



Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan

E D İ T Ö R L E R

Alparslan ALTAN - Engin YILDIRIM - Erdal TERCAN - Hikmet TÜLEN - Ali Rıza ÇOBAN



ANKARA 2012



Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan

Editörler

Alparslan ALTAN / Engin YILDIRIM / Erdal TERCAN/ Hikmet TÜLEN / Ali Rıza ÇOBAN

- *Doç. Dr. Yüksel METİN / Öğr. Gör. Veysel DİNLER*
- *Yrd. Doç. Dr. Emir KAYA*
- *Yrd. Doç. Dr. Aslan DELİCE*
- *Dr. Fatih Öztürk*
- *Hasan Tuna GÖKSU*
- *Arş. Gör. Hilal YAZICI*
- *Yrd. Doç. Dr. Mehmet KAHRAMAN*
- *Dr. Özen ÜLGEN*
- *Prof. Dr. Alaeddin YALÇINKAYA*
- *Dr. Musa SAĞLAM*
- *Mustafa ÇAĞATAY*
- *Dr. Hüseyin EKİNCİ / Ali BAHADIR*
- *Dr. Mehmet ÖNCÜ*
- *Dr. Selami ER*
- *Doç. Dr. Mustafa S. ÖZBEK*
- *Dr. Tahir ERDEM*
- *Dr. Sedat ÇAL*
- *Dr. Nahit YÜKSEL*
- *Prof. Dr. Zafer GÖREN*
- *Prof. Dr. M. Zafer ÜSKÜL*
- *Doç. Dr. Selda KILIÇ*
- *Dr. Mehmet SAĞLAM*
- *Arş. Gör. İlker KOÇ / Prof. Dr. Cem KARASU*



Anayasa Mahkemesi Yayınları

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan

Editörler

Alparslan ALTAN - Engin YILDIRIM - Erdal TERCAN - Hikmet TÜLEN - Ali Rıza ÇOBAN

© 2012, Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesinin yazılı izni olmaksızın, kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Kitapta yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. Kitapta yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir; Anayasa Mahkemesini bağlamaz.

İletişim ve İstem Adresi

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü

Ahlathıbel Mahallesi İncek Yolu Serpmeleri No: 4
06805 Çankaya / ANKARA

Telefon : (312) 463 73 00

Faks : (312) 463 74 00

www.anayasa.gov.tr

Tasarım ve Baskı



Telefon : (312) 285 14 10

Faks : (312) 285 14 12

info@tayfunmedya.com.tr

www.tayfunmedya.com.tr

Basım Tarihi - Aralık 2012

KÜTÜPHANE BİLGİ KARTI

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan,
Editörler: A. ALTAN / E. YILDIRIM / E. TERCAN / H. TÜLEN / A.R. ÇOBAN

I. Baskı, XII+770: 782 sayfa

ISBN: 978-975-7427-39-1

1. Anayasa Hukuku, 2. Anayasa Yargısı, 3. İnsan Hakları Hukuku, 4. Bireysel Başvuru,
5. Mali Hukuk, 6. Medeni Usul Hukuku, 7. Tarih

3

Yrd. Doç. Dr. Aslan DELİCE

*Bir Modern Zaman Mit'i Olarak
Ulusal Egemenlik*

Bir Modern Zaman Mit'i Olarak Ulusal Egemenlik

Yrd. Doç. Dr. Aslan DELİCE

*Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi*

1982 Anayasasının altıncı maddesine göre “Egemenlik kayıtsız şartsız millete aittir.” Bu topraklardaki serüveni 1921 Anayasası¹ ile başlayan ve bir devrim çocuğu olan ilke, hukuki geçerliliğine ilk kez 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'yle² kavuşmuştur. Bu tarihten itibaren siyasal iktidarların meşruiyet kaynağı ulus olacaktır.³ Çoğu zaman dogmatik bir karaktere bürünen “ulusal egemenlik”in anlaşılması, barındırdığı iki temel kavramın açıklanmasına bağlıdır: *Ulus ve Egemenlik*.

Makaleye kamu hukukunun belki de en temel kavramı olan “egemenlik”i açıklayarak başlamak yerinde olacaktır. Akal'a göre devletin bağımsızlığını, bütünlüğünü ve sürekliliğini anlatan egemenlik; “Hâkimiyet alanı içindeki başka tüm iradelere üstün bir iradedir.” Bu irade, ulusal sınırlar içinde tekil iradeleri ortadan kaldıran kesin bir devlet hâkimiyetiyle özdeşleşirken, uluslararası düzlemde ise devletin mutlak bağımsızlığını ifade eder.⁴ Başkalarını belirli şekilde davranmaya icbar edebilme gücü ile insanlar için yükümlülük doğuran kurallar koyabilme “hakkı” ya da “iktidarını” birbirinden kalın çiz-

1 Bülent Tanör, “Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri,” s. 255, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2011. Teşkilâtı Esâsiye Kanunu'nun Birinci Maddesine göre; “Hâkimiyet bila kaydü şart milletindir.”

2 Mehmet Semih Gemalmaz, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş,” s. 50, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997. Bildirinin üçüncü maddesine göre; “Tüm egemenliğin kaynağı zorunlulukla Ulusdadır.”

3 Ozan Erözden, “Ulus-Devlet,” s. 55, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 1997.

4 Cemal Bâli Akal, “İktidarın Üç Yüzü,” s. 17,18-330, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 1998.

gilerle ayıran Kelsen ise ilkini fiziki güç, ikincisini *otorite* olarak tanımlar. Fiziki güç hiçbir zaman *otorite* ya da *egemen* olmak için yeterli değildir. *Otorite* hukuksal düzenin ayırıcı vasfıdır ve yalnızca bir hukuki düzen, belirli kişilere başkalarının itaatle yükümlü olduğu kurallar koyabilmesine imkân tanıyan normların geçerliliğinin nihai gerekçesini oluşturabilir.⁵ Kelsen, devletin ayırıcı niteliğinin egemenlik olduğunu söylediğinde bununla “devletin en üstün ‘otorite’ olarak kendi ulusal hukuk düzeninin üzerinde bir başka düzene tabi olmamasını”⁶ ifade eder. Egemenliği “devletin ruhu” olarak gören Hobbes ise egemen varlığın haklarını şöyle sıralar: “Egemenin gücü onun rızası olmadan başka birine devredilemez, onlar tarafından cezalandırılmaz, tek yasa koyucudur ama toplum yasalarına tabi değildir, anlaşmazlıklara, barış ve savaş zamanlarına o karar verir.”⁷ Rousseau ise egemenliği, “halkın genel iradesinin uygulanması” olarak tanımlayıp kavramı, devredilemez, bölünemez, mutlak ve yanılmaz niteliklerle donatır.⁸ İktidarla egemenliği özdeşleştirmekten özenle kaçınan Gurvitch, egemenliği iktidarın/gücün bir niteliği olarak kabul eder. “İktidar izafi, egemenlik mutlak bir güçtür.” Bu nedenle her toplumsal bütün, kendisini oluşturan parçalar üzerinde iktidar sahibi olabilirken yalnızca Ulus, kendisini oluşturan parçalara indirgenemeyecek mutlak bir iktidara sahiptir.⁹ Egemenliği, “devlet içindeki en üstün buyurma kudreti”¹⁰ olarak gören Özbudun, bu tanımla Gurvitch’e yaklaşırken, büyük oranda Rousseau’yu izleyen Duguit ise kendi kendini tayin eden, emredici nitelikteki bu iradeyi “bağımsız, tek, bölünmez, devredilmez ve zamanaşımına uğramaz bir güç” olarak tanımlar.¹¹ Egemenliği değişik açılardan yorumlayan bu satırlardan sonra bakışlarımızı Ulus’a çevirebiliriz.

Her ne kadar temel unsurlar olarak içte dil, din, soy ile kültür ve tarih birliği, dışta ise ortak bir düşman imajı kabul edilse de¹² egemenliğin sahibi olduğu varsayılan ulusu tanımlamak kolay değildir. Bu herhangi bir şekilde tam olarak başarılı olduğunda ise bu kez ulusun üyesi kabul edilen bireylerdeki ortak somut nitelikler üzerinden bir tanımlama yapılamadığı görülür.¹³ Bu nedenle

5 Hans Kelsen, “General Theory of Law and State,” s. 383, Translated by Anders Wedberg, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1949.

6 Hans Kelsen, “General Theory of Law and State,” s. 384.

7 Thomas Hobbes, “Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti,” s. 131 v.d., 148, 190, Çev., Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1993.

8 Jean-Jacques Rousseau, “Toplum Sözleşmesi,” s. 23-28, Çev., Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010.

9 Georges Gurvitch, “Sociology of Law,” s. 197-198, Kegan Paul, Trench Trubner&Co., Ltd., London, 1947.

10 Ergun Özbudun, “Türk Anayasa Hukuku,” s. 60, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

11 Leon Duguit, “Kamu Hukuku Dersleri,” s. 57-67, Çev., Süheyp Derbil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.

12 Ozan Erözden, “Ulus-Devlet,” s.106.

13 Max Weber, “Economy and Society, an Outline of Interpretive Sociology”, s. 922, Edited by Guenther Roth and Claus Wittich, University of California Press, Berkeley, 1978.-

aynı dili konuşan, aynı soydan gelen, aynı dine mensup, ortak bir tarihi ve kültürü paylaşan insanların ulus olarak tanımlanması gerçeklikle örtüşmeyen bir kurgudur.¹⁴ Ulus için en önemli ortak payda kabul edilen dil birliği, aynı dili konuşan ama farklı ulusları oluşturan İngiliz, İrlanda ya da Birleşik Devletler örneğinde açıkça yetersiz kalır. Öte yandan farklı dilleri konuşan insanlardan oluşan İsviçre, ulus için dil birliğinin zorunlu bir unsur olmadığını göstermek için yeterlidir.¹⁵ Sırp ve Hırvat örnekleri de ulus kurgusuna aykırı düşer. Ortak bir soya ve dine mensup olmalarına rağmen mezhep ayrılığı, uluslarını farklılaştırır.¹⁶ O halde dil, din, ırk, kültür ya da çıkar farklılıklarına rağmen bir insan topluluğunu belli bir devlete ait kılan, bir başka deyişle onları o devletin halkı/ulusu yapan özellik nedir? Bu soruya o insanların devletin tesis ettiği hukuk/baskı düzenine tabi olması dışında bir cevap verilemez.¹⁷ Ulusla devlet arasında etnik, kültürel ya da ruhsal bir bağ kurmak imkânsız olduğu için “ulus kavramı zorunlu olarak siyasal güce gönderme yapar.”¹⁸

Weber ve Kelsen'in açıkça işaret ettiği gibi siyasal iktidarı önceleyen, onu yetkilendiren “siyasal corpus” olarak ulus kavramı tarihi gerçeklerle örtüşmez. Üstelik “birçok örnekte böyle bir toplumun [ulusun] devletin kurulma aşaması öncesinde ya da sırasında var olduğu kanıtlanamamıştır.”¹⁹ “Aksine kökenlerini sanayi toplumunun kendine özgü yapısal ihtiyaçlarını karşılamakta bulan,”²⁰ siyasal iktidar tarafından oluşturulup, egemenlik sınırlarıyla belirlenen ve hukuk düzeninin meşruiyet için atıf yaptığı bir ulus kavramı gerçeğe daha uygundur. Bu nedenle siyasal iktidarın tesis ettiği zorlayıcı düzenin sınırları içinde yaşayan insan topluluğu olmak dışında ulusun *veritas*'ı, bir kralın egemenliğin kaynağı olarak işaret ettiği tanrısal iradede daha fazla değildir. Ulusun somut, tarihi ve sosyolojik bir gerçeklikten yoksun olmasının zorunlu sonucu ise ulusal egemenliğin *realitas*'dan mahrum, “metafizik”²¹

Max Weber, “Sosyoloji Yazıları,” s. 168, Çev., Taha Parla, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1993.- Ernest Gellner, “Uluslar ve Ulusçuluk,” s. 28, Çev., Büşra Ersanlı Behar-Günay Göksu Özdoğan, İnsan Yayınları, İstanbul, 1992.

14 Ozan Erözden, “Ulus-Devlet,” s. 122-123.

15 Max Weber, “Economy and Society,” s. 922 - Max Weber, “Sosyoloji Yazıları,” s. 168.

16 Max Weber, “Economy and Society,” s. 395.

17 Hans Kelsen, “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği,” s. 427, Çev., Cemal Bâli Akal, Der., Cemal Bâli Akal, “Devlet Kuramı,” Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.- Hans Kelsen, “Demokrasi, Mahiyeti-Kıymeti” s. 22, Çev., Prof. Dr. E. Menemencioglu, İstanbul Üniversitesi Ana İlim Kitapları Tercüme Serisi, İstanbul, 1938.

18 Max Weber, “Economy and Society,” s. 398. 1982 Anayasasının altmışıaltıncı Maddesindeki “Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür” ifadesi de siyasal iktidara ve uyrukluk bağına göre yapılmış bir tanım olup yukarıda anlatılan kavramsal şemaya uygundur.

19 Gianfranco Poggi, “Modern Devletin Gelişimi-Sosyolojik Bir Yaklaşım,” s. 120, Çev., Şule Kut-Binnaz Toprak, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.

20 Ernest Gellner, “Uluslar ve Ulusçuluk,” s. 72.

21 Leon Duguit, “Egemenlik ve Özgürlük,” s. 392.

bir kavram olarak mitsel bir görünüme bürünmesidir. Diğer yandan meşru-iyet kaynağı olarak ulusa atıf yapmak, egemenliğin kaynağının ya da sahibinin ulus olduğu anlamına da gelmez; İlk durumda siyasi iktidarın nesnesi/ aracı olan bir *siyasal corpus*, ikincisinde ise egemenliğin sahibi olan bir *özne* söz konusudur. Antropoloji ve tarih verileri bize, yalnızca *ilkel toplumların* bir bütün halinde egemenliğin sahibi olduğunu ve bu nedenle egemenliğin öznesi olarak kalabildiklerini, bunun dışında kalan toplumların egemen odak karşısında daima nesneleştiklerini dolayısıyla siyasi iktidarın aracı haline dönüştüklerini gösterir. Bir iradeyi diğerine bağımlı kılan, bir başka deyişle insanları nesneleştiren egemenliğin anlaşılması kökenine inmeyi zorunlu kılar. Bu zorunluluk Duguit'nin yaklaşık yüz yıl önce sorduğu sorunun bir kez daha sorularak cevabının aranması demektir. Egemenlik nereden kaynaklanır?²² İki farklı çağ, iki farklı pencereden bakarak cevaplayacaktır soruyu.

Onbeşinci yüzyıla kadar Ortaçağ düşünürleri egemenliğin tanrıdan geldiğini kabul etmiştir. Bu kabul, insanı toplumu ve evreni tanrı yaratmışsa siyasi gücün ve egemenliğin sahibi de tanrı olmalıdır mantığına yaslanır.²³ Tüm ortaçağ boyunca Avrupa'ya hâkim olan egemenliğin tanrısallığı düşüncesi en özlü biçimde Paulus'un, "İktidar yalnızca Tanrıdan gelir ve iktidardakiler Tanrı tarafından atanmıştır"²⁴ cümlesiyle ifade edilmiştir. Tüm tartışma ve çatışmaların odak noktasını egemenliğin öznesi değil –zira egemenliğin tanrıya ait olduğu düşüncesi bir önkabuldür - Tanrı'yı yeryüzünde kimin temsil edeceği sorunu oluşturur. Çatışan taraflardan biri Tanrı'nın yeryüzündeki vekili ve kilisenin başı olan Papa'dır. İmparatorları tahtından indirebilen, monarklara ayak öptüren, kararları tartışılmaz olan ve hiçbir imparatorun yargılayamayacağı Papa, eksiksiz gücün sahibidir.²⁵ Bu güç öylesine eksiksizdir ki yalnızca kilise, evlilik, yetim çocuklar ve haçlı askerleriyle ilgili sorunları değil fakat feodal toplumun temel zincirini oluşturan fief sözleşmelerini de yargılama iddiasındadır.²⁶ Çatışmanın diğer tarafında iktidarını tanrıdan ve kılıcından aldığını söyleyen krallar yer alır.²⁷ Bir Hıristiyan kral cismani iktidarını doğrudan tanrıdan aldığı için uyrukları üzerinde, papanın kendi uyrukları üzerinde sahip olduğundan daha az yüksek bir çoban değildir.²⁸ Bu nedenle krala itaat dini bir yükümlülüktür. Ona isyan etmek tanrı iradesine karşı gelmekle bir kabul edilir ve bu nedenle ağır bir günahdır. Adaletsiz bir

22 Leon Duguit, "Kamu Hukuku Dersleri," s. 62.

23 Cemal Bâli Akal, "İktidarın Üç Yüzü," s. 86.

24 Cemal Bâli Akal, "İktidarın Üç Yüzü," s. 71.

25 Gérard Mairet, "Padovalı Marsilius'dan Lois XIV'e Laik Devletin Doğuşu," s. 216-217, Çev., Cemal Bâli Akal, Der., Cemal Bâli Akal, Devlet Kuramı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.

26 Georges Gurvitch, "Sociology of Law," s. 216-217.

27 Leon Duguit, "Kamu Hukuku Dersleri," s. 63.

28 Thomas Hobbes, "Leviathan," s. 392-401.

krala bile tanrının temsilcisi olduğu için itaat edilir.²⁹ Ortaçağ boyunca papa ve krallar arasında devam eden mücadele kilisenin mutlak yenilgiyle sona ermiş ve egemenliğin önce kralın bedeninde sonrada ulusal iradede cisimleşeceği, yarı rasyonel yarı dogmatik bir süreç başlamıştır.

“Bir yöneticinin peygamberliğe [din'e] dayanmadan kendi gücüyle veya asabiyetinden aldığı güçle de otoritesini kurup diğer insanlara boyun eğdirebileceği, Mecusilerin ilahi kitapları olmamasına rağmen bir devletlerinin olduğu,”³⁰ “Devleti korumak için verilen sözlere, merhamete, insanlığa ve dine aykırı davranışlarda bulunabileceği, bu amacı gerçekleştirmek için başvurulacak araçların her zaman doğru ve övgüye layık olduğu, başarılı peygamber olmak için bile silahın gerekli olduğu,”³¹ söylendiğinde Ortaçağ'ın sonuna gelinmiştir. Yeni Çağ'la birlikte toplumsal düzene rengini verecek olan şey, tanrısal iradeden çok hükümdarın sahip olduğu güçtür. Bu güç egemenliği, Tanrı iradesi yerine ulus iradesi adına kullanmaya başladığında kutsallık da gökyüzünden yeryüzüne iner. Tanrı yerine kutsanan, ezeli ve ebedi olduğu kabul edilen *ulus*, yalnızca egemenliğin kendi adına kullanıldığı bir bütün değil aynı zamanda örtülü veya açık biçimde tapınılan³² mistik bir yapıdır.³³ Süreç siyasal iktidarın meşruiyetini tanrı buyruklarından değil ulus iradesi şeklinde beliren toplum rızasından aldığı iddiasıyla tamamlanır. Egemenliğin Tanrı'ya değil (omnis potestas a Deo) halka ait olduğu düşüncesinin (omnis potestas a populo) benimsenmesi, önce laik monarşilerin sonrada ulus-devletlerin demokratik meşruiyetini pekiştirir.³⁴ Meşruiyet odağını yeryüzüne indiren ve çok ciddi düşünsel bir kırılmaya işaret eden bu farklılaşmanın açıklanması gerekir.

Eğer devlet, belli bir mekân (Batı) ve belirli bir çağda (XVI. Yüzyıl) ortaya çıkan ve meşruiyetini dünya ötesi bir odak yerine ulustan alan siyasi iktidar tipi olarak tanımlanırsa³⁵ egemenlik de tanrıdan ödünç alınan kutsallık halesiyle sarmalanmış ulusa ait olacaktır. Dışsallığın içselleşmesinin zorunlu sonucu da iktidarı kullananların tanrı yerine ulusun temsilcisi oldukla-

29 Ernst Cassirer, “Devlet Efsanesi,” s. 111, Çev., Necla Arat, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1984.

30 İbn-i Haldun, “Mukaddime,” C. I., s. 81, Çev., Halil Kendir, YeniŞafak Yayınları, İstanbul, 2004.

31 Niccola Machiavelli, “Hükümdar,” s. 36-89, Çev., Selahattin Bağdatlı, Sosyal Yayınları, İstanbul, 1994.

32 Ernest Gellner, “Uluslar ve Ulusçuluk,” s. 106-107.

33 1982 Anayasasının Başlangıç kısmı “Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen ...” cümlesiyle başlar. “Ebedi ve yüce” sıfatlarıyla yalnızca ulus değil devlet de açıkça kutsanır ki bu durum Anayasa'nın demokratik değerlere mesafeli kalacağının habercisidir.

34 Giovanni Sartori, “Demokrasi Teorisine Geri Dönüş,” s. 30, Çev., Tunçer Karamustafaoğlu- Mehmet Turhan, Yetkin Basımevi, Ankara, 1993.

35 Cemal Bâli Akal, “İktidarın Üç Yüzü,” s. 38,72-73.

rının kabulüdür.³⁶ Modern siyasi hukuki yapı ya da laik ulus devlet kurgusuna göre egemenliğin sahibi ulustur ve bir sözleşme ile siyasal örgüte yönetme erkini vermiştir. Francisco Suárez'den,³⁷ Thomas Hobbes'a,³⁸ John Locke'dan³⁹ Jean-Jacques Rousseau'ya⁴⁰ kadar Yeniçağ düşünürleri ayrıntıda birbirinden farklı ama özünde aynı olan kurgusal bir sözleşme tasarlamışlardır. *Siyasal Sözleşme* kurgusuna göre, devletin ve toplumun olmadığı çok uzak bir geçmişte tabii halde yaşayan insanlar, bireysel güvenliğin sağlanmasından cezalandırma yetkisinin devrine, ortak yararın gerçekleştirilmesinden düzenin teminine kadar değişen saiklerle bir araya gelmiş ve haklarını siyasal iktidara devrederek toplumu ya da devleti kurmuşlardır. Kurgulanan sözleşmenin niteliğine göre bireylerin sahip olduğu haklar değişse de siyasal iktidarın yönetme hakkını ya da meşruiyetini sözleşmeden aldığı varsayımı sabit kalır. Bundan sonra ulus, genel iradenin ifadesi olan kendi yasasına tabi olacak ve siyasal iktidar da meşruiyetini yalnızca bu iradeye tabi olmakta bulacaktır. Seçimler yoluyla belirlenen temsilcilerin yapacağı yasalara boyun eğilmesi, halkın zorlayıcı yasalara karşı rızasının önceden beyan edilmesi anlamına geldiğinden,⁴¹ ulus devletin meşruiyetini sağlayan en önemli araçtır. Tanrısal irade yerine temsilcilerin iradesiyle oluşan yasa yalnızca egemenliğin ulusa ya da topluma ait olduğunu göstermekle kalmaz aynı zamanda meşruiyeti sürekli tazeleyen bir işlev de görür. Yaklaşık beş yüz yıldır yeryüzüne hâkim olan, yönetenlerle yönetilenler arasında kurduğu bağla siyasi iktidarlara meşruiyetini veren ilke yakından incelendiğinde, gerçeklerle ayrılan yönlerinin örtüşen yönlerinden fazla olduğu görülür.

Siyasal Sözleşme kurgusu, sözleşmeyle devredilen yönetme erki ya da egemenliğin ne zaman ve hangi koşullarda toplum ya da ulus tarafından ele geçirildiğini tartışmamış ve karanlıkta bırakmıştır. Roma Hukukunun "hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez"⁴² ilkesine göre egemenliğin devri, onun sahibi olmayı zorunlu kıldığından ilkçağlarda Fi-

36 Cemal Bâli Akal, "İktidarın Üç Yüzü," s. 100.

37 Suárez'e göre "Tanrı, siyasi iktidarı ortak yararın sağlanması için topluma vermiştir." Aktaran Cemal Bâli Akal, "Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı" s. 255, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010.

38 Hobbes'a göre, "Devlet, bireysel güvenliğin sağlanması amacıyla insan topluluğunun kendi arasında yaptığı sözleşme ile kurulur." Thomas Hobbes, "Leviathan," s. 127-131.

39 Locke, "Siyasal toplumun insanların doğal yaşamda sahip oldukları cezalandırma yetkisinin üstün bir kuvvete aktarılmasıyla kurulduğunu" belirtir. İlhan F. Akın, "Kamu Hukuku," s. 133-135, Beta, İstanbul, 1993.

40 Rousseau, "Üyelerden her birinin canını, malını koruyan ama onları eskisi kadar özgür bırakan toplum sözleşmesinin, üyelerden her birinin bütün varlığını ve gücünü genel iradenin buyruğuna vermesiyle kurulacağını" belirtir. Jean-Jacques Rousseau, "Toplum Sözleşmesi," s. 14-15.

41 Philippe Braud, "Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri," s. 369, Çev., Gülçin Balamir Coşkun, Der., Cemal Bâli Akal, "Devlet Kuramı," Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.

42 'Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.' Bkz. Ziya Umur, "Roma Hukuku Ders Notları," s. 444, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

ravunlar, İmparatorlar, Ortaçağ boyunca Papa ya da Monarklarca kullanılan emretme yetkisinin ulus tarafından ne zaman iktisap edildiği sorusunun cevaplandırılması zorunludur. Tarihte yalnızca *ilkel* ya da *devoletsiz toplumlar* bir bütün olarak kendilerini düzenler, emretme yetkisini kendi bünyesinde tutar ve hiçbir üyesini diğeri karşısında itaatle yükümlü kılmaz. Toplumun egemenliği kendi tekelinde tutabilmesinin ilk şartı üyelerden hiçbirinin emretme otoritesine sahip olmamasıdır. Bunu da yalnızca mitler aracılığıyla atalardan miras alınan kutsal kuralların yani “yasanın, meşru kaynağının şef ya da kral olmadığını ilan eden ilkel toplumlar başarmıştır.”⁴³ Yöneten/yönetilen farklılaşmasının sonucu olarak ortaya çıkan devletin bir anlamı toplum içinde bir odağın diğelerinin itaatle yükümlü olduğu meşru kurallar koyabilme yetkisi ise diğere anlamı da toplumun sonsuza kadar egemenlik hakkını kaybetmiş olduğu gerçeğidir. Egemen bir güce sahip toplumlar, eşitlik yerine eşitsizliğin hâkim olduğu, egemenliği dile getirenlerin diğelerinden üstün olduğu kabul edilen toplumlardır. Bu üstünlük de buyruklar [kanunlar] yoluyla ortaya konur.⁴⁴ Bu nedenle *ulusal egemenlik*, ulusun egemenliği elinde bulundurduğu şekilde değil ulus içinde gerçek anlamda iktidarı elinde tutan bir odağın varlığı şeklinde yorumlanmalıdır.⁴⁵

Siyasal Sözleşme kurgusunun bir diğere zayıf yönü uyrukların sözleşmeyi tek yanlı iradeleriyle feshedememesi, egemenle arasındaki bağı kopartarak vergi, askerlik v.b. yükümlülüklerden kaçınmamasıdır: “Bir monarkın uyrukları, egemenin izni olmaksızın herhangi bir konuda başka bir egemene tabi olmak için kendi aralarında sözleşme yapamazlar, monarşiyi terk edip dağınık bir topluluğun kargaşasına dönemezler.”⁴⁶ Oysa hukuken tüm sözleşmeler tek yanlı irade ile bozulabilir niteliktedir. Ayrıca bizzat Hobbes, devleti kuran sözleşmenin lehine oy kullananlar kadar aleyhine oy kullananların da Leviathan’ı yetkili kıldıklarını⁴⁷ belirtir ki bu husus da devletin rızaya dayalı bir sözleşmeyle kurulduğu iddiasına gölge düşürür. Kurgusal sözleşmenin temelindeki aynı zayıflık kaçınılmaz biçimde Rousseau’nun o çok ünlü eserinde de ortaya çıkar: “Toplum sözleşmesi yapıldığı zaman ona karşı gelenler bulunursa onların karşı çıkmaları sözleşmeyi geçersiz kılmaz, ...Bunlar yurttaşlar arasında yabancı durumuna düşerler. Devletin topraklarında oturmaksa o devletin egemenliğine boyun eğmeyi gerektirir.”⁴⁸ Hem Hobbes hem Rousseau devleti kuran sözleşmeye katılmayan insanların rızaları hilafına niçin devlete tabi olacaklarını açıklamadan sessizce geçitirir. Bu sessizlik zorunlu olarak, egemen-birey ilişkisinin sözleşme dışında daha doğrusu bütünüyle

43 Pierre Clastres, “Devlete Karşı Toplum,” s.165, Çev., Mehmet Sert- Nedim Demirtaş, Ayrıntı, İstanbul, 1991.

44 Leon Duguit, “Egemenlik ve Özgürlük,” s. 385.

45 Michel Troper, “Hukuki Devlet Kuramı Üstüne,” s. 346, Çev., Özlem Günyol, Der., Cemal Bâli Akal, “Devlet Kuramı,” Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.

46 Thomas Hobbes, “Leviathan,” s. 131.

47 Thomas Hobbes, “Leviathan,” s. 131.

48 Jean-Jacques Rousseau, “Toplum Sözleşmesi,” s. 103.

hukuk dışında başka bir temeli olması gerektiğini akla getirir. Bu nokta daha sonra açıklanacağından kurguyu incelemeye devam edelim.

Siyasal Sözleşme kurgusunun aşmak zorunda olduğu zorluklar buraya kadar anlatılanlarla da sınırlı değildir. Özellikle "liberal ulus devletin siyasi etkinlik yoluyla burjuvazinin tüm toplum üzerindeki sınıfsal egemenliğini korumaya hizmet ettiği, modern hukukun burjuva çıkarlarını korumaya dönük işleyişi"⁴⁹ ya da "kartel, tröst ve diğer büyük şirketlerin sözleşmeler yoluyla ürettiği hukukun devletin yasama tekelinin içini boşalttığı"⁵⁰ iddiaları karşısında egemen irade ile ulus iradesinin nasıl olup da örtüşüğünün açıklanması gerekir. Egemen irade ile halk iradesi arasındaki kapatılamaz açıklığın farkında olan Duguit açık bir şekilde ulus egemenliğinin varlığını inkâr ederek hiçbir gerçeğe uymadığını, halk egemenliğinin yalnızca bir inanç olduğunu, şayet bir egemenlik varsa bunun devlet iradesi olduğunu⁵¹ söyler. Braud'a göre de siyasi demokrasiler bir sayısal çoğunluğun çok sayıda azınlığa üstünlüğü anlamına geldiği için halk egemenliği kavramı bir çeşit mittir.⁵² Kelsen de halk egemenliği kuramını, klan üyelerinin kısa bir süreliğine kutsal totem hayvanı rolünü üstlenmelerine yarayan bir totem maskesine benzetir.⁵³ Yazar bunun ötesine geçerek bir diktatör ya da monarkın halkın gerçek temsilcisi olduğu iddiasıyla demokratik ülkelerde seçimle oluşan parlamentoların olduğu yerde yasaları halkın koyduğu iddiasını eşit ağırlıkta birer kurgu olarak görür.⁵⁴ Söylemeye gerek yok ki her iki kurguda gerçeğe aynı mesafededir.

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, genel iradenin ifadesi olan yasa yapımına tüm yurttaşların bireysel olarak ya da temsilcileri aracılığıyla katılabileceğini belirterek⁵⁵ genel irade ile ulus iradesi arasındaki bağın nasıl kurulacağını çok yetersiz bir şekilde gösterir. İlkenin mantıksal sonucu egemenliğin temsilciler aracılığıyla kullanılması, temsilcilerin ise seçimler yoluyla belirlenmesidir. Böylece yönetim doğrudan veya yarı doğrudan demokrasi olmaktan çıkıp halk egemenliği önüne ciddi duvarlar ördüğü bilinen temsili demokrasiye dönüşür. Temsili hükümet sistemlerinde halk, seçimler yoluyla iktidardakileri denetleme ve değiştirme yetkisine sahip olsa da iktidarı tam

49 Gianfranco Poggi, "Modern Devletin Gelişimi," s. 140-141.

50 Georges Gurvitch, "Sociology of Law," s. 223.

51 Leon Duguit, "Kamu Hukuku Dersleri," s. 64.

52 Philippe Braud, "Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri," s. 370.

53 Hans Kelsen, "Demokrasi, Mahiyeti-Kıymeti" s. 109.

54 Hans Kelsen, "Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği," s. 439.

55 Mehmet Semih Gemalmaz, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş," s. 50. Bildirinin ulus/halk ayrımı yoluyla yurttaşların önemli bir kısmını seçme hakkından mahrum ettiği unutulmamalıdır. Bkz. Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Hukuku," s. 61. 1982 Anayasası altıncı maddesi "Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır." Şekindedir. Madde, bu haliyle egemenliğin Meclis dışında başka organlar tarafından kullanılmasına imkân tanıyacak şekilde kaleme alınması nedeniyle ulusal egemenlik ilkesine ve demokratik değerlere açıkça aykırıdır.

olarak kullanamaz.⁵⁶ Bu ancak temsilcinin yasal olarak seçmenlere karşı sorumlu kılınması ve bunun hukuken teminat altına alınmasıyla mümkündür. Böyle bir teminatın en önemli usulü ise seçmen iradesine aykırı hareket eden temsilcinin yasal olarak geri çağırılması ya da görevden alınmasıdır.⁵⁷ Kelsen'in belirttiği gibi Weimar ve California istisnaları bir kenara bırakılırsa günümüz anayasaları bu hakkı seçmene vermekten kaçınır. Tıpkı devletin kökeninde yer alan *Sözleşme'nin* taraflarca feshedilememesi gibi milletvekilleri de vekâlet akdi uyarınca azledilemez. Bu da halkla, onu temsil ettiği kabul edilen milletvekilleri arasındaki ilişkiyi "vekâlet ilişkisi" olmaktan çıkarır. Emredici vekâletin (*mandat impératif*) vekillerin kendilerini seçenlerin değil tüm ülkeyi temsil ettikleri gerekçesiyle yasaklanması,⁵⁸ "siyasi bir kurgudur ve halkın yasama -organını oluşturma- yetkisinin sınırlanması gerçeğinin saklanması hizmet eder."⁵⁹ Temsil sisteminin bu tür sakıncaları göz ardı edilse bile halkın egemen iradeye katkısı yine de sınırlı kalmaya mahkûmdur. Çoğunluk sistemine dayalı seçimle oluşan bir meclis, halkın yarısından bir kişi fazlasının oyunu almayı yönetimin meşruiyeti için yeterli gördüğünden pratikte halkın yarısının iradesi dikkate alınmaz. Seçim sistemlerinde yapılacak ayarlamalarla iradesi yok sayılacak halk yüzdesi bundan çok daha yukarıya taşınabilir.

Ulus'un temsilcileri aracılığıyla kendi kendini yönetmesi ya da egemenliğini kullanmasına karşı çok daha radikal bir itirazı Rousseau dile getirmiştir. Egemenliğin devredilemez ve temsil edilemez olması gibi genel irade de temsil edilemeyeceği için Rousseau, milletvekillerini milletin temsilcisi kabul etmez. Ulus kendine temsilci seçtiği gün özgürlüğünü yitirerek köleleşir.⁶⁰ Kelsen aynı sonuca iradenin vekâleten tevdi edilemeyeceği, vekâlet verenin aslında feragat ettiğini söyleyerek ulaşır.⁶¹ Günümüzde ülkelerin çoğunun temsili demokrasiyle yönetilmesi karşısında Rousseau'nun kehanetinin gerçekleştiğini söylemek yanlış olmaz. "Ulus egemenliğini devretmiştir ve egemenliğin doğrudan kullanımı da istisna haline gelmiştir."⁶²

Bir siyasi örgütlenme egemenliğe sahip olduğu anda "Devlet" olarak adlandırılıyor ya da egemenlik devletin ruhu olarak görülüyor ise devlet ve egemenlik kavramları birbirine çok yaklaşır belki de özdeşleşir. O zaman Orta Çağ'ın yüzlerce yıl çözmek için uğraştığı egemenliğin kaynağına ilişkin sorunun bir başka şekilde sorulması gerekir. Devletin kökeni nedir? Bu soru devlet tanımlanmadan cevaplandırılmaz.

56 Giovanni Sartori, "Demokrasi Teorisine Geri Dönüş," s. 78.

57 Hans Kelsen, "General Theory of Law and State," s. 289-290.

58 1982 Anayasasının "Milletin temsili" başlıklı Sekseninci Maddesine göre "Türkiye Büyük Millet Meclisi yeleri, seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler."

59 Hans Kelsen, "General Theory of Law and State," s. 291.

60 Jean-Jacques Rousseau, "Toplum Sözleşmesi," s. 90-92.

61 Hans Kelsen, "Demokrasi, Mahiyeti-Kıymeti" s. 107.

62 Philippe Braud, "Devlet: Hukuki Öğretinin İki kilemleri," s. 372.

Devlet, "Belli bir arazi üzerinde meşru şiddet kullanım tekeli elinde bulunduran insan topluluğu"⁶³ ya da "Topraklarında birçok topluluğu barındıran, vergi toplamanın yanı sıra insanları savaşa ve çalışmaya sevk edebilen, kanun koyma ve yürütme gücüne sahip merkezileşmiş yönetime sahip bağımsız bir siyasal bütün"⁶⁴ veya "Sosyal doku içinde yönetenler ve yönetilenler arasına giren onarılamaz bir kesintinin varlığı"⁶⁵ olarak tanımlanabilir. Bu yazarların yaptığı gibi "Devlet"i değişik açılardan tanımlamak mümkündür. Ancak hangi açıdan ve hangi çağdan bakılırsa bakılsın, siyasal örgütlenme olarak devletin özünü emir-itaat ilişkisi, bir iradenin diğerine dayatılması oluşturur.⁶⁶ İki özne arasındaki cebre dayalı ilişkiyi kaba güç ilişkisi olmaktan çıkaran unsur emreden, belirleyici, zorlayıcı ve her konuda nihai karar merci olan egemen iradenin haklılığına olan inançtır. İşte yönetilenlerin rızasını doğuran haklılığa ilişkin bu inanç, siyasi iktidarın meşru olup olmadığını belirleyen nihai ölçüttür. Şimdi devletin nasıl kurulduğu ya da kökeninin neye dayandığı sorusunun cevabına geçebiliriz.

İbni Haldun'a göre devlet, zor kullanmak ya da galip gelmekle elde edilir. Bir kavim ancak başkalarının ona boyun eğmesiyle hükümdarlığa kavuşabilir.⁶⁷ Carnerio köyleri, *şefliklere*, *şeflikleri* bağımsız devletlere dönüştüren siyasi sürecin arkasında yatan olgunun yalnızca *güç* olduğunda ısrarcıdır.⁶⁸ Duguit'e göre devlet, yönetenlerle yönetilenler arasındaki farklılaşmanın mahsulüdür.⁶⁹ Childe toplumu efendiler ve köleler şeklinde ayıran bu farklılaşmanın kökenine savaş ve fetihleri yerleştirir.⁷⁰ Clastres'a göre efendilerin zayıfları sömürmesini olanaklı kılan toplumsal sınıflaşma ancak "devletin özünü oluşturan yasal fiziki şiddet tekeliyle" mümkündür.⁷¹ Weber'e göre devlet ahlaki bir hakka değil zor tehdidi ya da zor kullanımına dayalı bir güç dengesine dayanır.⁷² Oppenheimer'a göre ise devlet, siyasal yollarla elde edilen *artı değer*in sonucudur. "Devlet bir insan grubunun bir diğerini boyunduruk altına almasından doğmuştur. Devletin varlık nedeni de yeterli nedeni de

63 Max Weber, "Sosyoloji Yazıları," s. 80-288.

64 Robert L. Carnerio, "Devletin Kökeni Üzerine Bir Teori," s. 251, Çev., Aslan Delice, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006/2, İstanbul, 2006.

65 Emmanuel Terray, "Devlet, Rastlantı ve Zorunluluk. Bir Tarih Üzerine Düşünceler." s.101, Çev., Gürbüz Sarı, Der., Cemal Bâli Akal, "Devlet Kuramı," Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.

66 Alessendro Passerin d'Entréves, "Devlet Kuramı," s. 199, Çev., Başak Baysal, Der., Cemal Bâli Akal, "Devlet Kuramı," Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.

67 İbn-i Haldun, "Mukaddime," C. I, s. 189,197-198.

68 Robert L. Carnerio, "Devletin Kökeni Üzerine Bir Teori," s. 253.

69 Leon Duguit, "Kamu Hukuku Dersleri," s. 72.

70 Gordon Childe, "Tarihte Neler Oldu," s. 139, Kırmızı Yayınları, Çev., Alaaddin Şenel-Mete Tunçay, İstanbul, 2007.

71 Pierre Clastres, "Devlete Karşı Toplum," s. 164.

72 Max Weber, "Sosyoloji Yazıları," s. 80-288.

boyun eğdirilenlerin ekonomik olarak sömürülmesidir.”⁷³ Çelişik ve şaşkırtıcı görünse de listeye bir isim daha eklenmelidir. Bir devlet sözleşme dışında insanlar üzerinde ölüm veya tutsaklık korkusu kullanılarak egemenlik tesis edildiğinde de kurulur. Zorla kurulmuş devlette de egemenlik hakkı sözleşmeyle kurulmuş devletinkiyile aynıdır.⁷⁴

Carnerio, Clastres, Childe, Weber, Oppenheimer, Duguit ve İbni Haldun çizgisi geriye doğru takip edildiğinde devletin bir sözleşmeyle kurulmadığının kabulü zorunludur. Devlet, insanın diğer insanlarla kurduğu tahakküm ilişkisinin sonucudur ve özünde sömürü ilişkilerini kurumsallaştıran sınıfsal bir yapıya dayanır. “Yönetici sınıfın devlet aygıtıyla iç içe geçtiği”⁷⁵ yapı, kolluk güçleri ve hukuk aracılığıyla sürekli uygulanan cebir ya da cebir tehdidi ile korunur. Yaklaşık altı bin yıllık bir geçmişi olan Devlet, uygun iklim, coğrafya ve nüfus koşullarının bir araya geldiği Mısır, Mezopotamya ve İndüs vadisi gibi bölgelerde birbirinden bağımsız şekilde ve benzer mekanizmaların işlemesiyle kurulmuş ve günümüze kadar var olmaya devam etmiştir. Kökeninde cebrin ve gücün olduğunu söylemek devletin nasıl kurulduğunu açıklamak için yeterli olsa da ona niçin itaat edilmesi gerektiğini açıklamaz. Devletin sürekliliği, boyun eğdirilenlerin egemen karşısında edilgin, iradelerinin belirlenebilir olmalarını içselleştirerek yönetime rıza göstermelerine bağlı olduğundan, rızanın devşirilmesi egemenliği kullananların üzerinde hassasiyetle duracakları bir görevdir. Görevin başarısı halk adına halk için ama halk dışında birileri tarafından kullanılan egemenliğin yinede halka ait kaldığı inancının oluşturulmasına bağlıdır. Bunun için belirleyicilik yönü yuktardan aşağıya olan egemen iradenin halk iradesi şeklinde sunulması egemenliğin aşağıdan yukarıya doğru belirlendiği yanılması kitlelere kabul ettirilir. Bir başka deyişle princeps gücünü populus’un iradesine dayandırır.⁷⁶ İktidar ayrıca rızanın devşirilmesi amacına dönük olarak kitlelere içinde yaşanılan toplum hakkında söz söyleme, karar verme ve yararlanma hak ve yetkisinin kendilerine ait olduğu güvencesini de verecektir.⁷⁷

İlkeden uygulamaya ya da icraya geçildiğinde kamu idarelerinin tüm faaliyetlerinde kamu yararını gözettiği ya da hükümetlerin hazırladığı kanun tasarılarının ulusal çıkarlara hizmet ettiği söylemiyle karşılaşırız. Bu varsayımın göre siyasetin amacı ortak iyiliğin gerçekleştirilmesi, devlet de ortak iyiliğin/çıkarların gerçekleştirilmesinin aracıdır. Böylece toplumun birbirinden farklı hatta taban tabana zıt çıkarlara sahip insan gruplarından oluştuğu gerçeği

73 Franz Oppenheimer, “Devlet,” s. 37-46, Çev., Alaaddin Şenel- Yavuz Sabuncu, Engin Yayıncılık, İstanbul, 1997.

74 Thomas Hobbes, “Leviathan,” s. 147-148.

75 Emmanuel Terray, “Devlet, Rastlantı ve Zorunluluk. Bir Tarih Üzerine Düşünceler.” s.101.

76 Gianfranco Poggi, “Modern Devletin Gelişimi,” s. 114.

77 Marcel Gauchet, “Anlam Borcu ve Devletin Kökenleri. İlkelerde Din ve Siyaset,” s. 54, Çev., Ozan Erözden, Der., Cemal Bâli Akal, “Devlet Kuramı,” Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.

göz ardı edilerek çıkar çatışmalarının üzeri örtülür. Özellikle hukuk düzeni tarafından ortaya konulan çıkarların⁷⁸ tüm topluma ait olduğu ileri sürüldüğünde gerçek de tam anlamıyla tersyüz edilmiş olur. Şayet hukuk düzeninin yasalar aracılığıyla ortaya koyduğu çıkarlar ortak yararı gözetseydi, bir başka deyişle hukuk düzeni herkesin iradesiyle uyumlu olsaydı, tam anlamıyla adil olacağı için toplumdaki herkes zorlama/cebiri olmaksızın kendiliğinden yasalara itaat ederdi ki bu durumda toplumsal hayatta ve hukuk düzeninde cebre ya da şiddete yer kalmazdı.⁷⁹ Devletin kökenine ilişkin biraz önce yapılan açıklamalar dikkate alındığında ne bu tür kurallar bütününe hukuk ne de böyle bir siyasal örgütlenme devlet denilebilir.

Modern egemenlik anlayışı diğer yönlerden de eleştiriye açıktır. Yukarıda egemen irade ile halk iradesi arasındaki farklılık bağlamında değinilen ve egemenliğin belli bir sınıfla bağlantısına dikkat çeken itiraz, özünde egemenlikle mülkiyet arasında kurulan doğrudan ilişkiyi eleştirir. İlk kez Grotius tarafından dile getirilen bu ilişkiye göre egemenlik tıpkı mülkiyet hakkı gibi elde edilebilir. Bu şekilde iktisap edilen egemenlik kralın malvarlığının bir parçasını oluşturur.⁸⁰ Shapiro'ya göre de İngiliz Hukuku'nun çekirdeğini mülkiyet yasaları oluşturur. Kökeni feodaliteye dayanan İngiliz toprak hukuku yasaları, egemenliğe yaslanan dokunulmazlıkların ve diğer yasal imtiyazların kaynağıdır.⁸¹ Locke ise egemenlik ve mülkiyet arasındaki ilişkiyi çıplak ve yoruma ihtiyaç bırakmayacak kadar açık bir şekilde ortaya koyar. Siyasal iktidar, mülk sahiplerinin mülk sahiplerine verdiği bir yetkidir.⁸² Diğer bir deyişle malik olmak, iktidara da malik olmak anlamına gelir.⁸³ Egemenliği mülkiyet ilişkisinin bir türevi olarak kabul eden bu düşünce zorunlu olarak, mülksüz yığınları yani halkı, egemenliği kullanmaktan mahrum eder. Modern devlet, liberal ulus devlet olarak kavramsallaştırıldığında, ulusal egemenliğin onaltıncı yüzyıldan sonra yükselen burjuva sınıfının diğer toplumsal katmanlar üzerindeki hâkimiyetinin perdelenmesi amacına hizmet eden bir kurgu olduğu daha iyi anlaşılır.

Egemenliğin yalnızca dindışı bir iktidar olabileceği⁸⁴ ya da bunun devamı niteliğindeki ulus devleti ya da doğrudan devleti düşünülebilir kılan olgunun

78 "Tüm toplumların değerlerin tahsisini yasalar yoluyla yapmadığını ama hukukun bütünüyle değerlerin tahsis edilmesinin bir aracı olduğunu" ileri süren görüş için bkz. Martin Shapiro, "From Public Law to Public Policy, or 'Public' in 'Public Law,'" s. 413, PS, Vol. 5, No. 4. (Autumn 1972) s. 410-418. Makalenin alındığı web sayfası <http://www.jstor.org/>

79 Hans Kelsen, "General Theory of Law and State," s. 185.

80 Hugo Grotius, "Savaş ve Barış Hukuku," s.51-52, Çev., Seha L. Meray, Say Yayınları, İstanbul, 2011.

81 Martin Shapiro, "From Public Law to Public Policy, or 'Public' in 'Public Law,'" s. 410.

82 İlhan F. Akın, "Kamu Hukuku," s. 132.

83 Giovanni Sartori, "Demokrasi Teorisine Geri Dönüş," s. 408.

84 Gérard Mairet, "Padovalı Marsilius'dan Lois XIV'e Laik Devletin Doğuşu," s. 217.

insan yaratusı yasaların bağımsızlığı ve belirleyiciliği olduğu⁸⁵ iddiası da en az iki açıdan itiraza açıktır. İlk olarak insan aklının ve iradesinin ürünü olarak yasa kavramı tarihte ilk kez ulus devletle ortaya çıkmış değildir. M.Ö. V. yüzyılda Patrici-Pleb mücadelesinin sonucu olarak yürürlüğe konulan 12 Levha Kanunları da insan iradesi ve rasyonel düşüncenin ürünüdür.⁸⁶ Gurvitch'e göre son tahlilde halkın iradesiyle ortaya koyduğu şeyin yasa olduğu söylemi 12 Levha Kanunları'nın özünü oluşturur. İkinci olarak tarihte kilise tasallutundan kurtulmuş bütünüyle laik temellere oturan ilk devlet daha onikinci yüzyılda II. Frederick tarafından İtalya'nın güneyinde kurulmuştur.⁸⁷ Görüldüğü gibi ne rasyonel yasalar ne de laiklik sadece ulus devlete özgüdür. Ayrıca devlet sadece dünyevi güç ilişkileri bağlamında düşünölmek zorunda olsaydı günümüz Ortadoğu'sunun iki önemli oyuncusu İran ve İsrail'i teokratik dayanakları nedeniyle devlet olarak tanımlamak imkânsız hale gelirdi. Oysa her iki siyasal örgütlenmede hem *de jure* hem de *de facto* ölçütler dikkate alındığında tipik birer ulus devlettir. Diğer yandan tüm ulusal egemenlik söylemlerine rağmen Türk⁸⁸ ve Fransız⁸⁹ Anayasaları da ulus iradesiyle değiştirilemeyecek hükümler içerir. Ölümlerin koyduğu yasaların yaşayanlar tarafından değiştirilmesini yasakladığı için bu hükümler tipik birer *tabu'dur* ve günümüze kadar anayasal varlıklarını korumaları da ulusal egemenlik ilkesinin açıkça ihlalidir.

Son olarak toplum sözleşmesinin tarihi bir gerçekliğe işaret etmediği, analitik bir soruna ilişkin olduğu ve bununla kast edilenin devletin başlangıcı değil *raison d'être* (varlık ilkesi) olduğu iddiası dile getirilmiştir.⁹⁰ Amaç, tarafların iradesine dayalı bir sözleşmeyle kurulan devleti belli ahlaki ya da yasal ilkelerle sınırlamaktır. Şayet amaç buysa siyasal iktidarın sınırlanması gayesinin hiç de yeni olmadığı bilinmelidir. Ortaçağ Tabii Hukukçuları yeryüzündeki en üstün iktidarın bile çöneyemeyeceği tabii yasalardan bahsettiğinde⁹¹ amaçları en yüksek egemeni bile gerçek hukuki sınırlamalara tabi tutmaktı. En üstün iktidarı Tanrı'ya bırakan ya da meşruiyetin dünya ötesi kutsal bir odaktan geldiğini kabul eden dinsel inançlarda yasaları iktidarların çıkar ve

85 Cemal Bâli Akal, "İktidarın Üç Yüzü," s. 319.

86 Georges Gurvitch, "Sociology of Law," s. 218-219.

87 Ernst Cassirer, "Devlet Efsanesi," s. 141.

88 1982 Anayasa'sının Değiştirilemeyecek hükümler başlıklı Dördüncü Maddesi "Anayasanın Birinci Maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile ikinci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve üçüncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez." şeklindedir.

89 25 Şubat 1875 tarihli Fransız Anayasa'sının Sekizinci Maddesinin ikinci bendi Devletin Cumhuriyetçi niteliklerinin değiştirilmesini yasaklamıştır. Bkz. Hans Kelsen, "General Theory of Law and State," s. 259.

90 Ernst Cassirer, "Devlet Efsanesi," s. 174-266.

91 Otto Gierke, "Ortaçağ'da Siyasi Kuramlar: Devlet ve Hukuk," s. 130-1, Çev., Olgun Akbulut-Emre Zeybekoğlu, Der., Cemal Bâli Akal, "Devlet Kuramı," Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.

etki alanlarından uzaklaştırarak⁹² dolaylı yollarla siyasi iktidarı sınırlamaya çalışır. Öte yandan Hobbes, Rousseau gibi sözleşmecî düşünürlerin egemeni hiçbir sınırlamaya tabi tutmayan otoriter yaklaşımları dikkate alındığında kurgunun yukarıda zikredilen amaca ne kadar hizmet edeceği de tartışmalı hale gelir.

Sonuç olarak *Devlet*, bir sözleşmeyle açıklanamayacağı gibi “hukukla da doğrulanamaz.”⁹³ *Siyasal Sözleşme* tarihi gerçeklikten yoksun salt bir kurgu, “devlet de bir sözleşme ürünü olmadığına”⁹⁴ göre bu varsayımın ne işe yaradığı sorulabilir. Kurgu, “İnsanlara yükümlülükler getiren bağlayıcı/zorlayıcı hukuk düzenini meşrulaştırmak dışında bir işleve sahip değildir.”⁹⁵

Hukukun ekonomiye baskın olduğu feodal toplumlardan, ekonominin hukuku belirleyebilme gücüne ulaştığı modern toplumlara⁹⁶ geçiş, aynı zamanda burjuva sınıfı önderliğinde liberal ulus-devletin kuruluş sürecine denk gelir. İçerde sanayi devriminin ihtiyaç duyduğu emeğin fiyatının piyasa koşullarınca belirlenmesi, dışarıda ise rekabet ve hammadde teminine yönelik sömürgeleştirme siyasetini en iyi şekilde icra eden siyasal örgütlenme olarak ulus-devlet, İngiltere öncülüğünde sanayi devrimini gerçekleştiren Batı Avrupa toplumları için ideal bir yapı görünümündeyken, aynı gerekçelerle sanayisi gelişmemiş ya da az gelişmiş Avrupa dışı toplumlar için sorunlu bir siyasal örgütlenme modelidir. Siyasal iktidar-toplum ilişkisi ulusa ait olduğu varsayılan egemenlik tarafından belirlenecek ise bunun ilk şartı ekonomik ilişkilerin tek başına hukuku belirleme gücünden mahrum edilmesi, yani egemenliğin belirli bir sınıf tarafından kullanılmasının önüne geçilmesidir. Buna tüm kusur ve eksikliklerine rağmen siyasal iktidar-toplum ilişkisini şeklen de olsa rıza üzerine bina etmesi nedeniyle olumlu bir değer taşıyan “ulusal egemenlik” ilkesinin hayata geçirilmesiyle başlanabilir. Aslında tarih, egemenliğin kimin adına kullanıldığına çok da önemli olmadığını gösteren örneklerle doludur. Toplumsal ilişkilerde adaletin ne olduğu ve nasıl uygulanacağı henüz hiçbir düşünür ya da hukukçu tarafından üzerinde mutabık kalınacak şekilde tanımlanamamış olsa da barış ve adaleti sağlayan siyasal örgütlenmeler, egemenliği kim adına kullanırsa kullansın (kutsal atalar, bir tanrı ya da tanrılar, bir sınıf veya ulus) uzun ömürlü ve başarılı olacaktır. Aksi halde pagan Roma’yla Tektanrı’lı bir dine yaslanan Osmanlı İmparatorluğu’nu tarihin gördüğü en uzun ömürlü siyasal örgütlenme paydasında buluşturan gerçek başka türlü açıklanamaz.

92 Marcel Gauchet, “Anlam Borcu ve Devletin Kökenleri. İlkelerde Din ve Siyaset,” s. 53.

93 Hans Kelsen, “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği,” s. 456.

94 Franz Oppenheimer, “Devlet,” s. 35.

95 Hans Kelsen, “General Theory of Law and State,” s. 250.

96 Georges Gurvitch, “Sociology of Law,” s. 235.