukuk devleti" düşüncesinin temsilcileri, devlet başkanının 48. maddeye göre yayımladığı tamimlerin sadece bir defaya mahsus olduklarını, mütemadi bir düzenleme olamayacaklarını ısrarla vurguluyorlar. Kararname uygulamasına dair geçen iki yıl zarfında ortaya çıkan itirazların ve kaygıların toplamı altında, 48. madde tedbirlerinin "geçici karakterine" yapılan atıf, bugünün tartışmalarında merkezi bir konum elde etmiş ve güçlü bir inandırıcılığa sahip olmuş gözüküyor (şu makaledeki delilleri karşılaştırınız: "Grundsätzliches zur heutigen

Notverordnungspraxis", 27 Şubat 1932 tarihli Reichsverwaltungsblatt ve bkz. *Anschütz*, Kommentar, s. 280). Aynı yönde Alman Federal Devlet Mahkemesi de yukarıda anılan 5 Aralık 1931 tarihli kararlarında (RGZ. 34[1] Anhang s. 24 u. 43), devlet başkanının yayımladığı tamimlerin bir konuyu "kesinlikle tüm zamanlar için belirlemiş olamayacağını" vurguluyor. "Süreklilik" yasağının 48. maddenin 2. fıkrasının şeklî lafzından ziyade kanun kavramının karşıtı olan tedbirin özünden çıkarılması gerektiğine ve bir hukuk devleti tasavvuru (bu noktada yasama devleti) dâhilinde, sürekliliğin kanunun bir vasfı olduğuna yönelik idrak, maalesef hâlâ çoğunda eksik kalmayı sürdürüyor. Kanun ile tedbir arasındaki ayrımın varlığı, ayrımın belirsiz olmasından ve sınırlarını tayin etmenin güçlüğünden ötürü çoğunlukla reddediliyor. Sınırlandırmanın zorluğu gerekçesinden türetilip bir sınırın yokluğu neticesine ulaşan bu hüküm, sadece bir kolaycılık argümanıdır. Ancak bir defa bile bu sınırsızlık argümanında tutarlı bir biçimde ısrarcı olunmamıştır. 48. maddeye göre "tüm zamanlar için" öngörülmüş tamimlerin caiz olmadığını belirten yukarıda anılan cümleyle bağlantılı olarak Alman Federal Devlet Mahkemesi, içtihatta bulunmaya devam ediyor ve bir düzenlemenin "öngörülebilir daha uzun bir süreyi karşılayan belirsiz bir zaman zarfı için" caiz olacağını ifade ediyor. Başka bir deyişle "tüm zamanlar" ile "daha uzun belirsiz bir zaman" arasında ayrım yapıyor. Her halde kanun ile tedbir arasındakine nazaran bu ayrım, çok daha belirsiz kalacak ve bunun sınırları çok daha güç tayin edilebilir olacaktır.

Bugün yaşananların temel nedeni, kanun ile tedbir arasındaki içsel ayrımın devlet hayatının gerçekliği içinde uzun zaman önce bizzat kanun koyucu tarafından terk edilmiş olmasıdır. Kendi kanunlaştırmalarının cidden "tüm zamanlar için" geçerli olacağına inanan bir parlamento çoğunluğundan bugün artık söz edilemez. Mevcut durum öyle tahmin edile-

1 "34", yukarıdaki biçimde metne ilave edilmiştir (A)

mez ve öyle anormaldir ki, kanunî normlaştırmalar daha önce sahibi oldukları özelliklerini yitirirler ve saf tedbirlere dönüşürler. Bu gerçeğin baskısı altında, bizzat kanun koyucunun ve bununla birlikte parlamenter yasama devletinin kamu hukuku öğretisinin, kanun koyucunun tüm tedbirlerini birer kanun olarak ilan etmesi ve kanun koyucunun indinde kanun ile tedbirin arasındaki ayrımın terk edilmesi koşulları altında, tedbir kullanmaya yetkili diktatörün de tam tersi istikamette olağanüstü bir yasama yetkisini haiz olması tutarlı olur. Kanun koyucu, tedbirlere başvurur ve tedbirlere başvurmaya yetkili diktatör, kanunlar çıkarır. Fakat pratikte kanun ile tedbir arasında bir fark gözetilmemesi, bunları tedbirler düzeyinde eşitler. Yetki sahası; genel, önceden belirlenmiş ve süreklilik arz eden normları hükme bağlamak olan, yürütmeden ayrılmış bir parlamentoya nispetle bir "diktatör", kendi varlığını tedbir uygulamalarında gösteren idare devletiyle, tabiatı gereği çok daha uyumlu olur.

SONUÇ

Weimar Anayasası'nın üç olağandışı kanun koyucusu –*ratione materiae*, *ratione supremitatis* ve *ratione necessitatis*–, Anayasa'nın her şeye rağmen bağlı kalmayı arzu ettiği parlamenter yasama devletinin kendi içinde tutarlı kanunilik sistemini tehlikeye sokuyor. Bu teşhisin sınırları dâhilinde, anayasanın federalist unsurlarının etkilerinden doğabilecek muhtemel diğer komplikasyonlar şimdilik gözlem dışı tutulacaktır. Bu koşulların varlığı altında, olağan kanun koyucunun olağandışı üç rakibinin hücumlarına dayanacak kudrete sahip olmadığı tahmin edilebilir. Fakat kendini yalnızca anayasal yapının incelenmesine hapsettiği müddetçe, bu tahminin teorik bakımdan isabetli neticelere ulaşamaması muhtemeldir. Zira devlet biçiminin türünü bütünüyle ilgilendiren temel siyasî anayasal tercihin söz konusu olduğu yerde, anayasayı yüksek bir kararlılıkla kurucu bir ilke olarak esas alan sistem, her koşulda üstünlüğünü muhafaza edecektir, meğerki bu sistem kadar ilkesel ve tutarlı başka bir sistem yürürlüğe sokulmuş olsun. Örneğin Fransa Cumhuriyeti'nin parlamentarizmi, 1875 anayasa değişikliklerinin, parlamentonun feshi ihtimalinin ortaya çıkması durumunda öngördüğü plebisiter meşruiyete başvurma eğilimini, kendi bakımından zararsız ve tehlikesiz hale sokmayı başarabilmişti. Fransız Devleti'nin tam anlamıyla "laikleştirilmesi", itikadî ve dinî meselelerde tutarlı bir liberal değer tarafsızlığına tekabül ediyordu. Maddi hukuk konularında yargısal inceleme yapılması marifetiyle, parlamentonun bir usulde denetlenmesi ya da yargı devletine ait başka yöntemlerin uygulamaya

koyulması, Fransa Cumhuriyeti'nin yakın geleceğinde söz konusu olmayacaktır. Zaten kendini devlet teşkilatına dair örgütsel kurallarla sınırlandırmış 1875 anayasa değişiklikleri, Weimar Anayasası'nın olağandışı kanun koyucularına benzer müesseseleri tanımazlar.

Bunlara rağmen Weimar Anayasası'nın parlamenter kanunilik sisteminin de muzaffer kalmayı sürdürmesi mümkündür. Zira bu üç olağandışı kanun koyucunun devreye sokulmuş olmasıyla, parlamenter yasama devletinin ilkelerinden ve kurucu prensiplerinden yapılan sapmalar, kendi içlerinde bir berraklığa sahip olmadıkları gibi, anayasanın bunlar hakkındaki öngörüleri de son raddesine kadar geliştirilmiş değildir. Bu sapmalar, parlamenter sistemin birtakım sakatlıklarını düzeltmek için vaktiyle öngörülmüş ve bu nedenden ötürü parlamenter sistemi kurtarması beklenen, ama asla ister yargı, ister hükûmet, isterse de idare devleti olsun yeni bir tür devleti hedeflememiş olan birtakım deneme ve eğilimleri içerirler. Parlamentonun kararlı ve yekvücut bir iradeyle kendi iktidarının bilincine varması durumunda, söz konusu sapmalar pratik önemlerinin büyük kısmını derhal yitirecektir. Hatta kendi çıkaracağı kanunlar ve sunmuş olduğu güvene bağımlı bir hükûmet vasıtasıyla basit bir parlamento çoğunluğu bile, yargı devletiyle giriştiği çekişmede büyük çabalar sarf etmeksizin üstünlüğünü yasal biçimde sağlayacak araçlara sahiptir. Anayasanın maddi hukuk güvenceleri, siyaset dışı olmalarından ötürü ansal çoğunluk tarafından önemsenmeyenler ve siyasi önemleri nedeniyle ansal çoğunluğun iktidarına tâbi kılınabilenler olmak üzere ikiye ayrılabilir. Parlamento da, rakibi olan ikinci olağandışı kanun koyucuyu, yani plebisiter yasama usulünü fiilen önemsizleştirecek çeşitli imkânlara sahiptir. Hatta geçtiğimiz yıllarda bu imkândan büyük bir başarıyla istifade edilmiştir. Seçim Denetim Kurulu'nca etkin kılınan ve *G. Anschütz* (Kommentar, s. 400) tarafından derhal "kesin surette geçerli" olarak ilan edilen bir[1] FA m. 75 yorumu vasıtasıyla,

1 Orijinal metinde cümle başında yer alan "yukarıda anılan (s. 62)" söz öbeğinin üstü çizilmiş ve yukarıdaki biçimde "bir" sözcüğü ilave edilmiştir (B)

halk teşebbüsüne dayalı halkoylamalarında da oy kullanma yeterliğine sahip olanların çoğunluğunun oylamaya katılımı gerekli görülmüştür. Aslında bu yolla, gizli oy prensibi ile oylama sonuçlarının demokratik bir biçimde hesaplanması yöntemi sadece bertaraf edilmekle kalmamış, böyle bir halkoylamasının meydana gelmesi de neredeyse fiilen imkânsız hale getirilmiştir. Bu plebisiter kanun koyucu karşısında hükûmet fonksiyonlarının icrası bakımından da maddi kanun kavramının ve kuvvetler ayrılığı prensibinin bilinciyle hareket edilmesinde ve böylece tedbirler ile hükûmetin faaliyet sahasına giren işlemlerin vs. sözü edilen yasama usulünden hariç tutulmasında yüksek menfaatler saklıdır (krş. Young Planına Karşı Bir Özgürlük Kanunu Taslağının Halkoyuna Sunulmasına Dair Halk Teşebbüsü* konulu Reichstag matbuası 1928/29 Nr. 1429). Son olarak üçüncü olağandışı kanun koyucu, yani 48. maddenin 2. fıkrasının diktatörü de, ancak parlamenter ka-

* İçlerinde Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi temsilcilerinin de yer aldığı bir inisiyatif tarafından hazırlanan halk teşebbüsü, savaş tazminatlarının ödenmesine yönelik 21 Ağustos 1929'da imzalanan Young Planı'nı devre dışı bırakmayı öngören ve bunu propagandif bir başlıkla "Alman Halkının Köleleştirilmesine Karşı Kanun" olarak takdim eden bir içeriğe sahipti. Nazilerin merkez sağdan temsilcilerle ilk ciddi siyasi mesaisi olan bu halkoylaması girişimi, biri yürürlük maddesi olmak üzere toplam beş maddeden oluşuyordu. Birinci madde, Versay Antlaşması'ndan doğan savaş borçlarının tarihsel gerçekliğe aykırı olduğunu, yanlış faraziyelere dayandığını ve uluslararası hukuk bakımından bağlayıcı olmadığını düzenliyordu. İkinci madde, federal hükûmeti Versay Antlaşması'nın savaş tazminatlarını tanıyan 231., 429. ve 430. maddelerini yürürlükten kaldırmaya ve işgal altındaki Alman topraklarında yeniden egemenliği sağlamaya zorluyordu. Üçüncü madde ise, Almanya'nın savaş tazminatlarına dair yeni bir yükümlülük altına girmesini yasaklıyordu. Son olarak dördüncü madde ise, üçüncü maddeye aykırı hareket eden başbakanın, bakanların veya devlet yetkililerin Alman Ceza Kanunu'nun 92. paragrafının 3. bendini ihlal etmiş olduklarını, yani vatana ihanet suçunu işlemiş olduklarını ifade ediyordu. Anılan halk teşebbüsü işleme koyulması için gereken %10'u çok az bir farkla aşmış bulunduğundan (ağırlıklı olarak doğu vilayetlerinden gelen destekle % 10,2) ve beklenebileceği üzere Reichstag tarafından reddedildiğinden, 22 Aralık 1929 tarihinde halkoylamasına sunulmuş ve tüm seçmenlerin sadece % 13,5'ünün desteğini elde etmesi nedeniyle yasama sürecinde neticesiz kalmıştır.—çn

nun koyucu ona tahammül ettiği, başka bir ifadeyle tedbirleri yürürlükten kaldıran yetkisini kullanmadığı ve bu tedbirlere müşterek imzalarını koyan federal hükûmete karşı bir güvensizlik oyu vermediği müddetçe yasal biçimde faaliyette bulunabilir. 48. maddenin 2. fıkrasının uygulandığı bazı vakıalar, bilhassa son yılların olağanüstü hâl kararnamesi pratiği, ancak parlamentonun mutlak sessizliği temelinde icra edilen geçici bir yasama usulü görünümünde gerçekleşebilmiştir. Pek tabiî, her üç durumda da çatışmalar söz konusu olacaktır. Ancak anayasa o denli münasip bir iktidar paylaşımı öngörmüştür ki, sıkı duran ve bilinçli bir iradenin varlığıyla Reichstag çoğunluğu, hiçbir zorluk çekmeden kendinin, savaş meydanın yasal galibi olduğunu iddia edebilir.

Buna rağmen parlamenter yasama devletinin kanunilik sistemi, bu usulle yeniden tesis edilemez. Uzunca bir süredir ansal parlamento çoğunluğunun ansal iradesi sadece, tam anlamıyla heterojen olan siyasî örgütlerin karşılıklı tavizler etrafında şekillenmiş bir çeşit uzlaşısına dayanıyor. Bununla birlikte parlamento da, çoğulcu bir sistemin gösteri sahnesine dönmüş durumdadır. Anılan çoğulcu parçalanmışlık; danışma kurulları, komiteler vb. oluşumlar üzerinden parlamentoya bir tür ikame müessese yaratmak gayretinde olan teşebbüslerde de yalın biçimde belirginleşiyor (1931 Ekim'inde oluşturulan ve Devlet Başkanının İktisadî Danışma Konseyi adı verilen örnekte olduğu gibi). Tutarlı biçimde hayata geçirilen bir çoğulculuk, parlamenter yasama devletinin kanuniliğinden farklı türde bir haklılaştırmaya ihtiyaç duyar. Üyelerini iktisadî, ideolojik ve sair bakış açılarından hareketle bütünsel biçimde ve sağlam bağlarla kavrayan siyasi örgütler, yani çoğulcu bir sistemin taşıyıcıları; devlet düzeni, sosyal haklar, yerel iktidar ve federal rejim üzerinde sahip oldukları tüm yetkileri kendi iktidar bloklarına ait mevzilere dönüştürüyorlar. Çoğulcu sistemin diğer partileriyle yaptıkları anlaşmalar ve vardıkları uzlaşılar vasıtasıyla, devletin tayin edici iradesinin

oluşumunu belirliyor ve böylece kendileri bakımından hayatî önemi haiz olan konularda –ki buradaki aslî mesele budur– çoğunluk oyları altında ezilmekten kaçınabiliyorlar. Böyle bir siyasi varlık olarak mevcudiyetlerini sürdürdükleri müddetçe, bizatihi siyasî varlıklarından sadır olan nedenlerden ötürü, ne anayasa kavramı ne de anayasanın yorumu üzerindeki tayin edici tesirlerinden vazgeçerler. Kendi mevcudiyet türlerini tehlike altına sokan bir kanunilik sisteminin tutarlı neticeleriyle karşı karşıya kaldıkları durumda, ya siyasî varlıklarını sona erdirmek ya da herhangi bir biçimde bir tür direnme hakkını geçerli kılmak mecburiyetindedirler. Fakat yukarıda belirtildiği üzere, her türden direnme hakkını bertaraf etmek, kanunilik kavramının ilkesel işlevidir ve –tekraren ifade edilsin– bu kavram, parlamenter yasama devletinin tabiatına özellikle uygun düşer. Mamafih çoğulcu partiler devletinin siyasî kuvvetleri tutarlılıkla çok az ilgilenirler. Esasen bunlar; bazen "devlet", bazen "sadece sosyal bir büyüklük", bazense "sadece siyasi bir parti" görünümünde zuhur etmelerine, hiçbir siyasi risk ve sorumluluk altına girmeksizin devlet iradesinin oluşumuna tesir etmenin tüm avantajlarından faydalanmalarına ve bu suretle *à deux mains** oynamalarına müsaade eden bir ara durumun alacakaranlığında kalmaktan gayet hoşnutturlar. Tutarlı bir neticeye yönelmeyen bu iradeyle parlamenter kanunilik sistemini kurtarabilmek katiyen mümkün değildir. Dahası, anılan ara durum hem parlamenter yasama devletini, hem de bunun kanunilik kavramını ortadan kaldırır.

Aynı durum, çoğulculuk sisteminin kaçınılamaz başka bir neticesi bakımından, yani eşit şans prensibinin yadsınması bakımından da belirleyici olur. Çoğulculuğun ortağı olmayan tüm partiler fiilen, eşit şans prensibinden mahrum bırakılır. Kabahatin kimde olduğu sorusu ister sağdakiler, ister soldakiler, isterse merkezde yer alanlar lehinde cevaplansın,

* Tek elle oynanması gereken bir oyunda iki ellerini de kullandıklarını kastediyor. –*çn*

ulaşılacak cevap ortaya çıkacak mahrumiyet sonucuna tesir etmeyecektir; hatta kanuniliğin anılan faraziyesini bertaraf etmeye "başlamış" olmakla itham edilebilecek bir parti dahi söz konusu olsa, yine de neticede bir değişiklik gerçekleşmez. "Saf", yani homojen parlamenter çoğunlukların "saflıklarına" geri dönülmesinin kanunilik sistemini yeniden inşa edip edemeyeceği veyahut homojen, basit veya anayasa değiştirebilen çoğunluklardan yukarıda zikredilen iktidar ödüllerini en fena biçimde suistimal etmelerinin ve kanunilik sistemi bakımından en büyük tehlikeyi yaratmalarının daha fazla beklenip beklenemeyeceği bile ucu açık sorulardır. Bununla birlikte çoğulcu partiler devletinde, kanunilik kavramına dair temel faraziye çökmüş olur. Gelişmiş bir çoğulcu sisteme tekabül etmesi muhtemel olan yeni türde bir anayasal biçim, bugüne dek gün yüzüne çıkmamıştır. Ne çoğulcu örgütlerin gerçek gücü, ne de çağın anayasa teorisine dair bilinci buna mahsus yapıları meydana getirmiştir. Bilakis, bugüne dek her şey, geleneksel haklılaştırma sistemlerinin usul ve formüllerine bağlı kalmışlardır. Siyasi partiler ansal iktidarın kanuniliğini ve her şeyden önce bunun sağladığı siyasi ödülleri ve getirileri, kuvvetleri yettiğince istismar etmeye çaba sarf ederler, fakat bunu yaparken aynı ölçüde, yani parlamenter yasama devletinin kanunilik sisteminin altını oydukları ölçüde, bir yasama devletinin legalizminin karşı kutbunda yer almış ve plebisiter-demokratik bir *meşruiyete* dayanan sistemle beklenmedik biçimde burun buruna gelirler.

Plebisiter seçimlerin meşruiyetine yalnızca, parlamento karşısında denge unsuru olan devlet başkanı dayanmakla kalmaz. Bizatihi parlamento da artık, kendine has nitelikleri nedeniyle üstünlüğünü sergileyen ve –kelimenin özgün anlamıyla– kanunlar koyan bir meclisin itibarına sahip değildir. Parlamento, kanuniliğe dayalı bir yasama devletinde bir kanunilik kaynağı olarak sahip olması icap eden, kendine has müstakil anlamını artık yitirmiştir. Çünkü *seçim*, plebisiter bir hadiseye dönüş-

müştür. Uzunca bir süredir seçim, bir elitin öne çıkarılması ve üstün konuma getirilmesi ve böylece bağımsız bir temsilin temellendirilmesi manalarına tekabül eden *seçme* anlamını kaybetmiştir. "Halka dönük bir çağrı"* manasına tekabül eden, yani yine plebisiter bir işlev ve anlama sahip olan parlamentonun feshi usulünün sıradan bir hadiseye dönüşmüş olması da, benzer biçimde istikametin plebisiter olana doğru yönelmesine neden oluyor. Bunun sonrasında ansal çoğunluğuyla ansal parlamento, sadece plebisiter bir ara durak haline gelir. Plebisiter hadiselerin cereyan ettiği bir sistemde parlamentonun hissesine –sadece "sosyal-teknik" nedenlerden kaynaklanmak üzere– dolayımlı ve ikincil bir öneme sahip olmak düşer. Devlet başkanının olağanüstü hâl kararnameleri pratiğinin sebep olduğu bugünün somut anayasal gerçekliği içinde Alman Devleti, idare ve yargı devletlerinin bir tür birlikteliği şekline bürünüyor. Ayrıca idare ve yargı devletlerinin anılan birlikteliği, nihaî haklılığının özelliğini plebisiter-demokratik meşruiyet çerçevesi ve temelinde bulmaktadır. Ancak unutmamak ge-

---

* Geç Ortaçağ'dan bu yana hukukî bir terim olarak da kullanılan *appelatio* sözcüğünün tarihsel geçmişi içinde, hükümdarın tebaanın husumetini çözmeye *davet* edilmesi anlamı saklıdır. Bu bağlamda Erken Modernlik'te terimin temyiz yargısı anlamını da kazandığı belirtilmelidir.
Kavramın demokrasi çağının siyasal jargonundaki kullanımı, hükümdarın yerine ikame olan milletin siyasal çekişmeyi sonlandıracak iradesini işaret eder. Bunun, Weimar'ın siyasal tarihinde de örnekleri mevcuttur: Tayin edici plebisiter milli iradeye yapılacak bir çağrı olarak "Appell an die Nation" (Ulusa Sesleniş), Schmitt'in elinizde tuttuğunuz işbu makalesinin tamamlanmasını takip eden beş günün akabinde, yani 15 Temmuz 1932 tarihli radyo nutkunda bizzat Hitler tarafından da kullanılmıştır.
Nasyonal Sosyalistlerin iktidara gelmelerinin ardından çıkardıkları 14 Temmuz 1933 tarihli Halkoylamaları Hakkındaki Kanun, kullanılmış geçerli oyların çoğunluğunun neticeyi tayin edeceğini, hükûmet tedbirleri ve hükûmet tarafından düzenlenmiş kanunların –hatta anayasa değiştirici mahiyetteki kanunların da– halkoylamasına sunulabileceğini hükme bağlamıştı. Bu hukukî gelişmelerin temelinde aynı plebisiter meşruiyet vurgusu, Hindenburg'un ölümünü takip eden ve şansölyelik makamıyla devlet başkanlığını "Führer"in şahsında birleştiren kanunun 19 Ağustos 1934 tarihinde halkoylamasına sunulup, kullanılan oyların % 89,93'üyle kabul edilmesinde de kullanılmıştır. *–ç.n*

rekir ki, plebisiter irade izharının manası normlaştırmalarda saklı değildir, bilakis "halkın kararı"* sözcüğünde isabetli biçimde ifade bulduğu gibi, asıl anlamı bir irade vasıtasıyla verilen kararda saklıdır. Ayrıca plebisitlerin sadece anlık ve fasılalı bir biçimde örgütlenebilmeleri de eşyanın tabiatı gereğidir; sıkça atıf yapılan "günlük plebisiti" –"*plébiscite de tous les jours*"– gerçekten örgütleyebilmek kesinlikle mümkün değildir. Halk sadece evet veya hayır diyebilir; teklif sunamaz, tartışma yürütemez, müşaverede bulunamaz; hükûmet edemez, idare edemez; halk, normlaştırma da yapamaz, bilakis sadece önüne getirilmiş olan normlaştırma taslağını kendi 'evet'iyle geçerli kılabilir. Ayrıca her şeyden önce, halk soru yöneltemez, sadece önüne koyulan soruyu evet ya da hayır diye cevaplandırabilir. Cevaplandırılabilir bir soru yerine halkın önüne partilerin bir sıra aday listesi koyulmuşsa –ki bu listeler parti kurullarının kapalı kapıları ardında epey karanlık bir biçimde hazırlanmıştır– ve hükûmet de parlamentonun feshi sürecindeki meseleyi kesin biçimde ortaya koyacak her türlü sorunun yöneltilmesinden kaçınıyorsa; "seçim" süreci, mahiyeti gereği tahakkuku artık mümkün olmayan bir prosedüre dönüşür. Bu artık bir seçim olmaktan ziyade, –kavramın manası gereği– bir plebisittir. Gerçi cevaplandırılabilir bir sorunun eksikliği nedeniyle gerçek bir plebisit de söz konusu olmaz ya da şöyle diyelim: En iyi ihtimalle ancak şansın yaver gitmesi durumunda, nihayetinde halkın 'evet'ini veya 'hayır'ını yansıtabilecek gerçek bir plebisite tesadüf edilebilir.

Ama yine de plebisiter meşruiyet, devletin haklılaştırılmasının bugün herkesçe geçerli kabul edilebilecek yegâne türüdür. Hatta "otoriter devlete" yönelik bugün artık tereddütsüz bir biçimde ortaya çıkan eğilimlerin büyük bir kısmının, bunun üzerinden açıklanabilmesi de mümkündür. Bu eğilimler,

* "Volksentscheid", bir teknik terim olarak Türkçeye "halkoylaması" şeklinde tercüme edilir; ancak sözcük birebir çevrildiğinde "halkın kararı/tercihi" şeklinde de açılabilir. Schmitt, Almanca sözcüğün bu özelliğini vurguluyor. –*çn*

gerici veya restorasyoncu özlemler denilmek suretiyle öyle kolaylıkla tahfif ve tahkir edilip geçilemez. Bugünün "total devletinin", daha doğrusu beşerî mevcudiyetin tamamında yaşanan total siyasallaşmanın temel nedenlerinin demokraside aranması gerektiğinin; ve gerekli apolitikleştirme hedefine ulaşmak ve total devletin içinden çıkıp yeniden hayat ve hürriyet sahaları kazanmak için –*Heinz O. Ziegler*'in (Autoritärer oder totaler Staat, Tübingen 1932) ortaya koyduğu gibi– istikrarlı bir otoriteye ihtiyaç duyulduğunun bilincine varılması fevkalade önemlidir. Fakat meseleye anayasa teorisi açısından bakıldığında *auctoritas*'a yönelik anılan eğilimleri yaratan en kuvvetli etmenin, bizzat mevcut durumun koşullarında saklı olduğu ve bugün plebisiter meşruiyetin yegâne makbul haklılaştırma sistemi olarak artakaldığı gerçeğinden kaynaklandığı görülür. Soru yöneltmeye bağımlılıklarının bir sonucu olarak tüm plebisiter yöntemler, bir hükûmetin varlığını şart koşarlar; bu hükûmet sadece çeşitli hükûmet görevlerini ifa etmekle kalmaz, bunun yanı sıra doğru anda doğru plebisiter soruların halka yöneltilmesini sağlayacak bir otoriteye de sahip olur. Soru sadece yukarıdan yöneltilebilir; cevap ise sadece aşağıdan gelebilir. Büyük anayasa mühendislerinden *Sieyès*'in bu konudaki düsturu yine kıymetini ortaya koyuyor: Otorite yukarıdan, güven aşağıdan. Plebisiter meşruiyet, doğru soruyu doğru biçimde soracağına ve soru sormak iktidarında saklı bulunan büyük gücü kötüye kullanmayacağına güvenilebilecek bir hükûmetin ya da otoriter herhangi bir başka merciin varlığına ihtiyaç duyar. Bu, otoritenin çok nüfuzlu olduğu kadar çok da nadir bulunan bir türüdür. Bu otorite farklı kaynaklardan doğabilir: Büyük bir siyasi başarının uyandırdığı intiba ve yol açtığı etkiden; demokrasi öncesi bir çağdan artakalmış ve halen bir miktar mevcut bulunan otoriter siyasal mirastan veyahut yarı demokratik bir elitin siyasi itibarından – ki bugünün örgütlü siyasi partilerinin çoğu bu elitin sadece bir sureti veya karikatürüdür– kaynaklanabilir. Parlamentonun kanuni-

liği veya seçilmiş bir devlet başkanının plebisiter meşruiyeti yerine ordunun veya bürokrasinin güçlerine dayanmak arzusunda olan bir hükümet dahi, devlet iktidarını teyit edici bir kuvvet olarak plebisiter meşruiyetin varlığına muhtaçtır, zira bugün bundan başka hiçbir müeyyide imkânı mevcut değildir. Fakat bu hükümet dahi, halka yönelteceği plebisiter soruları kendi başına belirlemek ve halkoylamasındaki muhtemel bir başarısızlığın neden olacağı tehlikeyi göze almak kararlılığını göstermek mecburiyetindedir. Diğer herkesin "kifayetsizliği" yüzünden bir hükümetin kendi hissesine düşmüş cinsten bir üstünlüğü istismar etmek, anılan hükümet sarih bir soru yöneltmekten kaçınmayı sürdürdüğü müddetçe, ancak görünüşte daha emniyetli olur. Yani bu durum sadece sınırlı bir müddet zarfında mümkündür. Tabiî ki plebisiter meşruiyetin mantosu, kimi şeylerin üstünü örtebilecek ve saklayabilecek kadar bol ve kıvrımlıdır. Fakat halka yapılan çağrı, çağrıda bulunan bakımından her zaman bir tür bağımlılığın meydana gelmesine neden olacaktır ve Napolyon'un meşhur plebisitlerinin örneğinde de görüldüğü gibi, böylesi meşrulaştırmaların bunları takip eden süreçte müşküle düştükleri ve sonradan geçersiz kılınabilir oldukları da vakidir. Plebisiter meşruiyet aracını diğerlerine nazaran daha zararsız bir yöntem olarak değerlendirmek ve bu yöntem marifetiyle zayıf bir kuvvet veya yarım bir iradenin bile duruma kolayca vaziyet edebileceğini ve münasip destekler bulabileceğini ümit etmek, kesinlikle tehlikeli bir hata olacaktır.

Bütünü değerlendirildiğinde şu anki ara durumu karakterize eden şeyin, mevcut gedikleri kapamaya ve ayakta kalmak için destek noktaları bulmaya yönelik çabalar olduğu pekâlâ görülür. Parlamentonun feshine dair plebisiter yöntemlerin varlığına rağmen, ufuksuz geçiş dönemlerinde her hükümet, halka evet veya hayır ile kesin surette cevaplayabileceği bir plebisiter soru yöneltmekten kaçınacaktır. Devlet başkanının 4 Haziran 1932 tarihli (RGBl. I, s. 255) fesih kararnamesi ge-

rekçe olarak, Reichstag'ın "geçtiğimiz aylarda yapılan eyalet meclisleri seçimlerinin sonucuna göre, artık Alman Halkının siyasî iradesini yansıtmadığını" ileri sürüyor. Burada plebisiter haklılaştırma, plebisiter bir sorunun yöneltilmesinden kaçınmaya bağlanmıştır ve böyle bir feshi takip edecek olan "seçim", kesin siyasi tercihleri içermesi için yeterli derecede açıklığa kavuşabilmiş bir cevap sunamayacaktır. Tüm bu süreç, ne gerçek bir seçim, ne de gerçek bir plebisittir; sadece elde edilecek sonuca göre, hükûmete veya bazı partilere eksik olan meşrulaştırmalarını tamamlayacak bir nevi destek olarak hizmet eder. Gerçi idare devletinin taşıyıcısı bürokrasi de, doğal olarak böyle ikmallerin peşindedir. Bürokrasi ister hanedana dayalı, isterse demokratik-plebisiter olsun, meşruiyetin geleneksel biçimlerine bağlıdır. Fakat anılan her iki tür meşruiyet biçimi de; bir iktisat devleti, sosyal yardım devleti ve birçok başkası da olacak olan ve yönünü totalleşmeye çevirmiş devletin[1] yeni ödevlerinin gereklerine uygun değildir. Ayrıca bu bürokrasi devleti de, (Roma kamu hukukuna göre devletin *auctoritas*'ını belirli bir süreliğine üstlenebilen *jus cum patribus agendi*'nin* durumunda olduğu gibi) muayyen bir müddet için ödünç olarak kullanacağı bir otoritenin varlığına ihtiyaç duyar ve bunun imkânlarını kısmen devlet başkanında, kısmense yüksek yargıda, bilhassa Alman Federal Devlet Mahkemesi'nde ve Federal Yüksek Mahkeme'de bulur. Otoritelerini muhafaza ettikleri ve adlî biçim altında cereyan eden yargılamalarda, siyasal iktidar meselelerine dair hükümler vermek suretiyle anılan otoritelerini yıpratmadıkları müddetçe, mahkemelerin bu işlevi yerine getirebilecekleri malumdur.

Son tahlilde, böyle bir partiler devletinin kendine özgü koşulları altındaki çoğulcu sistemin örgütlü taşıyıcıları, kendilerine has ve içsel bir otoriteyi ortaya çıkaramamalarından ötürü, ancak ek desteklerin yardımıyla ayakta kalabilirler. Par-

1 "Senatonun" yerine "devletin" (B)

* *Imperium* yetkisiyle donanmış *magistratus*'un geçici ve ikame biçimde sahip olduğu *jus senatum consulendi*. –çn

lamentonun güvenine dayanarak ayakta duran bir hükûmetin varlığını anayasanın talep etmesine rağmen, çoğulcu sistemin örgütlü taşıyıcıları, hükûmete açıkça ne bir güvenoyu ne de bir güvensizlik oyu verirler; devlet ve parti arasındaki sıkışmışlıklarının bir ifadesi olarak sadece, "münasip görmek" veya "tahammül etmek" gibi bir dizi ara formül icat ederler. Asla bir yetki devri kanunu çıkarmayacakları gibi, m. 48/f.2'ye göre çıkarılmış kararnameleri de yürürlükten kaldırmazlar; sadece burada da ara durumun devamlılığını tercih ederler. Çoğulcu bir partiler devleti, güç ve kudretten ötürü değil, ancak zayıflıktan ötürü "total" olacaktır. Çoğulcu partiler devleti tüm yaşam alanlarına müdahale eder, zira ilgili herkesin taleplerini yerine getirmeye mecburdur. Her ne kadar ekonomi alanındaki her türlü idarî müdahaleden ve siyasi etkiden kaçınıyor olsa da, anılan çoğulcu partiler devleti, bugüne kadar devletin karışmadığı bu sahada faaliyette bulunmaya özellikle mecburdur. "Ekonomik-teknik bir çağda, ekonomik ve teknik gelişmeyi kendince isabetli biçimde idrak ve idareden kaçınan bir devlet, siyasi meseleler ve tercihler karşısında kendini tarafsız ilan etmek mecburiyetinde olacağı gibi, bu suretle egemenliğinden de vazgeçmiş olacaktır." Buna mukabil, –ne kadar zayıf da olsa– hâlâ devlet olarak mevcudiyetini sürdürdüğü müddetçe bir devlet, her türlü direnme hakkının inkâr ve bertaraf edildiği koşullar altında egemenlik sürmekten asla vazgeçmeyecektir. Fakat buna mukabil *B. Constant*'ın vaktiyle yapmış olduğu tespit, ihtimaldir ki kendini doğrulayabilir: Kendi coşkusunun esiri olmuş gerçek bir güce nispetle bile, zayıflık ve vasatlık, elindeki iktidarı daha muhteris ve kötücül biçimlerde kullanır. Dolayısıyla zayıf bir devlet de, aralarında fark gözetmeksizin kanunileştirmelerin, meşrulaştırmaların ve müeyyidelerin peşinde koşar ve herhangi birini bulduğu anda ondan faydalanır. Müdahalelerinin kapsam ve alanı itibariyle niceliksel anlamda "total" olan ve aynı zamanda çoğulcu partiler devleti olmaktan ötürü parçalara ayrılmış bir devlet

biçiminde, görece kalıcı olduğu kadar hızla da tükenebilen siyasi nüfuza sahip iktidar öbekleri, tamamen benzer bir baskıya maruz kalırlar: İktidarlarının geçici mevcudiyetinden istifade etmek, iç politikadaki rakibinden önce hareket edip kendine avantaj sağlamak ve her türlü haklılaştırma vasıtasını iç politikadaki mücadelesinde bir silah olarak değerlendirmek. Böylece kanunilik ve meşruiyet; avantaj sağladığı anda herkesin faydalandığı, kendine karşı döndüğünde bir kenara atılan ve devamlı surette birinin diğerinin elinden almaya çalıştığı taktik araçlara dönüşür. Ne parlamenter kanunilik, ne plebisiter meşruiyet, ne de tasavvur edilebilir herhangi bir başka haklılaştırma sistemi, kendini teknik-işlevsel bir araç haline sokan böyle bir itibarsızlaştırmaya uzun süre dayanabilir. Anayasanın kendi de, çelişen kısımları ve yorumlama seçenekleri içinde çözülür. Hatta anayasanın "birliği" hakkındaki normativist varsayım bile; mücadele eden her grubun, karşıtı olan partiyi bir de anayasa namına yere sermeye en uygun araç olarak gözüne kestirdiği anayasa parçasını ve anayasa lafzını ele geçirmesine mâni olamaz. Bunun sonrasında kanunilik, meşruiyet ve anayasa iç savaşa mâni olmak yerine ancak bunun şiddetlenmesine katkı sağlayabilir.

Böyle bir durumda ve böyle yöntemlerle, otoritenin son kalıntıları da, kanunilik ve meşruiyet örneklerinde olduğu gibi hızla tükenir ve anayasanın yeniden inşa edilmesi herkes tarafından gerekli görülür. *Status quo*'dan menfaat sağlayanların en itibarsız olanları bile "reform" taraftarlığı korosuna katılır. Anayasanın kaçınılamaz yeniden inşası meselesinin böyle kimselerin elinde taktik bir uzlaşı aracına dönüşmesi ve reform yapılması için doğan bu büyük imkânın herhangi bir örgütsel nedenden ötürü kasten saptırılması, son raddesinde bir uğursuzluk olacaktır. İşte bu yüzden bir anayasayı, parti politikalarına göre faaliyet gösteren bir yasama-fabrikasının sıradan mamullerinden ayıran, temel kurucu bağlamlara dönük net bir gayenin varlığına ihtiyaç vardır. Her şeyden

önce, Alman anayasal varlığının yeniden inşasına dair her ciddi planın bugün karşı karşıya geldiği birinci ve en önemli soru, açıkça ortaya koyulmak mecburiyetindedir. Bu soru şu temel tercihle ilgilidir: Özle yüklü içeriklerin ve Alman halkının gücünün kabul edilmesi *ya da* fark gözetmeksizin her türlü içerik, hedef ve akım bakımından geçerli olacak eşit şans faraziyesiyle birlikte işlevselci değer tarafsızlığının muhafazası ve sürdürülmesi.

Bu hususta karar vermeye cesaret edemeyecek bir anayasa varlığını sürdüremez. Özle yüklü bir düzen kurmak yerine mücadele halindeki sınıflara, yönelimlere ve siyasi amaçlara, arzularını yasal biçimde tatmin edebilecekleri, tüm parti hedeflerine yasal biçimde ulaşabilecekleri ve tüm muhaliflerini yasal biçimde imha edebilecekleri yanılsamalarını sunmayı tercih eden bir anayasanın varlığını, meseleyi sürüncemede bırakan bir uzlaşma formülü olarak sürdürmesi kesinlikle mümkün değildir. Ayrıca fiili sonuçları bakımından bu durum, anayasanın kendi kanuniliğini ve meşruiyetini de ortadan kaldırmasıyla sonuçlanır. Bir anayasanın kendini savunması icap eden kritik an geldiğinde bu anayasa, kifayetsizliğe mahkûm kalacaktır. Birbirlerinden tamamen değişik türde bir mantık, ruh ve zemine sahip olan iki farklı anayasa olarak karşı karşıya gelmiş olmalarına rağmen, birinci ve ikinci kısımlarının bir anayasa çatısı altında yan yana getirilmeye çalışılmış olması da, yukarıda gösterildiği üzere, Weimar Anayasası'nın arazlarından biridir. Önümüzde duran bu Anayasa, bir yığın çelişkiyle doludur. Friedrich Naumann temel haklar kısmına dair teklifini açıkladığında, savaş öncesi pozitivizminin her şeyden bihaber kahkahaları onu alaya alıyordu. Ancak Naumann'ın niyeti içinde belirsiz ve bulanık kalmış olan şeyler bile, işlevselci bir çoğunluk sisteminin değer tarafsızlığına nispetle bir Alman anayasası olmanın tabiatıyla daha fazla ilgiliydi. Weimar Anayasası'nın esasen *iki* anayasa olduğunun bilincine varıldığı koşullar altında, anılan her iki anayasadan biri seçile-

cekse, *ikinci* anayasanın taşıdığı prensip ve bunun irade ettiği özle yüklü bir düzen kurma teşebbüsü lehinde tercihte bulunmak gerekir. Weimar Anayasası'nın ikinci kısmının çekirdeği, iç çelişkilerinden ve uzlaşı noksanlıklarından arındırılmayı ve kendi iç mantığına göre geliştirilmeyi hak ediyor. Bu başarılırsa, bir Alman anayasa yapıtına dair düşünce de kurtarılmış olur. Aksi halde bu düşünce, değer ve hakikat karşısında tarafsız kalan bir çoğunluk işlevselciliğine dair faraziyeler altında, pek yakında nihayet bulacaktır. Sonrasında hakikat intikamını alacaktır.[1]

1 Bu cümlenin altına şu yazılmıştır: "Galip gelmeksizin – intikamını alıyor" (D)

EK
EDİTORYAL AÇIKLAMA

Carl Schmitt'in terekesinde (NRW [Nordrhein-Westfalen] Eyalet Arşivi Rheinland Bölümü, Düsseldorf) 1932 tarihli ilk basımdan kalma üç şahsî nüsha ve *Anayasa Hukuku Makaleleri* kitabından (*Verfassungsrechtlichen Aufsätze*) bir şahsî nüsha bulunur. Bunlar Carl Schmitt'in elinden çıkmış, kısmen anlaşılır ve tarih koyulmamış editoryal düzeltme açıklamaları içerirler. A nüshası (RW 265-24831), mücellit tarafından bilinmeyen bir tarihte ciltlenmiş olup, üzerinde "Carl Schmitt" ibaresi yer alır. Bu nüshadaki ana metin; görece az sayıda işaretleme, yorumlayıcı açıklama, literatür atfı ve belirgin editoryal uyarılar içerir. Ancak bunun haricinde, A nüshasının ön ve arka cilt kapakları içinde (1958-1971 yılları arasından kalmış) metni yorumlamak bakımından önem taşıyan, çok sayıda bilgi notu ve gazete makalesi bulunur. *Partizan Teorisi* (*Theorie des Partisanen*) eserini ilgilendiren iki bilgi notunun kopyası bu basının arkasına eklenmiştir. Üzerine elle "Duschka Schmitt" yazılmış ve ağır zarar görmüş şahsî B nüshası (RW 265-24824), Carl Schmitt'in birtakım kenar notlarını ihtiva eder. Bu nüsha belirgin biçimde, sonraki yeni basılar hazırlanırken bir düzeltme nüshası olarak kullanılmıştır. Herhangi bir not veya açıklama barındırmayan C nüshası (RW 265-24823), Carl Schmitt'in karısına hitaben elle yazdığı bir ithaf ibaresini içerir: "Duška Schmitt-Todorović/ 20 Temmuz 1932'nin hatırasına./ Carl Schmitt". D nüshası ise, *Kanunilik ve Meşruiyet*'in 1958 tarihli *Anayasa Hukuku Makaleleri* (RW 265-28282) kitabındaki tıpkıbasımıdır. Bu nüsha, kısmen eleştirel bir yorumda bulunan ve güncelleştirmeler yapan türde az sayıda kenar notu ve işbu basıda dikkate alınmış olan, belirgin

editoryal uyarılar içerir. *Kanunilik ve Meşruiyet*'in meşhur son sözünü ("Sonrasında hakikat intikamını alacaktır") Schmitt, el yazısıyla yeni bir satırda tamamlamıştır: "Galip gelmeksizin – intikamını alıyor".

Düzeltilen yerler metinde köşeli parantezli atıf işaretleriyle gösterilmiştir. Düzeltmelerin kendileri ise, ana metne ek olarak sunulmuştur.

Düsseldorf, Mart 2012

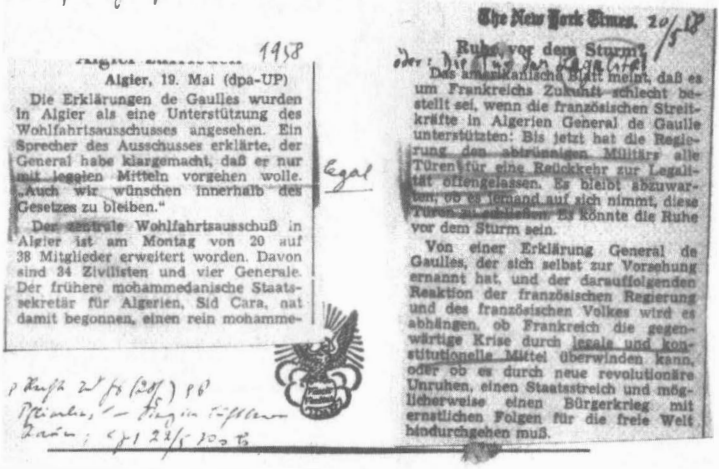
Carl Schmitt-Gesellschaft e. V.
Bilimsel Danışma Kurulu adına
Reinhard Mehring

Nordrhein-Westfälisches
Hauptstaatsarchiv

Legalität und Legitimität

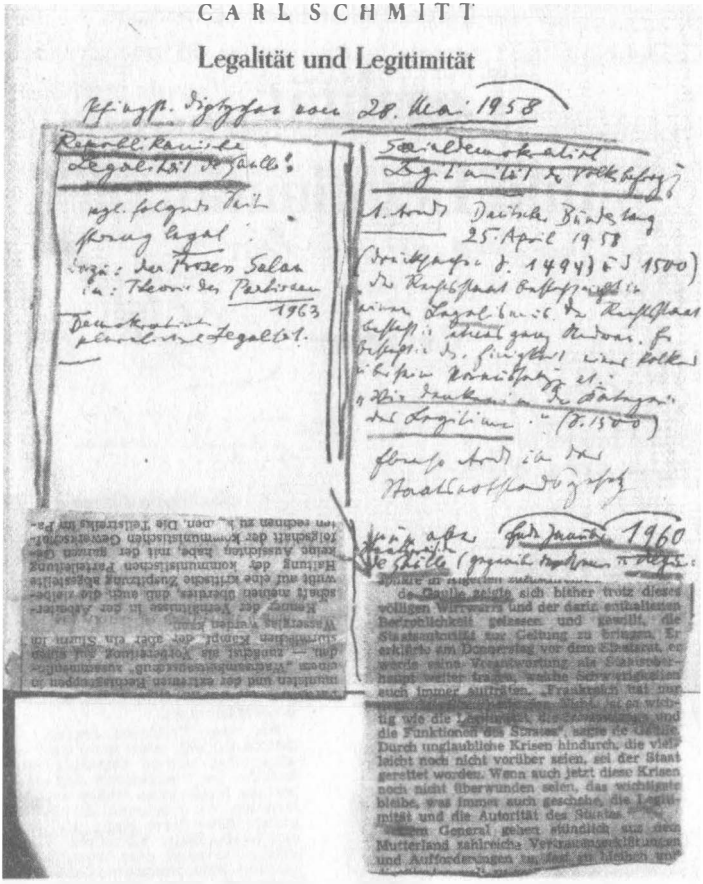
Von

Carl Schmitt



MÜNCHEN UND LEIPZIG 1932
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT

Kitabın A nüshasından el yazısı örneği



Kitabın A nüshasından el yazısı örneği