

Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması *

Debate on the Constitutional Guardianship in the Context of Schmitt's and Kelsen's Views

Gözde TÜRKELİ ** 

Öz

Elinizdeki çalışmada günümüz hukuk düşüncesine büyük katkıları olan ve kuramlarıyla güncel hukuki meseleleri halen etkilemeye devam eden iki önemli hukukçunun, Hans Kelsen ve Carl Schmitt'in "Anayasanın koruyuculuğunu kim üstlenmelidir?" sorusu etrafında yürüttükleri polemik ele alınmaktadır. Weimar Cumhuriyeti'nde anayasa yargısı sistemi bulunmamakla birlikte, anayasa yargısının meşruiyeti ve gerekliliği üzerine ikili arasında oldukça zengin ve yoğun bir tartışma yaşanmıştır. Polemiği başlatan 1931 tarihli "Anayasanın Koruyucusu" metninde Schmitt, Anayasa Öğretisi adlı çalışmasındaki görüşlerine dayanarak anayasayı varoluşsal bir temelde ve asli kurucu iktidarın aldığı politik kararların kurucu niteliği açısından açıklamaktadır. Bu bağlamda Schmitt'in anayasa kavramı politik olanla sıkı bir ilişki içerisinde. Kelsen'in normativist pozitivist kuramı ise anayasayı normlar hiyerarşisinin üstünde konumlanan temel bir norm ve kapalı bir normlar sistemi olarak ele almaktadır. Schmitt'in eleştirilerine karşılık Kelsen "Anayasanın Koruyucusu Kim Olmalıdır?" metnini kaleme almıştır. Kelsen anayasanın koruyuculuğu rolünü üstlenebilecek mercii olarak anayasa mahkemesini, Schmitt ise devlet başkanını önermektedir. Elinizdeki çalışmada her iki düşünürün politik olanla kurduğu karşıt ilişki üzerinden kuramları karşılaştırılarak anayasal uyumsuzluklara ilişkin görüşleri incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hans Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, Carl Schmitt, Anayasa Yargısı, Anayasanın Koruyuculuğu.

Abstract

This study explores the debate on the question of "Who should be the guardian of the constitution" carried out by two prominent jurists, Hans Kelsen and Carl Schmitt, whose theories have made a great contribution to the legal thought of our times and continue to have an impact on current legal issues. Despite the absence of a constitutional jurisdiction system in the Weimar Republic, these two jurists of the Weimar-era engaged in an intense and complex debate on the legitimacy and necessity of the constitutional review. In the text of "The Guardian of the Constitution" of 1931, which initiated the polemic, based on his earlier work entitled

* Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora programı kapsamında alınan "Türkiyede Hukuk Devleti Problemlerine Giriş" dersi için hazırlanmış ödev metninin yayım için genişletilmiş ve gözden geçirilmiş halidir.

** Arş. Gör., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, gozde.turkeli@ozyegin.edu.tr

“Constitutional Theory”, Schmitt approaches to the constitution on an existential basis and accentuates the founding nature of the political decisions taken by the original constituent power. In this context, Schmitt’s concept of the constitution is in close relation with the political. On the other hand, Kelsen’s normative positivist theory defines the constitution as a basic norm above the hierarchy of norms and as a closed system of norms. Kelsen responded to Schmitt’s criticism by his article called “Who Should Be the Guardian of the Constitution?”. While Kelsen proposes the Constitutional Court (*Staatsgerichtshof*) for the role of guardian of the constitution, Schmitt propounds the president (*Reichspräsident*) for this role. This article will compare the opposing approaches of Kelsen and Schmitt to the concept of the political and analyse their respective views on the constitutional conflicts.

Keywords: Hans Kelsen, Pure Theory of Law, Carl Schmitt, Constitutional Review, Constitutional Guardianship.

GİRİŞ

“Anayasanın koruyucusu kimdir” tartışması Hans Kelsen’in 1929 tarihli “Anayasa Yargısının Doğası ve Gelişimi”¹ adlı makalesindeki tezlerine kadar geriye götürülebilir, esasen 1931 yılında Hans Kelsen ve Carl Schmitt arasında yürütülen bir polemğin ürünüdür. Modern anayasa kavramı, anayasanın işlevleri, anayasal düzenin oluşum süreci, hukuk-devlet ikiliği tartışması ve olağanüstü halde hukuk normlarının denetimi gibi birçok başlık bu tartışmanın zengin içeriğini göstermektedir. Weimar Cumhuriyeti’nin krizlerle dolu siyasi tarihi ve anayasal düzen tartışmaları, her iki düşünür arasındaki polemige damgasını vurmuştur.

Schmitt’in Hans Kelsen’in “Genel Devlet Teorisi” ve “Anayasa Yargısının Doğası ve Gelişimi” metinlerine atıf yaparak kaleme aldığı “Anayasanın Koruyucusu” (1931)² metni polemigi başlatan ilk yapıt olarak anılmaktadır. Kelsen’in aynı yıl kaleme aldığı “Anayasanın Koruyucusu Kim Olmalıdır?” (1931)³ metni Schmitt’e cevap mahiyetindedir. Polemiğe esas bu iki metinden önce Kelsen’in 1929 tarihli “Anayasa Yargısının Doğası ve Gelişimi” makalesi ve Schmitt’in 1925 tarihli “Reich Başkanı ve Weimar Anayasası” ve 1929 tarihli “Anayasanın Koruyucusu Olarak Yüksek Mahkeme” yazıları aynı bakış açısı ve tezlerle kaleme alınan çalışmalar olarak sıralanabilir.

Elinizdeki çalışmada bu polemigin teorik arka planını çizmek adına öncelikle politik unsurlardan arındırılmış kuramıyla Hans Kelsen’in normatif hukuk sistemi ve Carl Schmitt’in politik realizm başlığında değerlendirilebilecek hukuk kavrayışı karşılaştırılmaktadır. Carl Schmitt’in Kelsen’in normativizmini eleştirdiği Siyasi İlahiyat ve Anayasa Öğretisi kitaplarının yanı sıra Kelsen’in demokrasi üzerine tezleri ve Saf Hukuk Kuramı adlı temel yapıtı da konuyla bağlantılı yönleriyle

- 1 Hans Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication” [*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, 1929], **The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Ed. and Transl. Lars Vinx, Cambridge University Press, 2015, s. s. 22-78.
- 2 Carl Schmitt, “The Guardian of The Constitution” [Orijinal: *Der Hüter der Verfassung*], Trans. Lars Vinx, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Cambridge University Press, 2015, s. 79-124; 125-173.
- 3 Hans Kelsen, “Who Ought to be The Guardian of The Constitution? Kelsen’s Reply to Schmitt” [Orijinal: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*] Trans. Lars Vinx, **The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Ed. and Transl. Lars Vinx, Cambridge University Press, 2015, s. 174-221.

incelenmektedir. Hukuk düşüncesine normativist pozitivist bir anlayış kazandırarak kendisinden önceki pozitivist ekolden ayrılan Hans Kelsen ile desizyonist veya realist politik çizgide kabul edilen Carl Schmitt arasındaki yaklaşım farklılığı ve her iki hukukçunun kullandığı kavramlar (egemen, devlet, hukuk, anayasa normları vb.), anayasanın koruyuculuğu tartışmasını aydınlatmaya imkan tanıyan bir çerçevede, konuyla bağlantılı yönleriyle bu makalede ele alınacaktır.

I. SCHMITT VE KELSEN ARASINDAKİ KURAMSAL KARŞITLIK

A. Schmitt'in Realist Politik Çizgisi

Carl Schmitt, eserleri politik felsefe, hukuk felsefesi ve anayasa dogmatığı açısından pek çok çalışmaya konu olan, özellikle güncel hukuk tartışmalarında olağanüstü hal kavramı üzerine yazdığı tezlerine sıklıkla başvurulmuş önemli bir hukukçu ve düşünürdür. 1888 yılında Plettenberg'te doğan düşünür, çoğunluğu Protestan olan Almanya'da Katolik bir işçi ailesinden gelmektedir. Hukuk eğitimine pozitivist çizginin hakim olduğu Berlin Friedrich-Wilhelm Üniversitesi'nde başlaması, Münih'te devam etmesi ve eğitimini nihayetinde dönemin neo-Kantçı düşünce merkezlerinden biri olan Strasbourg Üniversitesi'ne geçerek tamamlaması etkilendiği düşünce geleneği açısından anlamlıdır⁴. Schmitt, yaşadığı döneme hakim olan hukuki pozitivist düşünceye, parlamentarizme ve liberal düşünce geleneğine karşı bir cepheyi temsil etmektedir. Yazdıkları Thomas Hobbes, Jean Bodin, Carl von Clausewitz, G.W.F. Hegel, J.J. Rousseau ve ardılı Giorgio Agamben, Chantal Mouffe gibi birçok isimle birlikte farklı tartışma başlıkları altında anılmaktadır⁵.

Schmitt 1910 yılından 1978 yılına kadar onlarca eser kaleme almıştır. 1920li yıllarda Diktatörlük (*Die Diktatur*, 1921), Siyasi İlahiyat (*Politische Theologie*, 1922), Parlamenter Demokrasinin Krizi (*Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923) adlı ilk önemli eserlerini sunan hukukçu, kısa zamanda Almanya'nın entelektüel çevrelerinde bilinen bir isim olurken, 1930'lu yıllarda Weimar'ın somut güncel sorunlarına yönelik görüşleri ve politik tavrıyla öne çıkmıştır. 1933 yılında yükselen Nazi Partisi'ne aktif destek vermiş, bu dönemde çeşitli komisyonlarda yer almış ve hatta kendisine "Kronjurist" (baş hukukçu) unvanı verilmiştir⁶. Nazilere doğrudan desteğinin 1933-

4 Bu dönemde Neo-Kantçı düşüncenin merkezleri olarak Heidelberg, Freiburg ve Strasbourg Üniversitesi anılmaktadır. Schmitt'in 1907-1910 yılları arasında tekabül eden öğrencilik yıllarında Neo-Kantçı düşüncenin etkisinde olması ve Strasbourg Üniversitesi'nde eğitimini tamamlaması anlamlıdır. I. Dünya Savaşı'nın kaotik ortamıyla birlikte düşünce dünyası üzerindeki bu etki kaybolur ve "somut durum", "somut tehlike" olarak da ifade ettiği çatışma kavramından hareketle olguları ele almaya başlar. Devlet ve hukuk arasındaki ilişkiyi de bu çatışma hali üzerinden tanımlamaya başlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Funda Günsoy, "Hristiyan Epimetheus: Bir Carl Schmitt Biyografisi", *Felsefe Arkivi*, S: 46, 2017/1, s. 50-51, 56; Joseph W. Bendersky, *Theorist for the Reich*, New Jersey, Princeton University Press, 1983, s. 9, 16, 19.

5 Ertan Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı*, İstanbul, İletişim Yayınları, 2015, s. 28-30, 42; Ayşe Eylem Erkipçak, Hasanhan Taylan Erkipçak, "Carl Schmitt'in Sisteminde Anayasanın Koruyucusu: Schmitt Kelsen'e Karşı", *Pasajlar: Sosyal Bilimler Dergisi*, ISSN: 2267-4181, Y:1, S:1, Ocak 2019, s. 98. Schmitt'in parlamentarizme ilişkin eleştirileri için ayrıca bkz. *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 2. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi, 2010, s. 22-23, 25 vd.

6 Funda Günsoy Kaya, *Felsefe ile Teoloji Kavşağında Schmitt ve Strauss'ta Politik Olan*, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2010, s. 15-16. Schmitt'e 22 Nisan 1933'te Nasyonal Sosyalist hareketle iş birliği yapması için davet mektubu yollayan kişi

1936 yıllarıyla sınırlı olduğu düşünülecek olursa, Schmitt'in hayatının geri kalan dönemine ve diğer yapıtlarına gölge düşüren bu yafta ile yaşadığı belirtilebilir⁷. Schmitt'in Nazi iktidarına desteği, 1935 Eylülünde çıkarılan anti-semitik Nürnberg Yasaları'na Alman kanı ve onurunu esas alan bir ulusal hukuk, "özgürlüğün anayasası" diyecek boyuttaydı⁸. Ancak yıllar sonra, 1945'te, aktif destek verdiği yıllara karşın, "Nazi bakterisinden içtiğini ama etkilenmediği"ni bir savunma olarak dile getirmiştir⁹.

Schmitt hukukun hiçbir zaman salt hukukun konusu olarak ele alınamayacağını savunan, daha açık bir ifade ile hukukun kurulma sürecini hukuku aşan politik olayla birlikte ele alan bir hukukçudur¹⁰. Hukuk, hem hukuku aşan politik bir karar anını hem de normları içermektedir. Schmitt'e göre, hukukun sadece normatif boyutu ile kavranabilmesi mümkün değildir. Normativist pozitivizm olağan bir işleyişi ve pozitif hukuku esas alarak hukuki düzeni salt normatif bir biçimde ele almaktadır; ayrıca bu yaklaşımda egemenlik kavramı sorunu tartışılmamaktadır. Schmitt'e göre ise hukuki düzenin tesisinde "karar alma" önce gelmektedir. Schmitt'in 1920'lerdeki eserlerinin desizyonist (kararcı) olarak değerlendirilmesi bu tezi nedeniyledir¹¹. Bir sınır-kavram olarak egemenliği ele alan Schmitt, egemenliğin olağanüstü halle birlikte düşünülebileceğini ve bu olağanüstü halde karar almanın egemenin varoluşunun göstergesi olduğunu yazar¹². Olağandışı durumda var olabilen, olağandışı durumda karar verebilen ve olağan durumu sona erdirebilen "egemen"dir¹³. Modern anayasal gelişim devlet iktidarının sınırlandırılması ve bireylerin özgürlüklerinin korunmasını esas

ise Martin Heidegger'dir. Bkz. Bendersky, a.g.e., s. 203.

- 7 Schmitt'in 1934 tarihli bir makalesi, Hitler'in 1934 yılında "Uzun Bıçaklar Gecesi" üzerine yaptığı bir konuşmasından hareketle hazırlanmıştır. I. Dünya Savaşı'nın sonlarına doğru liberal bir hukuk anlayışıyla Alman Meclisi'nin Bağımsız Sosyalist Parti'nin örgütlenmesi ve faaliyetlerini engellemediğini, bu anlamıyla "devlet düşmanları"na gereken "cevabı" ve cezaı vermediğini yazmıştır. Nazilere verdiği aktif desteğin ürünü olan bu makalede Schmitt, "Führer'in en üst düzey yargıç olarak hukuku en kötü suistimallere karşı koruyacağını" belirtmiş, temel hak ve özgürlükler üzerine kurulu anayasaların adeta "Vatan Hainlerinin Magna Cartası" olarak nitelenebileceğini belirtmiştir. Bkz. Carl Schmitt, "Führer Hukuku Korur"[1934], *Deutsche Juristen Zeitung*, Çev. Toros Güneş Esgün, 27.02.2017, <https://viraverita.org/yazilar/fuhrer-hukuku-korur>, Çevrimiçi, 26.11.2019. 1934 tarihli "Devlet, Hareket ve Halk" adlı eseri de bu dönemin bir ürünüdür. Nazi iktidarının ateşli bir savunucusu olduğu dönemi yansıtan ve rejimin uygulamalarına hukuki bir meşruiyet sağlayan bu metinlerden birkaç yıl sonra, Schmitt 1937'de oportünist bir Katolik ve partinin ırkçı saf ideolojisi ile uyumsuzlukları olduğu gerekçesiyle partiyle ilişkili kritik konularından tasfiye edilir. Yalnızca savaş sonuna kadar Berlin Üniversitesi'ndeki derslerini devam ettirmesine izin verilir. Bkz. Günsoy Kaya, a.g.e., s. 17. 1934'ten sonra parti içinde Schmitt'e karşı yöneltilen eleştiriler için ayrıca bkz. Bendersky, a.g.e., s. 222-227.
- 8 Bu ifadelerin yer aldığı yazısı için bkz. Carl Schmitt, "The Constitution of Freedom" [*Die Verfassung der Freiheit, Deutsche Juristen-Zeitung* 40 (1935): 1133-35], *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Eds. Arthur J. Jacobson, Bernhard Schlink, The University of California Press, 2001, s. 323-325.
- 9 Bendersky, a.g.e., s. 228-229, 264.
- 10 Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı*, s. 24-25. Benzer tespiti anayasal süreçlerle "politik olan"ın zorunlu ilişkisi üzerinden vurgulayan yazar için bkz. Ulrich K. Preuss, "Siyasi Düzen ve Demokrasi: Carl Schmitt ve Etkisi", *Carl Schmitt'in Meydan Okuması*, Der. Chantal Mouffe, İstanbul, İletişim Yayınları, 2019, s. 223.
- 11 Schmitt'in Weimar dönemi ve sonrasındaki eserleri için üç teorik uğrağın öne çıktığı söylenebilir. Çalışmanın asıl konusundan uzaklaşmamak adına bunlara sadece değinmekle yetinilecektir. Bunlar desizyonizm (kararcılık), politik olan kavramı (siyasal kavramı) ve somut düzen düşüncesidir. Bkz. Ulaş Karadağ, "Schmitt'in Uğrakları Üzerine: 'Kararcılık'tan 'Somut-Düzen'e", *Hukuk Kuramı*, C:5, S:2, Mayıs - Ağustos 2018, s. 1-2. Somut düzen fikri, 1934'ten sonra Nazilere verdiği aktif desteğin etkisiyle birlikte daha çok anılan dönemidir. Bkz. Karadağ, a.g.e., s. 7; Toros Güneş Esgün, "Leviathan'ın Hayaletleri: Schmitt ve Neumann'da Hukuk ve Devlet", *DTCF Dergisi*, 58/1, 2018, s. 909.
- 12 Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat - Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm -*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 3. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi, 2010, s. 13, 17-18.
- 13 Kardeş, a.g.e., s. 103-105.

almaktadır ve Schmitt'in ifadesiyle egemeni "bertaraf etme" eğilimindedir. Oysa egemen anayasal düzenin askıya alınmasına karar verebilecek merciidir. Bu nedenle nihai karar mercii olarak devletin bir ayağı hukuki alanda, bir ayağı ise hukuki düzenin dışında yer almak zorundadır¹⁴. Schmitt, normativist pozitivizme karşı çıkarak karar almanın normdan önce geldiğini ve hukuk normlarının istisna olarak görülen politik kararları (hukuk-dışı alanı) sınırlandıramayacağını savunur.

Liberal anlayışın şekillendirdiği modern hukuk düşüncesinde hukukun politikadan ayrıştırılması ve politik belirlenimden bağımsız bir şekilde ele alınması genel kabul görmektedir. Bununla birlikte Schmitt hukuk ve siyaset arasındaki ilişkiye eğilerek hukuki düzenin nasıl oluştuğuna ilişkin tezler geliştirmiştir. Schmitt, karar almaya yaptığı vurgu ve politik olan kavramına yüklediği anlam ile hukuki kurumları ve anayasal süreçleri politik karakterleriyle birlikte ele almaktadır. Kendi ifadesiyle "(...) *siyasal varoluşu soyut düzenler ve norm dizileri yönetmez; siyasal varoluştaki insanları ve kurumları yöneten daima başka gerçek insanlar ve kurumlardır*" ve bu politik bakıştan hareketle, ahlakın, hukukun, ekonominin ve normların hakimiyeti de somut bir politik realizme dayanmaktadır¹⁵.

Schmitt'in realist politik çizgide değerlendirilmesinin sebebi, onun egemenlik kavramına ve anayasal sorunlara rasyonalist düşünceden veya idealist yaklaşımdan farklı olarak somut, varoluşsal açıdan yaklaşmasıdır. Realist politika düşüncesinde çatışma ve savaş, politikanın ve insanın eylem alanının temel bir özelliğidir¹⁶. Hobbes'un Leviathan'ından sıklıkla atıflar yapan Schmitt'in, Bonn yıllarından (1922-1928) itibaren güç, çatışma ve somut duruma vurgu yapan realist politik bir çizgiye yöneldiği belirtilmektedir¹⁷. Diğer taraftan bu politik realizmin muhafazakar nitelikte olduğu Schmitt'in özellikle Donoso Cortes, de Maistre ve de Bonald etkisinde kalmasından anlaşılabilir¹⁸.

Schmitt politik düşüncenin gerçeklikle ilişkisini, modern anlamda savaş fenomenini partizan teorisine bağlayarak ortaya koymaktadır. Bu realist çizgide politika kavramı tekil ve tekrarlanamaz olan "olay" a referansla belirlenmekte, politik deneyimler ile teori arasındaki dolayım sağlanmaktadır¹⁹. Görüleceği üzere tekil durumlara karşı alınan tutum, bu realist çizginin bir başka özelliğidir. Olaylar ve somut durumlar üzerine düşünür kendisine taraf belirlemektedir. Diğer taraftan politik ilişkilerin fikirlerle yönetilmesi ve düzenlenmesi düşüncesine, Kantçı gelenekte görülen "*idelerin şeyler alanını düzenlemesi*" fikrine politik realizmde karşı çıkmaktadır²⁰.

Schmitt politikanın "devlet" tanımı üzerinden anlaşılmasını eleştiren düşünürler arasında yer almış; devleti merkeze alan politika anlayışlarına karşı "politika" ve "politik olan" kavramları arasında ayrımlar geliştiren isimler arasında değerlendirilmiştir²¹. Schmitt 1927 tarihli "Siyasal Kavramı"

14 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 14-15.

15 Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı*, Çev. Ece Göztepe, İstanbul, Metis Yayınları, 2006, s. 93.

16 Kardeş, *a.g.e.*, s. 42.

17 Bendersky, *a.g.e.*, s. 86. Hobbes'un Leviathan'ından etkilenerek devlet üzerine eserler veren Schmitt'in, aynı etki ile bambaşka sonuçlara ulaşan Franz Neumann'in karşısında hukuk ve devleti nasıl ele aldığı için ayrıca bkz. Esgün, "Leviathan'ın Hayaletleri: Schmitt ve Neumann'da Hukuk ve Devlet", s. 906 vd.

18 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 42-55. Schmitt'in düşüncesini etkileyen kaynaklar için ayrıca bkz. Kardeş, *a.g.e.*, s. 281-293.

19 Kardeş, *a.g.e.*, s. 42.

20 Kardeş, *a.g.e.*, s. 43.

21 Ateş Uslu, *Siyasal Düşünceler Tarihine Giriş*, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2017, s. 18-19. Uslu, Schmitt'in

kitabında bu tezlerine yer vermiştir. Kitapta, devlet kavramını siyasal kavramıyla birlikte ele alan ve “Genel Devlet Kuramı” kitabıyla *politik olan/siyasal olan devlete ait olandır* savını savunan Georg Jellinek'e gizli bir gönderme yaptığı belirtilmektedir²². Schmitt için devletin doğası üzerinden politikayı tanımlama çabası yersizdir; zira “politik olan” kavramı “devlet” kavramından önce gelmektedir²³. Ona göre, politik olan eylem ve saikler dost ile düşman arasında yapılan ayrıma göre açıklanabilir ve politik olanı belirleyen şey, dost ile düşman arasındaki yoğunluk derecesidir. Dost-düşman ayrımı bir içerik sunmaz; düşman, varoluşsal anlamıyla başka bir varlık ve yabancısıdır; varoluşsal bir karşıtlık üzerinden tanımlanır ve dost-düşman ayrımı bir kategori olarak ayrışmanın en uç yoğunluk derecesidir²⁴. Schmitt bu ayrım ile siyasete ilişkin bir karşıtlık kategorisi yaratarak devletin hareket alanını belirlemeye çalışır. Ona göre bağımsız ve güçlü bir devlet, dost ve düşman ayrımını yapma kudretine sahip olan devlettir ve ancak bu devlet politikayı ve şiddet tekeli elinde tutabilir. Devletin varlığını sürdürebilmesi potansiyel tehlikelere karşı dost-düşman ayrımını yapabilecek kapasitede politik bir güç ve homojen bir birlik olmasına bağlıdır²⁵. Her politik birlik bir dışlamayı gerektirmektedir; bu tezler düşünürün 1929 tarihli Anayasa Öğretisi'nde halkın varoluşsal siyasal birliği olarak tanımlanan devlet kavramının anlaşılması açısından da elzemdir²⁶.

Politik realist bir düşünür olarak Schmitt'te, politik düzenin kurulumu mekanla da ilişkilidir. Bu bağlamda anayasal sorunları tartışırken Schmitt, Kelsen'in normativist yaklaşımından ayrılarak Almanya'nın somut koşulları ve tarihsel bağlamını da dikkate alarak düşünür. Mekanın düzeni, fikirlerin düzenini de öncelemektedir; bu anlamıyla liberal politik eleştirilerdeki mekandan kopukluk realist hatta görülmemektedir. Diğer taraftan şunu da eklemek yerinde olacaktır ki, politik bir teori kendisini insan ilişkilerinin iyi olmasına dayandıramaz. Bu düşünce geleneğinde karşılıklı ilişkiler, çatışma ve etkilenme belirleyicidir²⁷.

tezleri üzerine sol entelektüel cenahta yapılan ayrımları ise şu şekilde özetlemektedir: “Schmitt ve onu takip eden Chantal Mouffe gibi düşünürler, buradan yola çıkarak, devletle özdeşleştirilen “politika” ile daha kapsayıcı olan “politik”/“siyasal olan” kavramı üzerine bir ayrım yapmayı gerekli görürler. Jacques Ranciere ([1990] 2016: 71-72) ise politika ve politik olan arasındaki ayrımı daha farklı bir şekilde yapar. Ona göre polis eşitsizlikler içeren topluma ve bunun içinde ortaya çıkan kurumsal yapılara tekaül eder, politika “özgürleşim” (emansipasyon) ile, başka bir deyişle, kendi konumunu karşısındakiyle eşit hale getirme çabasına bağlı olan bir özgürleşme hali ile tanımlanır. Politik olan ise polis ve politika'nın, kurumsal/ eşitsizlikçi yapılar ile eşitlik çabasının karşılaşma alanıdır.” a.e.

22 Aykut Çelebi, “Sunuş”, Carl Schmitt, **Siyasal Kavramı**, Çev. Ece Göztepe, İstanbul, Metis Yayınları, 2006, s. 12-13.

23 Schmitt, **Siyasal Kavramı**, s. 39-40. Politik olanla devletin ayrılığına işaret etmekle birlikte Schmitt'in, devleti öne çıkaran bir hukukçu olduğu, temelde devletin neden toplumdan farklı ve onun üstünde bir yerde konumlanması gerektiğini Labandçı çizgiyi takip ederek tartıştığı da savunulmaktadır. Karşılaştırmak için bkz. Çelebi, “Sunuş”, s. 12-13. Schmitt'in Laband'ın öğrencisi olarak yürütme organının başının devletin birliğini temsil ettiği tezi bakımından ondan etkilendiğini ancak Laband'ın hukuk ve siyaset arasında yaptığı keskin ayrımı devam ettirmeyerek kendi hukuk düşüncesini oluşturduğu tespiti için ise bkz. Preuss, **a.g.e.**, s. 226.

24 Schmitt, **Siyasal Kavramı**, s. 47, 50.

25 Schmitt, **a.e.**, s. 65.

26 Ece Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'”, **İÜHFİM**, C: LXXIII, S: 1, 2015, s. 134, 136-137.

27 Kardeş, **a.g.e.**, s. 43; Preuss, **a.g.e.**, s. 227-228.

B. Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı

1881 doğumlu Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen ise, hukuk kuramının en önemli isimlerinden biri olarak anılmaktadır. 1911 yılında Viyana Üniversitesi'nde akademik hayatına başlayan Kelsen, 1919 yılında profesör unvanını almış ve I. Dünya Savaşı'nın sona ermesinden sonra kurulan Avusturya Cumhuriyeti'nin anayasa hazırlık çalışmalarında görev almıştır. Ayrıca Kelsen, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin kurucularından olup, mahkemenin bugünkü haline gelmesinde önemli katkılara sahiptir. 1920'de tüm partilerin temsil edildiği bir ulusal danışma kurulu (*Nationalrat*) tarafından Kelsen Anayasa Mahkemesi'ne üye olarak seçilmiş, 1921'de "hayat boyu görev kaydı"yla atanmış, ancak görevini siyasal baskılar nedeniyle 1930 yılına kadar sürdürebilmiştir²⁸. Kelsen'in birçok açıdan Jellinek'in izinden gittiği ve Anayasa Mahkemesi konusunda da ondan etkilendiği belirtilmelidir²⁹.

Yahudi bir aileden gelen ve sosyal demokrat olarak nitelenen düşünür, yükselen aşırı sağ siyaset nedeniyle önce Avusturya'dan Almanya'ya göç etmiş, daha sonra ise 1933'te Nazilerin iktidara gelmesiyle birlikte Almanya'dan ayrılmıştır³⁰.

Hayatı ve politik içerikteki yazıları düşünüldüğünde Kelsen'de özgürlük, kurucu öneme sahiptir³¹. Demokrasinin doğası ve değeri üzerine kaleme aldığı 1920 tarihli eserinde belirttiği üzere, ona göre demokratik düşünce mutlak gerçek ve değerlere yaslanmayan, farklı doğruların da toplumsal yaşamda geçerli olabileceğini esas alan bir değer rölativizmi içermektedir. Bu anlayışa göre, mutlakçı ve otokratik eğilimlere karşı parlamenter demokrasi siyasal partilerin çatışan menfaatlerini ve farklı görüşlerini uzlaştırdıkları bir sistemdir ve çoğunluk hakimiyetine dayalı olmakla birlikte azınlıkların varlığını da teminat altına almaktadır³². Politik anlamda çoğulculuk, buna bağlı olarak da parlamenter demokrasi zorunlu kabul edilmektedir³³.

Kelsen, felsefi temelde ise neo-Kantçı bir ekolü temsil etmektedir. "Reine Rechtslehre" adını taşıyan ve Türkçeye "Saf Hukuk Kuramı" olarak çevrilen kitabının, Kant'ın Saf Aklın Eleştirisi'nde yaptığının hukuk alanındaki karşılığı olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir³⁴. Kitabın 1934

28 Hristiyan Sosyal Parti tarafından bir "anayasal reform" yapılması ve bunun bir devamı olarak 1930'larda Kelsen'in mahkemeden azli için baskı yapıldığı yazılmaktadır. Ayrıca Roman Katolik Avusturyadaki hakim geleneğe karşı Kelsen'in sosyal demokrat tavrı ve başı çektiği bazı mahkeme kararlarının rahatsızlık yarattığı belirtilmektedir. Bkz. Hans Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, Kasım 2016, s. 218; Birden Güngören Bulgan, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 193-194; Lars Vinx, "Introduction", **The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Ed. and Transl. Lars Vinx, Cambridge University Press, 2015, s. 7.

29 Georg Jellinek'in 1885 tarihinde "Avusturya için Bir Anayasa Mahkemesi" başlıklı bir yazı kaleme aldığı, bu yazıda Avusturyadaki İmparatorluk Mahkemesi'nin anayasa mahkemesi gibi yetkilere sahip olmasını savunduğu, anayasa mahkemesi gibi işleyen bir mahkeme olmaksızın anayasal düzenin bir hukuk devleti sayılmayacağını savunduğu görülmektedir. Öncü bu çalışmaya ilişkin bilgiler için bkz. Güngören Bulgan, **a.g.e.**, s. 195-196, 201.

30 Engin Arıkan, "Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Ötesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XVII, S:2, 2020, s. 419.

31 Hans Kelsen, **Demokrasi: Doğası & Değeri**, Çev. Yasin Uysal, Ankara, Dost Kitabevi, 2019, s. 12 vd.

32 Kelsen, **Demokrasi: Doğası & Değeri**, s. 26, 28-30, 58. Ayrıca bkz. Arıkan, **a.g.e.**, s. 432-433.

33 Kardeş, **a.g.e.**, s. 241.

34 Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson, "Sunuş – Kelsen'in Hukukbilimdeki Yeri Üzerine", Hans Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, Kasım 2016, s. 178-179. Düşünürün görüşlerinin Spinoza'dan

tarihli ilk baskısı, özellikle Kelsen'in daha sonra yaptığı değişiklikler göz önüne alındığında yazarın normativist teorisinin en "saf" versiyonu sayılmaktadır³⁵. Düşünürün demokrasi üzerine yazıları ve değer rölativizmine ilişkin görüşleri ile saf hukuk kuramı arasında bir paralellik olduğu, değer yargılarından arınmış bir hukuk kuramı oluşturmayı hedeflediği belirtilmektedir³⁶.

Daha önceki eserlerinde temellerini atmakla birlikte, en önemli yapıtı olarak görülen "Saf Hukuk Kuramı"nda Kelsen hukukun kapsamını ahlak, sosyoloji, politik unsurlar ve doğa bilimlerinden arınmış olarak belirlemeye çalışmaktadır. Düşünür, hukuku tüm politik ideolojilerden ve politikadan uzak tutarak ele almaya ve "etik-politik değer yargılarından tümüyle arınmış" bir hukuk analizi yapmaya yönelir³⁷. Hukuka odaklanmış bilişi amaçlayan, saf bir kuram karakterize edilmektedir. Bu noktada Kelsen hukukun ne olması gerektiğiyle veya hukuk politikasının sorunlarıyla ilgilenmemektedir. Onun kuramında hukuk, vazedilmiş yani yapılmıştır; yasa (*Gesetz*) ise "setzen" fiilinden türetilmiş bir nominatiftir. Bu anlamıyla hukuk doğal hukukçu anlayışta görüldüğü gibi mutlak bir değer sunmamaktadır, hukukun rölatif bir değeri vardır³⁸.

Kelsen, "Sein-Sollen" (*olan-olması gereken*) arasındaki karşıtlığı neo-Kantçı bir anlayışla yorumlamakta³⁹ ve yazarın saf hukuk kuramı çerçevesinde hukuku tanımlama çabası iki aşamadan oluşmaktadır: Kitabın ilk bölümünde "Hukuk ve Doğa" başlığına yer vererek hukuk ile doğa arasındaki ilişkiyi ele almakta, hukukun doğal olandan olduğu kadar diğer ideal fenomenlerden de ayrıldığını ileri sürmektedir⁴⁰. Kelsen, bu girişle, kendisinden önceki hukuki pozitivist kuramla arasına mesafe koymakta ve "norm" temelli sisteminin ilk tuğlasını atmaktadır. Doğa bilimlerinin konusu olgular ve "olan"lar iken, hukukun konusu insanların davranışlarını düzenleyen cebri bir sosyal sistemdir; bu sistem ise "normlar"dan ve "olması gerekenler"den oluşur⁴¹. Hukuki bilişin konusu *olması gerekenler*dir ve olması gerekenleri tayin eden normlardır⁴². İkinci olarak ise, "Hukuk ve Ahlak" başlığına yer vermekte, hukuk ve ahlak arasındaki birlikteliği savunan doğal hukuk anlayışını eleştirmektedir⁴³. Hukukun ahlakın bir parçası olduğu ve her normun birer hukuk kuralı olarak bir anlamda ve belirli bir dereceye kadar ahlaki (*adil*) olduğu anlayışı Kelsen'de reddedilmektedir. Onun saf hukuk kuramı, her şeyden önce hukuki pozitivistin kuramıdır; olması gereken (sollen) ahlaki bir ilkeye veya yasaya

hareketle değerlendirilebileceğine ilişkin görüş için ayrıca bkz. Cemal Bali Akal, "İrade Norm Yarattır mı?", **Hukuk Nedir?**, Ankara, Dost Yayınları, 2017, s. 141-142.

35 Kitabın İngilizce çevirisini yapan Paulson'ın aktardığı bilgilere göre, Kelsen'in neo-Kantçı düşünceleri özellikle bu kitabın ilk baskısının çıktığı 1934 yılında görülmekteyken; 1934 sonrasında Kelsen ampirist kavramları kullanmaya başlar. 1960'tan sonra, Saf Hukuk Kuramı'nın omurgasını oluşturan bölümlerden vazgeçerek hukuktaki "irade" kuramının unsurlarına yönelmiştir. Bkz. "(İngilizceye) Çevirenlerin Önsözü", **Saf Hukuk Kuramı**, s. xi.

36 Arıkan, **a.g.e.**, s. 433; Akal, **a.g.e.**, s. 137-138.

37 Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, s. 1-2, 18-19, 65.

38 Bu tespit için bkz. Kardeş, **a.g.e.**, s. 228.

39 Paulson & Paulson, "Sunuş", s. 181-182; Kardeş, **a.g.e.**, s. 230-231.

40 Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, s. 1-7.

41 Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, s. 123.

42 Kardeş, **a.e.**, s. 227.

43 Kelsen, **a.e.**, s. 13-19.

değil, normların normatif düzende öngörüldüğü şekliyle, normlar hiyerarşisindeki usul ve zincire uygun şekilde olmasına dayanmaktadır⁴⁴.

Kelsen statik norm sistemine tabii olan ahlak normlarından farklı olarak, hukuk normlarının dinamik norm sistemine dayandığını ve sadece belli bir usule-kurala uygun olarak çıkarıldığı için geçerli olduğunu belirtir. Statik karakterdeki ahlak normlarında temel norm alt normların içeriğini belirlemekten, hukuk normlarında temel normun (*Grundnorm*'un) tamamen biçimsel ve dinamik karakteri gereği alt normların içeriğini belirlemesi söz konusu değildir. Tüm alt normlar, toplumsal olgulardan hareketle belirlenmeyen, insan eylemiyle yaratılmayan bir temel norma (varsayılan bir başlangıç noktasına) geçerliliklerini borçludur ve bu temel norm tüm hukuk sisteminin birliğini sağlamaktadır. Ancak "Grundnorm"un ilahi bir irade, doğa veya salt akıl yoluyla elde edilen bir içeriği bulunmamaktadır⁴⁵.

Son olarak, saf hukuk kuramının belkemiği, hukuk sisteminin dışında kendini konumlandırmayan, hukuk sistemiyle özdeş bir devlet kabulüdür⁴⁶. Kelsen'de hukuk ve devlet bir arada ele alınır ve ortak bir kapsamdadır. Ona göre geleneksel hukuk ve siyaset teorisi işlevsel açıdan hukuk ile devlet arasında düalist bir ayrım olduğunu savunmaktadır; zira geleneksel kuramda da görüldüğü üzere, devlet hukuktan farklı bir kişilik olarak ele alındığında hukuk kendini yaratan ve hukuka tabi olan devleti meşrulaştırıcı bir işleve sahip olmaktadır⁴⁷. Oysa "bilişin nesnel birliği" sağlandıktan sonra bu düalizm dağılmaktadır; "haklı-adil hukuk kuralları" değil, pozitif hukuk, devleti meşrulaştırmamaktadır. Zira her devlet ("*Staat*") bir hukuk devletidir ("*Rechtsstaat*")⁴⁸. Burada kullandığı "Rechtsstaat" kavramı ile belirli bir içeriğe referansla, başka bir deyişle bireysel hak ve özgürlükler, organların işleyişine ilişkin hukukilik ilkesi ve demokratik katılım süreçlerine ilişkin belli kurumları içeren bir hukuk sistemine sahipliği değil, Kelsen mantıksal açıdan kendi içinde tutarlı bir hukuk sistemine sahip olmayı kastetmektedir. Hukuk sistemine sahip olmayan bir devlet olamaz. Bu kavrayışla, hukuk tıpkı devlet gibi insan davranışlarını cebri bir sistemle tanımlayan bir sistemdir; bu sistem ahlaki olarak herhangi bir şey önermez veya içermez⁴⁹. "Egemenlik" hukuki-yasal düzenle dağıtılmıştır ve diğer her sorunun cevabı bu öncülü takip etmektedir. Nihayetinde normatif biliş açısından hukuk normlarının hiyerarşik bir düzen içinde yer alması ve bir normun diğer üst normdan türemesi ile hukukun geçerliliğinin sağlanması yeterlidir. Bu noktadan hareketle Kelsen aynı hukuk sistemi içerisindeki normların çelişmesi halini; norma aykırı norm, anayasaya aykırı yasa veya yasaya aykırı yönetmelik açısından mantıksal çelişkinin var olup olmadığını tartışmaktadır⁵⁰.

44 Kelsen, *a.e.*, s. 14-15, 40-41. Ayrıca bkz. Joseph Raz "Kelsen'in Temel Norm Kuramı", Çev. Şule Şahin Ceylan, *AÜHFD*, S:62/4, 2013, s. 1172-1173.

45 Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 67-70.

46 Josef Isensee, "Anayasanın Devleti (Anayasal Devlet)", *Anayasa Teorisi*, Lale Yayıncılık, 2014, s. 231.

47 Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 122-123.

48 Kelsen, *a.e.*, s. 132.

49 Kelsen, *a.e.*, s. 133.

50 Kelsen, *a.e.*, s. 88-93.

C. Her İki Kuramın Karşılaştırılması

Schmitt ve Kelsen'in Weimar dönemi Almanya'sına (1919-1933) ilişkin hoşnutsuzlukları vardı ancak gerekçeleri farklılaşmaktaydı. Schmitt açısından Weimar Anayasası'nın liberal yapısı ve parlamentoda yer alan güç odaklarının çıkar çatışmaları sorun teşkil etmektedir. Depolitizasyon süreçlerinin yerini politik karar alma mekanizmalarının alması gerektiğini düşünmektedir. Kelsen açısından ise anayasal düzenin politik unsurları rahatsızlık kaynağıydı. Hukuk dışı unsurlar sorun yarattığından her şeyden önce normla açıklanabilir bir hukuk kuramı inşa etmek gerekliliğine işaret etmektedir⁵¹.

Schmitt'in Kelsen'in normativizmine eleştirileri, ilk olarak Siyasi İlahiyat kitabındaki görüşleri ile ortaya çıkmıştır⁵². Schmitt'e göre Kelsen "egemenlik mit"ini eleştirmek isterken norm temelli bir metafizik yaratmıştır. Siyasi İlahiyat'ta Schmitt Kelsen'in egemenlik meselesine yaklaşımını şu şekilde açıklamaktadır:

*"(...), devlet, hukuki düzenin ne yaratıcısı ne de kaynağıdır; tüm bu tasarımlar, Kelsen'e göre, üniform ve [devletle] özdeş hukuki düzenin farklı öznelde canlandırılması, hipostazasyonu ve çoğaltılmasıdır. Devlet, yani hukuki düzen, nihai bir atf noktasına ve nihai bir temel norma atf yapan bir atf sistemidir. Devlet içinde geçerli olan hiyerarşik düzen, yetkilerin ve hakların merkezi bir noktadan en alt basamaklara doğru yayılması üzerine kuruludur. En üstün güç, bir kişide veya sosyo-psikolojik bir güç kompleksinde değil, aksine, yalnızca norm sistemi birliğinde içkin olan egemen düzenin kendisindedir."*⁵³

Yukarıda alıntılıdığımız pasajdan görüleceği üzere, Kelsen'in teorisindeki *monizm* Schmitt'in eleştirilerinin hedefi olmaktadır. Sosyolojik metot ve hukuk metotlarının düalizmi yerine, Kelsen'de monist bir metafizik söz konusudur. Böylece Schmitt'e göre, hukuk düzeni ve aynı zamanda devlet, hukukleştirilerek sosyolojik olan her şeyden arındırılır⁵⁴. Kelsen'in sisteminde normlar hiyerarşisinin en üstünde *Grundnorm* (temel norm) yer almaktadır; alt normların geçerliliği bir üst norma bağlıdır. Normun normla türetilmesi yeterlidir. Buradan bir adım ileriye gittiğimizde ise, bütün bu sistem içerisinde devlet, hukuki açıdan müşterek *Grundnorm* olan anayasa ile özdeşir⁵⁵. Devletin hukuki düzenin üstünde veya onun dışında bir varlığı yoktur; Kelsen'in hukuk ve devlet arasında kurduğu özdeşlik bu sistemin işleyişindeki ön kabuldür. Politik düzenin meşruiyetine ilişkin tartışma bu açıdan Kelsen'de hukuki bir çerçevede kalınarak çözümlenmeye çalışılır⁵⁶.

Kelsen, politik meselelere uzak bir düşünür olmamakla birlikte, saf hukuk kuramını oluştururken kitabının hem 1934 tarihli önsözünde hem de ilk satırlarında politikanın bilinçli bir şekilde hukuktan

51 Kardeş, a.e., s. 231-232.

52 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 23-26.

53 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 26.

54 a.e.

55 a.e.

56 Günsoy Kaya, a.g.e., s. 128. Bu konuda Akal, Kelsen'deki devlet-hukuk özdeşliği düşüncesinin iradeci pozitivistler tarafından ileri sürüldüğünü ve yanlış anlaşıldığını belirtmektedir. Akal, Grundnorm'un "*Hukukun saf hukuk kuramını da içeren, saf olmayan hukukilik*" olduğunu ve piramidin dışında kaldığını yazmaktadır. Eleştiriler için bkz. Akal, a.g.e., s. 136-137.

dışlandığını, “*hukuk biliminin politikadan ayrılması*”nın gerekliliğini yazmaktadır⁵⁷. Kelsen bu bilinçli tercihi ile iki şeyi amaçlamaktadır: Birincisi, hukuk ve devleti bir bütün olarak ele almak, ikincisi ise hukukleştirilmiş devletle (sınırlandırılmış bir otoriteyle) demokrasiyi gerçekleştirmek⁵⁸.

Schmitt ise, politikadan yalıtılmış bir hukuk düşüncesine karşı çıkmaktadır. Schmitt, hukukun ve devletin farklı olgular olduğunu ortaya koymakta; Kelsen’in özdeşliğinin egemenlik ve dolayısıyla “asli kuruculuk” kavramlarını açıklayamadığını ileri sürmektedir. Kelsen’in şemasında devlet norm üreten bir hukuk uygulayıcısı iken, üretilen normun kapsamı da daralmaktadır⁵⁹. Schmitt açısından önemli olan “Sollen”den (olması gereken) “Sein”a (olana) geçişin nasıl sağlandığı sorusuna verilecek yanıtır. Kelsen’in teorisinde normun yürürlükte olduğu olağan bir hukuk düzeninin varlığı esas alınmaktadır. Normun verili düzende nasıl tesis edildiği veya içeriğinin nasıl şekillendirildiği açıklanmamaktadır⁶⁰. Oysa Schmitt’e göre, hukuku ortaya çıkaran irade başlangıçtaki bir “politik karar”a dayanmaktadır. Düşünür, Kelsen’deki norm ve Grundnorm’un karşısına *karar almanın somut, maddi ve varoluşsal karakterini* çıkarmaktadır. Bu anlamıyla Kelsen’deki soyut evrenselliğin yerine Schmitt’te somut koşullara bağlı varoluşsallığa, tekilliğe yapılan bir vurgu vardır. Saf hukuk teorisi açısından “arızı” olarak görülen tüm öğeler aslında Schmitt’e göre hukukun kurucu ilkeleridir⁶¹.

Aşağıda yer alan karşılaştırma tablosu, her iki düşünür-hukukçu arasındaki kuramsal farkları kanaatimizce isabetli bir şekilde göstermektedir⁶²:

KELSEN	SCHMITT
<ul style="list-style-type: none"> • Bilimsel çerçeve • Normal durum • Biçimsellik (Schmittyen anlamda) • Yasallıktan kaynaklanan meşruiyet • Normlar • Yasallık • Soyut evrensellik • Kesinlik • İyimserlik 	<ul style="list-style-type: none"> • Politik bağlam • Olağandışı durum • Maddilik • Yasallıktan bağımsız bir meşruiyet alanı • Kararlar • Supra-legalite • Somut varoluşsallık • Risk • Kötümserlik

Tablo için bkz. Kardeş, Schmitt’le Birlikte Schmitt’e Karşı, s. 239.

Tablodaki özellikleri kısaca sıralamak gerekirse, Kelsen’de hukuk normunun içeriği açısından adalet düşüncesiyle kurulan bağ koparılmış ve doğal hukuktan bir kopuş yaşanmıştır. Aynı şekilde Kelsen

57 Kelsen, “Yazarın Önsözü”, *Saf Hukuk Kuramı*, s. xxi.

58 Kardeş, *a.g.e.*, s. 227. Akal ise Kelsen’in hukuk biliminin konusunu sınırlarken hayatı yok saymadığını, hayatı yok sayan despotik kuramları eleştirdiğini; bunu da rölativizme işaret eden ve amaçsallık karşıtı yöntemiyle yaptığını yazmaktadır. Bkz. Akal, *a.g.e.*, s. 138-139.

59 Kardeş, *a.g.e.*, s. 240. Ayrıca bkz. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 132-133.

60 Raz, *a.g.e.*, s. 1074.

61 Kardeş, *a.g.e.*, s. 240.

62 Kardeş, *a.g.e.*, s. 239.

hukuku doğal bir fenomenden ziyade “norm”lardan oluşan hiyerarşik bir geçerlilik sistemiyle tanımlamaktadır. Saf hukuk kuramı, bu anlamda hukuku “bilimsel bir çerçevede” ele alır; kuramın saflığı hukuki bilişin dışında kalan tüm unsurların saf dışı bırakılmasıyla sağlanır⁶³. Schmitt'te ise politik bir bağlam söz konusudur. Hukuk, hukuk biliminin saflaştırılmasıyla kavranamaz; hukuk politik kararlar ve – yazarın daha sonraki metinlerinde görüleceği üzere – hukuku bir dolayım olarak oluşturan “somut düzen” fikriyle birlikte alınabilir. Diğer taraftan Kelsen'in saf hukuk kuramı, olağan ve işleyen bir hukuk düzeni fikrini esas almaktadır. Schmitt'te ise, hukuk düzeni istisna ile birlikte kavranabilir; rasyonel bir hukuk sistemi oluşturmak için olağanüstü durumun dışlanması tümelin yüzeysel bir şekilde düşünülmesine yol açar. Oysa istisna “*tümeli yoğun bir tutkuyla düşünür*”⁶⁴. Yazdığı metinlerde hukukun (ve anayasal düzenin) nasıl oluştuğu sorusu hukuku oluşturan bir zamansal-mekansal aralıktan bahsedilerek, hukuki düzeni inşa eden güçlerin politik karakteri üzerinden cevaplanmaktadır⁶⁵. Schmitt'in teorisinde normatifliğe yer olmadığı söylenemez, bununla birlikte normatifliği kuran bir ön-alan vardır. Hiçbir norm, kaos halinde uygulanamayacağından hukuk normlarının işlerliği için öncelikle bir düzenin oluşturulması, daha açık bir ifade ile devletin birlik ve düzeninin sağlanması gerekmektedir. Hukukun inşasının politik bir karar anına dayandığını özetlemesi bakımından, kanaatimizce bu noktada kendisinin “*egemen, olağanüstü hale karar verendir*” formülasyonu hatırlanmalıdır⁶⁶.

Schmitt, Siyasal Kavram'ında yazdığı üzere, Machiavelli, Hobbes ve Fichte'nin siyaset felsefelerinde ortak bir yan görür; ona göre üç düşünür de “güvenliğe muhtaç insanlara” genellikle korku salan/kötümser gelen ve olası bir düşmanın somut varlığını göz önünde bulunduran bir realizme sahiptir. Hobbes'un düşünce geleneğini bu açıdan sahiplenen Schmitt insan doğasının karşıtlıklar üzerine kurulu ve çatışmacı dünyasını tasvir etmesi sebebiyle kötümser olarak nitelenirken; Kelsen, kişisel hayatındaki durumun aksine, teorisinde saf rasyonalizmin savunusunu yapmasıyla ve politik düzene ilişkin dinamikleri teoriden dışlayanlarıyla iyimser kalmaktadır⁶⁷.

Schmitt'in realizminde otorite figürünün (politik karar merciinin) hukuk normlarını vazetmesi açısından kurucu niteliği esas alınırken; Kelsen'in saf kuramında formel bir hukuk sistemi ve tüm normların üstünde bir Grundnorm yer almaktadır⁶⁸. Kardeş'in belirttiği şekliyle Schmitt, karar almayla birlikte tarihsel-toplumsal politik süreçlerin hepsinin plastik özelliğine bir gönderme yaparken, Kelsen bu süreçlerin üstünde/dışında bir Grundnorm tanımlamaktadır⁶⁹.

63 Kelsen'in kişisel görüşleri veya hayata bakışından ziyade oluşturmaya çalıştığı bu saf kuram, hukuk biliminin bakışı ve mesleğe ilişkin profesyonel bir benimseme olarak da açıklanmaktadır. Raz, *a.g.e.*, s. 1170, 1172-1173, 1191.

64 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 22.

65 Preuss, “Siyasi Düzen ve Demokrasi: Carl Schmitt ve Etkisi”, s. 224.

66 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 13.

67 Preuss'a göre Schmitt, insan doğasını doğuştan iyi veya kötü olarak görmemekle birlikte, politik realizminde insanı dinamik ve çatışmacı bir varlık olarak ele aldığından kötümser bir düşünür olarak anılmaktadır. Bkz. Preuss, *a.g.e.*, s. 228. Schmitt'in Hobbes ve Machiavelli'nin yanı sıra kendi teorisinin neden *kötümser* olarak addedildiğine ilişkin açıklamaları için bkz. Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 85-86.

68 Kardeş, *a.g.e.*, s. 240; Isensee, *a.g.e.*, s. 232-233.

69 Kardeş, *a.g.e.*, s. 226, 241.

Kelsen'in kuramı, anayasanın temel bir üst norm olarak tanınması, alt-üst norm ilişkisinin ortaya konması ve özellikle anayasaya aykırı normlar açısından iptal edilebilirlik bahsini hukuk düşüncesine kazandırmasıyla önemli bir yer teşkil etmektedir. Diğer taraftan günümüz dünyasında hukuk düzenleri açısından yoğun bir şekilde yaşanan kriz hali, politik belirsizlikler ve güvenlik ihtiyacı nedeniyle değişen hukuki yaklaşım ve daralan özgürlükler çemberi "istisna hali" kuramının detaylı bir analizini yapan Schmitt'i tekrar ele almayı gerektirmektedir. Ayrıca Schmitt'in genelgeçer demokrasi tanımlarına getirdiği eleştirilerin önemine de işaret edilmelidir. Kanaatimizce, temkinli bir Schmitt okuması, yazarın Nazilerin iktidarda olduğu dönemde *Kronjurist* ünvanı ile aldığı görevleri ve savunduğu fikirleri göz ardı etmemekte; ancak diğer taraftan kendisinin pozitivist kurama ve liberal hukuk geleneğine yönelttiği esaslı eleştirileri tartışmayı da zorunlu kılmaktadır.

2. ANAYASANIN ANLAMI VE GÜVENCE ALTINA ALINMASINA İLİŞKİN POLEMİK

A. Schmitt'in Anayasa Öğretisi

Schmitt, Siyasi İlahiyat ve Anayasa Öğretisi'nde ortaya koyduğu üzere, verili normların oluşumunu ve hukukun olağanüstü dönemlerdeki uygulamasını ifşa etmeye çalışmaktadır. Anayasanın varlığı ve korunması meselesi, her iki düşünürün karşıt kuramsal çerçevelerinin bir sonucu olarak farklı görüşleri savunmalarına sebep olmuştur. Liberal hukuk devletinin bütün devlet sistemini hukukileştirilmiş bir prosedür olarak kavraması Schmitt'in politik realist teorisiyle çatışan noktadır⁷⁰. Olağan hukuk düzeni ve olağan işleyişi esas alan Kelsen'in anayasanın korunmasına ilişkin görüşlerini Schmitt yetersiz bulmaktadır. Bu noktada onun demokrasi kavrayışı da savunulamaz durumdadır; Schmitt için anayasal düzen ve demokrasi kavrayışı politik olanla ilişkilidir⁷¹.

Schmitt'in 1929 tarihli Anayasa Öğretisi kitabı, anayasalara ilişkin özgün bir sistem kurma denemesidir⁷². Bu kitapta Schmitt, anayasanın varoluşsal zeminine dayalı maddi tanımı ile normatif tanımını ayırarak kavramları ele alır. Bu ayırım *mutlak anayasa* ve *görelî anayasa* kavramları üzerinden açıklanmaktadır. Loughlin'e göre, Schmitt'in anayasa kavramı üzerine bu analizi, kamu hukukunun temellerini kavrayabilmek açısından önemli iki anayasa kavramını yani "*devletin anayasası*" ve "*hükümet makamının anayasası*" kavramları arasındaki farkı anlamaya yardımcı olmaktadır⁷³. Bu ayırımın genellikle "*anayasa*" ile "*anayasa metni*" olarak Türkçede kullanıldığını da belirtmek gerekir⁷⁴.

70 Göztepe, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'", s. 148.

71 Kardeş, a.g.e., s. 241; Preuss, a.g.e., s. 227. Schmitt'in demokrasi kavrayışı için Kelsen'e yönelttiği eleştiriler için ayrıca bkz. Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 46.

72 Isensee, "Anayasanın Devleti (Anayasal Devlet)", s. 225.

73 Martin Loughlin, *Kamu Hukukunun Temelleri*, Çev. Dilşad Çiğdem Sever – Kıvılcım Turanlı, Ankara, Dipnot Yayınları, s. 182.

74 Isensee, a.g.e., s. 225; Göztepe, a.g.e., s. 139-140; Preuss, a.g.e., s. 224 vd.

Görelî anayasa kavramı, anayasaların tarihsel gelişim süreci içerisinde yazılı hale gelmesi ve yazılı anayasaların “anayasa” olarak nitelenmesiyle ortaya çıkan modern eğilime işaret etmektedir. Anayasa biçimsel yönüyle yazılı bir metin olarak ele alınmaktadır. Bu eğilimin bir sonucu olarak, anayasa kavramı Schmitt’in deyişle “görelileşme”ye başlamış ve zaman içerisinde bireysel temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir hükümler bütünü olarak algılanmıştır⁷⁵. Bireysel anayasa hukuku olarak da tanımlanabilecek bu hükümler, Schmitt’e göre, “*ipso facto*” ydu; yani sadece anayasa metninde yer verildiği, yazılı olduğu için anayasal hüküm olarak görülmekteydi. Oysa bu tarz hükümler bir devletin anayasası için asli niteliğe sahip değildir; yalnızca “statüter” anlam taşırlar⁷⁶. Başka bir deyişle, anayasaya dahil edildiği için anayasal hüküm niteliği kazanmışlardır. Bir toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyebilmek için bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi, devlet memuriyetine ilişkin haklar veya üniversitelere ilişkin düzenlemeler bu tarz “yasalar”dan sayılabilir⁷⁷. Anayasaya normativist anlamda bakmakla yasaların içeriği ve düzenlediği alanlar gözetilmeksizin bu hükümler anayasal hüküm olarak “asli” nitelikte kabul edilebilir. Ancak bu şekli anayasa kavramı, anayasayı yazılı yasalar dizisine indirgemektedir⁷⁸.

Schmitt’e göre, yaygın kullanımının aksine, mutlak anayasa kavramı “devletin anayasası” olarak adlandırılabilir ve halkın siyasi birliğine göndermede bulunan metindir⁷⁹. Sadece şekli bakımından değil maddi bir içerikle de tanımlanan, yani esasa ilişkin koşulu da olan bir kavramdır. Bu noktada Schmitt, varoluşsal anlamıyla anayasanın devletle ilişkisini kurar; tam bir siyasi birlik ve düzen koşulunu esas alır. Buna karşın ideal anlamda anayasa ise, “kapalı bir normlar sistemi”dir; maddi-somut bir birliği değil, ideal-düşünsel bir birliği ifade eder. Anayasanın normatif boyutu ile maddi-varoluşsal boyutu birlikte ele alındığı takdirde Schmitt’e göre gerçek bir anayasal düzen ve hukuki işlerlikten bahsedilebilecektir⁸⁰.

Yukarıdaki ayrımı biraz daha açmak gerekirse; mutlak anayasa, temel yasal düzenleme olarak veya başka bir ifade ile daha yüksek ve asli(*ultimate*) normların birleşik ve kapalı sistemi olarak tarif edilebilmektedir⁸¹. Bu yaklaşım, metinde açıkça anılmasa da Kelsen’in anayasayı ele alış biçimidir. Anayasa, bu ideal anlamıyla devletin işleyişine normatif bir çerçeve çizer ancak Schmitt’e göre, anayasayı bu şekilde tanımlamak devleti sadece şekli bir hukuk düzenine dönüştürmektedir. Schmitt, klasik anayasacılık öğretisine karşı çıkarak devleti hukuk düzeniyle eşitleyen ve modern devleti aklın ve adaletin egemenliği gibi soyutlamalarla tarif eden yaklaşımı sorunlu bulmaktadır; burjuva *Rechtsstaat* kavramının savunucularının belirttiği gibi, anayasanın kapalı ve saf bir normlar sistemi olarak devleti tanımlaması söz konusu değildir⁸². Bir anayasa, anayasa yapma kapasitesinden (güç veya otoritesinden) türediğinde ve bu anayasa yapıcı gücün iradesi tarafından kurulduğunda

75 Loughlin, a.g.e., s. 182.

76 Carl Schmitt, *Constitutional Theory* [1928], Çev. Jeffret Seitzer, Durham, Duke University Press, 2008, s. 67, 69.

77 Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 67.

78 Loughlin, a.g.e., s. 182; Emre Zeybekoğlu, “Carl Schmitt’in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı”, *İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul, 2009, s. 145.

79 Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 59. Bu kavrama ilişkin ayrıca bkz. Zeybekoğlu, a.g.e., s. 140-141, 145.

80 Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 59.

81 Schmitt, a.e., s. 62.

82 Loughlin, a.g.e., s. 183; Zeybekoğlu, a.g.e., s. 146.

geçerlidir. Bu irade ise emrin kaynağı olarak var olan bir güce/otoriteye aittir. Normların tersine, bu irade varoluşsal bir oluşumdur, onun gücü varlığında yer almaktadır. Normlar kendi kendisine kurulmadığından, anayasayı saf normatif boyutuyla incelemek de sorunlu bir bakış açısıdır⁸³.

Schmitt'in Kant'ın izinden giden ve devletin kuruluşunu rasyonel olarak temellendiren liberal düşünürlerden ayrıldığı, akla(ratio) karşılık iradeye(voluntas) dayalı bir siyaset felsefesi geleneğini izlediği görülmektedir⁸⁴. Anayasanın varoluşsal temeli ve onu önceleyen siyasi irade, Hobbes'un "*Auctoritas non veritas facit legem*" (Yasayı yapan hakikat değil otoritedir) sözünü akla getirmekte ve kanımızca Siyasi İlahiyat'ta vurguladığı desizyonist tavrını⁸⁵ anayasa teorisine de taşımaktadır.

Schmitt'e göre, anayasa yapıcı güçlerin aldığı temel politik kararlar normların inşasında belirleyicidir; anayasal düzenin karakteristiği bu kararlarla şekillenir. Preuss'un belirttiği üzere "*Anayasa, anayasa-öncesi siyasi tözü, yani anayasal düzenin siyasi kararlarını içerir*"⁸⁶. Demokrasilerde halkın kararı, monarşilerde ise hükümdarın kararı bu kurucu niteliğe sahiptir. Politik kararlar Weimar Anayasası için de temel teşkil etmektedir. Demokrasiyi seçme kararı, Alman halkının bir halk olarak bilinçli siyasi varlığının erdemi sayesinde ulaştığı bir karardır⁸⁷. Bu karar anayasanın giriş bahsinde "*Alman halkı bu anayasayı yapmıştır*" deyişinde ve 1. maddenin 2. fıkrasında "*Devlet otoritesi kaynağını halktan alır*" hükmünde ifadesini bulmaktadır. Aynı şekilde 1. maddenin 1. fıkrasında yer alan "*Alman Devleti bir cumhuriyettir*" hükmü, monarşiye karşı cumhuriyet kararına işaret eden hükümdür. Bu tür hükümler, anayasal hükümler değildir. Hatta çerçeve hüküm ve temel ilkeler de değildir. Bununla birlikte dikkat edilmeyecek kadar önemsiz veya basit de değildir. Yazılı yasalar ve normlar dizisi-yığını olmaktan çok daha fazlasıdır⁸⁸. Alman halkının siyasi var oluş biçimini sağlayan somut politik kararlardır ve tüm anayasal hükümlerin temelini oluştururlar⁸⁹.

Schmitt, Weimar Anayasası'nın görelî anayasa anlayışına uygun olarak yorumlandığını ancak bu anayasanın siyasi varoluşuna ilişkin karakteri öne çıkarmak gerektiğini yazmaktadır. Weimar Anayasası'nın temelini oluşturan siyasal kararlar cumhuriyet, parlamenter demokrasi, federal bir devlet yapılanması, kuvvetler ayrılığı ve temel haklar ile donatılmış bir hukuk devleti ilkesi olarak sıralanmaktadır⁹⁰. Weimar Anayasası'nın 76. maddesinde aranan nitelikli çoğunluğu sağlayarak yasama organının anayasanın (*Verfassung*) kendisini değil ancak anayasa metnini (*Verfassungsgesetz*), yani anayasayı oluşturan politik kararlara göre ikincil ve görelî nitelikteki anayasal hükümleri değiştirmesi söz konusu olabilir. Her ne kadar, şekli olarak bakıldığında 76. madde yasama organına anayasa metnini tamamıyla değiştirme yetkisi vermekteyse de Schmitt'e göre anayasanın kendisi

83 Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 62-63, 76-77. Ayrıca bkz. Loughlin, *a.g.e.*, s. 183.

84 Zeybekoğlu, *a.g.e.*, s. 146; Esgün, "Leviathan'ın Hayaletleri: Schmitt ve Neumann'da Hukuk ve Devlet", s. 913.

85 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 38-39, 55.

86 Preuss, *a.g.e.*, s. 224.

87 Anayasaya kimliğini kazandıran Alman halkıdır; – ki halk ile ulus birlikte kullanılmaktadır metinde – burada etnik veya kültürel anlamda bir birlikten ziyade, politik eylemin birlik imkanı olarak siyasi varoluşa ilişkin halkın/ulusun bilinçli bir isteğinden bahsedilmektedir. Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 65, 127.

88 Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 77-78; Loughlin, *a.g.e.*, s. 186.

89 Schmitt, *a.e.*, s. 78. Ayrıca bkz. Göztepe, *a.g.e.*, s. 140-141.

90 Schmitt, *a.e.*, s. 78, 126.

76. maddedeki çoğunluk sağlanarak değiştirilemez. Schmitt'in tam da bu noktada vurguladığı şey, anayasanın özünü oluşturan siyasal kararların sıradan bir anayasa maddesi gibi hukuki prosedüre uyarak değiştirilmesi, askıya alınması veya ortadan kaldırılmasının mümkün olmamasıdır⁹¹. Başka bir ifadeyle anayasa ("mutlak anayasa"), halkın siyasal birliğinin kurucu karar ve tercihlerine dayandığından, bu asli kararların değiştirilebilmesi asli kurucu iktidar tarafından mümkündür⁹². Buna göre, Reichstag'ın üçte iki çoğunluk kararıyla Alman cumhuriyeti bir mutlak monarşiye veya bir Sovyet cumhuriyetine dönüştürülemez. Burada Schmitt, hukuk düşüncesinde Lolme ve Blackstone'dan bu yana bütün gücü üzerinde topladığı sıklıkla söylenen İngiliz parlamentosu anlayışının ve bu anlayışla ele alınan diğer parlamentoların bir kafa karışıklığına neden olduğunu belirtir. İngiliz parlamentosunun çoğunluk kararı İngiltere'yi bir Sovyet devletine dönüştürmeye yetmeyecektir. Aksini savunmak sadece formel bir düşünme biçimini yansıtmayacak; aynı şekilde politik ve hukuki açıdan yanlış da olacaktır. Parlamentodaki çoğunluk değil, sadece tüm İngiliz halkının iradesi bu köklü değişikliği gerçekleştirebilir⁹³.

Schmitt'in anayasa değişikliklerinin sınırına ilişkin yazdıkları ve anayasalardaki değiştirilemez maddelere ilişkin tezleri, daha sonra, 1949 tarihli Federal Alman Anayasası'nın 79. maddesi 3. fıkrasındaki değiştirilemez ilkelerin hazırlanmasına fikren öncülük etmiş sayılabilir⁹⁴. Zira Weimar Anayasası'nın sonunu hazırlayan koşullar düşünüldüğünde, demokratik araçlarla demokrasinin ortadan kaldırılması deneyimlenmiş; bu açıdan anayasanın kimliğinin korunması ve anayasal düzenin teminatı için Federal Alman Anayasası'nın anayasanın değiştirilmesini düzenleyen 79. maddesinin üçüncü fıkrasına bir hüküm konulmuştur. Anayasanın siyasi özü ve temel ilkelerini oluşturan bu maddeler, federe devlet teşkilatlanması, eyaletlerin yasamaya esasen katılması ilkesi, insan onur ve haysiyetinin korunması, hukukun üstünlüğü, demokrasi, anayasal devlet ve sosyal devlet ilkelerinin yanı sıra direnme hakkı olarak belirlenmiş ve bu esaslara ilişkin anayasa değişikliği yapmak yasaklanmıştır. Böylece Schmitt'in anayasa ve anayasa metni arasında yaptığı ayırım, dolaylı olarak da olsa federal anayasada normatif bir temele kavuşmuştur⁹⁵.

Görüleceği üzere Schmitt, anayasayı yapan güç olarak "halk"tan bahsetmekte ve halkın anayasanın kimliği hakkında belirleyici bir konumu olduğunu düşünmektedir; halk anayasadan önce oluşan politik bir birlik olarak devlette somutlaşır. Anayasal birlik ve düzen, yasalar, kurallar ve normlardan ibaret araçlara değil, devletin siyasi varlığına (önceden kurulmuş, homojen bir iradeye) dayanmaktadır⁹⁶. Bu nedenle Weimar Cumhuriyeti'nin birliği Weimar Anayasası'ndaki 181 maddeye ve bunların geçerliliğine değil, "*Alman halkının siyasi varlığına*" dayanmaktadır.

91 Isensee, **a.g.e.**, s. 226.

92 Göztepe, **a.g.e.**, s. 141.

93 Schmitt, **Constitutional Theory**, s. 79-80. Bu başlığın devamı niteliğindeki açıklamaları için bkz. Carl Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki Yayınları, 2016, s. 57-58.

94 Göztepe, **a.g.e.**, s. 141-142; Preuss, **a.g.e.**, s. 234-237.

95 Preuss, **a.e.**

96 Schmitt, **Constitutional Theory**, s. 65. Schmitt'te halkın varoluşunu esas alan tözsel bir hak anlayışının esas olduğu ve bu hak üzerine kurulu bir hukuk düşüncesi oluşturduğu da ifade edilmektedir; bu yaklaşımın 1934'e doğru Nazi siyasetine dayanak oluşturduğu yazılmıştır. Eleştiriler için bkz. Esgün, "Leviathan'ın Hayaletleri: Schmitt ve Neumann'da Hukuk ve Devlet", s. 913 vd.

Schmitt'e göre, Alman halkının iradesi, varoluşsal bir gerçeklik olarak, bireysel anayasa hukukunun belirlilikten yoksun, bağlantısız ve çelişkili tüm sistematığının ötesinde siyasi birliği ve kamu hukuku terimlerindeki birliği inşa etmektedir. Weimar Anayasası geçerlidir; çünkü Alman halkı anayasaya bu özelliği katmıştır⁹⁷. Üstelik yeni bir düzenin kurulmasını sağlayan halkın politik birliği sadece anayasa oluşturulurken değil, sürekli olarak anayasada varlığını sürdürür; gizil bir potansiyel olarak adeta uyku halindedir⁹⁸. Anayasanın yaslandığı politik ilkelerin ortadan kaldırılması ise devrim veya karşı-devrim niteliğinde bir girişim anlamına gelir⁹⁹.

Schmitt, anayasa kavramından devletin siyasi birliği ve bekasını sağlayan devletin anayasasının anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Anayasanın devletin varoluşsal temellerini oluşturan bir maddi içeriği olduğunu ve bu anlamıyla anayasa değişikliklerinin de bir sınırı olduğunu savunmuştur. Sonuç olarak anayasa, şekli bir kapalı normlar sistemi olarak ele alınmamış, anayasayı görelileştiren eğilimlere karşı "*devletin siyasi birliğine şekil veren varoluşsal bir olgu*" olarak ifade edilmiştir¹⁰⁰.

B. Anayasanın Koruyuculuğu Meselesi

Weimar Cumhuriyeti'nin anayasal düzeninde, anayasaya aykırı yasaların denetimini sağlayacak Anayasa Mahkemesi niteliğinde herhangi bir yargısal mekanizma öngörülmemiştir. Ancak federal (Reich) ve federe (Länder) devletler arasındaki uyuşmazlıklara bakması için kurulan Devlet Yüksek Mahkemesi'nin (*Staatsgerichtshof*) yetkilerinin anayasa yargısı niteliğine kavuşması için dönüştürülmesi fikri oldukça canlı bir tartışma ortamı yaratmıştır. Bu tartışmanın yürütülmesinde henüz 1920'lerde Avusturya'da kurulan anayasa yargısı sisteminin payı vardır. Dönemin hukukçuları ve siyasetçileri Devlet Yüksek Mahkemesi'nin anayasaya aykırı yasaları iptal edebilme yetkisini ve "Avusturya çözümü"nü tartışmaktadır¹⁰¹.

Hans Kelsen, 1928 yılında Alman Kamu Hukukçuları Derneği tarafından düzenlenen yıllık toplantıda, ona göre çok daha çekimser olan Heinrich Triepel ile birlikte, anayasal denetim için anayasa mahkemesine duyulan ihtiyacı vurgulamıştır. Anayasa mahkemesinin kurumsal yapısına ilişkin birçok teknik hukuk problemini de sunumunda ele alan Kelsen, önerilerinde yargıç olarak görev yaptığı Avusturya Anayasa Mahkemesi modelinden etkilenmiştir. Kelsen'in önerilerinde normlar hiyerarşisinin benimsenmesi kritik bir önem taşır; en üst norm olan anayasadan hareketle anayasa yargısının yetkilerini temellendiren Kelsen, anayasa yargısının hukuki yaptırımını olmaksızın anayasanın ikinci sınıf bir hukuki düzenleme olarak kalacağını savunur¹⁰². Bu toplantıdaki görüşleri olumlu etkiler yaratan Kelsen'e karşılık olarak ise Carl Schmitt 1931 tarihli Anayasanın Koruyucusu metnini yazmıştır.

97 Schmitt, a.e., s. 65, 76-77.

98 Anayasa yapıcı güç, hiçbir yasal biçim ve usulle sınırlı değildir; eşyanın tabiatı gereği her zaman vazgeçilmez olan bu kapasite kendisinde görülmektedir. Bkz. Schmitt, a.e., s. 127-128; Preuss, a.g.e., s. 224, 233.

99 Isensee, a.g.e., s. 226.

100 Loughlin, a.g.e., s. 186-187.

101 Vinx, "Introduction", s. 6-7.

102 Vinx, a.g.e., s. 7-9.

I. Devlet Başkanı Formülü

Schmitt, Anayasanın Koruyucusu (*Der Hüter der Verfassung*) metninde Kelsen'in tümdengelim yöntemi ve alt-başlıklandırmasını hedef alarak, düşünürü metin içinde adını anmaksızın eleştirmektedir¹⁰³. Anayasal güvencelerin nasıl sağlanabileceğine ilişkin farklı görüşleri eleştirirken kendi görüşünü de belirtmektedir. Anayasanın koruyuculuğunun Alman Devlet Yüksek Mahkemesi (*Staatsgerichtshof*) tarafından yürütülmesi fikrinin Weimar ulusal meclisinde birtakım yanlış yorumlarla Amerika'daki Supreme Court'un özel konumu ve işlevinden hareketle ileri sürüldüğünü, ancak Supreme Court'un konsepti ve konumunun Kıta Avrupası sistemine sosyal ve politik açıdan taşınamayacağını belirtmektedir¹⁰⁴. Schmitt'e göre anayasanın korunması tartışması, her şeyden önce devlet ve onun devamlılığına ilişkin bir sorundur¹⁰⁵. Bu bağlamda, Schmitt'in anayasanın koruyucusu kim olacaktır sorusuna verdiği yanıt şaşırtıcı olmayacaktır: Anayasanın koruyuculuğunu, devlet başkanı (*Reichspräsident*) üstlenmelidir. Anayasal güvencelerin devamlılığı açısından nihai karar alıcı merci siyasi birliği temsil eden Reich başkanıdır¹⁰⁶.

Devlet başkanı yanıtının düşünürün içinde bulunduğu somut gerçeklikle ve anayasa kavramını ele alma biçimiyle sıkı bir ilişkisi vardır. Zira Schmitt Weimar Cumhuriyeti'nin çözülüş sürecini deneyimleyen biri olarak, Weimar Anayasası'nın liberal niteliğinden ve ona göre sosyalistlerin etkinliğine izin veren yapısından rahatsız olmakla birlikte anayasal sistemin çözülüşünü engellemek adına, devlet bünyesindeki tüm çatışma ve çıkar odaklarının üzerinde bir "tarafsız güç" arayışına girmektedir. Parlamentoda siyasi partilerin çıkar savaşları ve kurumsal bölünmelerine karşı devletin devamlılığını sağlayarak tehlikeleri bertaraf edebilecek, yasama, yürütme ve yargı organı dışında bir güç arayışı onu devlet başkanının anayasayı koruyacak misyonda olduğu düşüncesine yöneltmiştir¹⁰⁷. Halk tarafından seçilen Reich başkanının işlevlerinden biri Reichtag'a karşı bir dengeleyici güç olabileceği düşüncesidir; Weimar Anayasası'nın pozitif hukukuna göre, devlet başkanının bu konumu tarafsız, tahkim edici, düzenleyici ve koruyucu bir güç doktrininin geliştirilmesiyle mümkün olabilir¹⁰⁸. Burada sosyal ve ekonomik çıkar gruplarının çoğulculuğuna karşı, devlet başkanı parti politikalarından bağımsız ve tarafsız bir konumdadır; halkın siyasi birliğini koruyan ve Weimar anayasasının dayandığı demokratik ilkelerle uyumlu olan bir yapıdadır¹⁰⁹.

Görüleceği üzere Schmitt'te devlet başkanı, halkın politik birliğini ve anayasal düzen açısından kurucu nitelikteki politik fikirlerin ruhunu koruyabilecek yegane birleştirici güçtür. Ayrıca devlet

103 Schmitt, "The Guardian of the Constitution", s. 94, 109-110, 123.

104 Schmitt, "The Guardian of the Constitution", s. 79-80.

105 Kardeş, **Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı**, s. 241.

106 Schmitt, "The Guardian of the Constitution", s. 167 vd.

107 Schmitt, "The Guardian of the Constitution", s. 150-151. Ayrıca bkz. Kardeş, **a.g.e.**, s. 244. Preuss, **a.g.e.**, s. 233, 246-247. Weimar'ın istikrarsız rejimi ve çoklu siyasal çıkarları temsil eden parlamento yapısına makalenin kapsamı nedeniyle ayrıca yer verilememiştir. Katolik, merkez sağ, monarşist, sol liberal ve komünist partilerinin koalisyon kurma çabalarına sahne olan bu dönemin siyasi krizleri ve gelişmeleri için ayrıca bkz. Göztepe, **a.g.e.**, s. 132-134.

108 Schmitt, "The Guardian of the Constitution", s. 157-160, 167.

109 Schmitt, **a.e.**, s. 172-173.

başkanı, anayasal güvenceleri uygulamak adına Weimar Anayasası'nın 48. maddesinde düzenlenen olağanüstü yetkilerini aktif bir şekilde kullanarak anayasal düzeni güvence altına almalıdır¹¹⁰.

2. Anayasa Mahkemesinin Koruyuculuğu

Schmitt'e karşılık Kelsen "Anayasanın Koruyucusu Kim Olmalıdır?" (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*) metninde Devlet Yüksek Mahkemesini/Anayasa Mahkemesini (*Staatsgerichtshof*) koruyuculuğa aday mercii olarak belirtmiştir. Kelsen'e göre, anayasanın asli fonksiyonu hukuk yaratma faaliyetini ve sürecini, bir başka deyişle yasama organının faaliyetini düzenlemek iken¹¹¹, bir diğer önemli fonksiyonu otoritenin sınırlanması için getirdiği güvencedir: "Anayasanın siyasi fonksiyonu, gücün kullanımına hukuki sınırlar koymaktır."¹¹² Devletin bazı eylemlerinin, özellikle parlamento veya hükümet tarafından gerçekleştirilenlerin anayasallığını denetleyecek bir organ yaratılacaksa, bu kontrol yetkisi kontrole tabi tutulacak organlardan birine verilemez. Kelsen, anayasaya aykırı yasalar çıkarabilecek parlamentonun veya siyasi gücü temsil eden devlet başkanının anayasanın koruyucusu olamayacağını savunmaktadır. O, "hiç kimse kendi davasının yargıcı olamaz" ilkesiyle anayasanın doğrudan ihlaline karşı koruma sağlayan bir bağımsız mekanizmaya duyulan ihtiyacı açıklamaktadır¹¹³. Anayasanın güvence altına alınması bu anlamda yasal/hukuki sınırların aşılmayacağına ilişkin bir garanti sağlamaktadır. Herhangi bir mercii anayasanın getirdiği sınırlamaların dışında çıkararak hareket etmemesi ve hukukun korunması adına yargıçların rolü esas alınmalıdır¹¹⁴.

Kelsen'e göre bir hukuk düzeninde, anayasanın güvence altına alınabilmesi için hem önleyici hem de baskılayıcı tedbirlerin uygulanması gereklidir. Anayasa yargısı maddi güvenceler olarak da anılan baskılayıcı tedbirler kapsamında değerlendirilir ve anayasaya aykırı yasaların iptal edilebilirliği bu kapsamda bir yetkidir¹¹⁵.

Kelsen, bağımsız bir mahkemenin anayasallık denetimi açısından önemini vurgularken; Schmitt'in devlet başkanına atfettiği rolde Benjamin Constant'ın anayasal monarşilere ilişkin tezlerinden etkilendiğini, monarkın "pouvoir neutre" (tarafsız güç) rolünü demokratik cumhuriyetlere taşımaya

110 Weimar Anayasası madde 48/II: "Alman Reich'ında kamu güvenliği ve düzeni büyük ölçüde ortadan kalkmışsa ya da tehlike altındaysa, Cumhurbaşkanı kamu güvenliğinin ve düzeninin yeniden tesisi için gerekli olan tedbirleri alabilir; gerekirse silahlı güçlerin yardımıyla duruma müdahale edebilir. Bu amaçla Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 114, 115, 117, 118, 123, 124 ve 153. maddelerinde güvence altına alınan temel hakları geçici olarak, tamamen ya da kısmen yürürlükten kaldıracaktır". Çeviri için bkz. Göztepe, a.g.e., s. 146.

111 Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, s. 79.

112 Kelsen, "Who Ought to be The Guardian of The Constitution? Kelsen's Reply to Schmitt", s. 175.

113 Kelsen, "Who Ought to be The Guardian of The Constitution?", s. 174-175. Kelsen, Schmitt'e karşılık yazdığı bu metinden birkaç yıl önce 1929'daki bir makalesinde yasa yapıcıların anayasaya uygun olmayan eylemlerini iptal etmek için kamu otoritelerinden bağımsız ve yasama dışında bir organa ihtiyaç olduğunu, bunun da Anayasa Mahkemesi olabileceğini yazmıştır. Bkz. Kelsen, "The Nature and Development of Constitutional Adjudication" [*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, 1929], s. 45.

114 Gerd Roellecke, "Anayasanın Kurumsal Olarak Korunması", Çev. Atilla Erkal, **Anayasa Teorisi**, Lale Yayıncılık, 2014, s. 511.

115 Kelsen, "The Nature and Development of Constitutional Adjudication", s. 76; Erkipçak & Erkipçak, a.g.e., s. 105-106.

çalıştığını yazmıştır¹¹⁶. Schmitt “Anayasanın Koruyucusu” makalesinde hem devlet başkanını yasama ve yürütme organının yanında tarafsız bir güç olarak tasvir etmiş hem de Weimar Anayasası'nın 48. maddesindeki olağanüstü yetkileri genişletici bir yorumla ele alarak başkanın pozisyonunu güçlendirmek istemiştir¹¹⁷. Kelsen, Schmitt'in tezini monarşik anlayışın günümüze taşınan bir görünümü olarak ele almakta ve devlet başkanına biçilen tarafsız rolü eleştirmektedir. Demokratik bir cumhuriyet için hukuki bir denetim sağlayamayacak olan devlet başkanı, ideolojik bir karakter taşımaktadır ve anayasal düzenin hukuki açıdan korunmasına hizmet etmesi mümkün değildir¹¹⁸.

Schmitt'in ateşli bir şekilde yürüttüğü polemik, Kelsen'de teknik, metodik ve ölçülüdür¹¹⁹. Kelsen'e göre anayasanın güvence altına alınmasına ilişkin yasal – politik talep parlamento ve hükümet gibi anayasal organların davranışlarını kontrol eden, hukukun üstünlüğü anlayışıyla uyumlu bir talep olmalıdır. Anayasa mahkemesinin pozitif yasa koyucu olan parlamentonun faaliyetlerini denetlemesi mümkündür, zira anayasa yargısı da “negatif yasama”dır¹²⁰. Kelsen “negatif yasama” ile özgün bir tasvir yapmaktadır: Anayasaya aykırı yasanın iptali, yasa yapmanın tersten gerçekleştirilmesinden başka bir şey değildir; iptal yetkisi ile anayasa mahkemesinin bir genel norm yaratma yetkisi olduğu kabul edilmelidir¹²¹. Bu savı ile Kelsen, kuvvetler ayrılığı düşüncesinden uzaklaşmadığını, sert bir kuvvetler ayrılığı yerine yasama fonksiyonunu parlamento ve anayasa yargısı arasında dağıtan bir “kuvvetler bölüşümü”nü benimsediğini belirtmiştir. Anayasa yargısı, yasamanın alanına müdahale etmemekte, düşünürün geliştirdiği normlar hiyerarşisi teorisi çerçevesinde üst norm olan anayasanın korunmasını ve devletin ilgili tüm eylem ve işlemlerinin bu üst norma uygunluğunu sağlamaktadır¹²².

Kelsen azınlıkların haklarının korunması ve demokrasi teorisi üzerine yazdıkları açısından da Anayasa Mahkemesi'nin varlığını savunur. Kelsen'e göre, çoğunluğun hakkı kavramı zorunlu olarak azınlığın varlığını ve bir anlamda azınlığı korumanın mümkün olduğunu içermektedir. Azınlıkların korunması, tüm parlamenter demokrasilerin anayasalarında benimsediği, daha açık bir ifade ile modern anayasalarda yer verilen temel hak ve özgürlüklerin temel işlevidir. Parlamenter sistemin işleme için elverişli bir uzlaşma ortamı, azınlığın çoğunluğun iradesini kabul etmesi ancak azınlığın

116 Schmitt'in *Constant ve pouvoir neutre* üzerine tespitleri için bkz. Schmitt, “The Guardian of The Constitution”, s. 150-154, 157, 160.

117 Bu noktada bir parantez açarak, şu bilgiye yer vermek faydalı olacaktır: Schmitt 1932'de yayımlayacağı “Kanunilik ve Meşruiyet” adlı kitabında, 48. maddedeki olağanüstü yetkileri ile devlet başkanının kamu güvenliği ve düzeninin tehlikeye girmesi nedeniyle “gerekli” gördüğü her tedbiri alabileceğini ve bu bakımdan başkanın olağan kanun koyucu olan Reichstag'a karşı fiiliyatta kuvvetli bir üstünlüğü olduğunu yazacaktır. Olağan kanun koyucunun yapamayacağı şeyleri devlet başkanı ve icra komiseri tedbirler ve kararnamelerle yapabilecektir. Bkz. Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 84-89.

118 Kelsen, “Who Ought to be The Guardian of The Constitution?”, s. 179-180 vd. Bununla birlikte, Kelsen'e Anayasa Mahkemesi'nin anayasallık denetimini gerçekleştirebilmesi için hangi özelliklere sahip olması gerektiğini açıklayamadığı eleştirisi yöneltilmiştir. Bkz. Roellecke, **a.g.e.**, s. 511.

119 J. G. Allen, “Reviews”, **The Modern Law Review Limited**, Vol. 81, Issue: 2, 2018, MLR, s. 361.

120 Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication”, s. 47; Kelsen, “Who Ought to be The Guardian of The Constitution?”, s. 193-194.

121 Turhan, **a.g.e.**, s. 117-118.

122 Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication”, s. 23-25, 46.

da ezilmemesi ile mümkündür¹²³. Bu nedenle parlamento ve devlet başkanı gibi politik mücadelenin içindeki bir kurum veya makam, azınlıkların hak ve özgürlüklerini ihlal edebilir¹²⁴.

Kelsen'e göre, sadece yasalar değil, tüm yasa biçimindeki işlemlerin (bu kapsamda olağan ve olağanüstü dönem kararlarının) de Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi gerekmektedir¹²⁵. Anayasa mahkemesine iptal başvurusu yapabilecekler arasında federal devletlerde federe devlet, parlamentoda siyasi olarak azınlık olanlar ve anayasa yargısı bünyesinde kurulan savcılık makamları sayılmıştır. Azınlıklara tanınan bu imkan ile anayasa değişikliklerinde nitelikli çoğunluk aranması ve belirli bir usul gözetilmesi azınlık haklarını koruyabilecektir. Kelsen'e göre bu yargısal denetim, toplumun ve siyasal yaşamdaki çoğulculuğun da bir güvencesidir¹²⁶.

Kelsen'in anayasa yargısı üzerine görüşleri ve Schmitt'e yönelttiği eleştirilerin teorik boyutu genel hatlarıyla bu şekilde özetlenebilir. Kelsen'in anayasa yargısı için çizdiği çerçeve özellikle II. Dünya Savaşı sonrasındaki çağdaş anayasal düzenlemelere ilham kaynağı olmuş ve anayasal güvencelerin bir teminatı olarak Anayasa Mahkemelerinin gerekliliğine işaret etmiştir¹²⁷. Ancak Devlet Yüksek Mahkemesi'nin anayasal düzeni korumada üstlenmesi gereken aktif rol, özellikle Weimar'ın siyasi tarihinde gerçekleşme imkanı bulamamıştır¹²⁸. Weimar Cumhuriyeti'nde "kamu düzeni ve güvenliği"ni sağlamak adına başvuru olan 48. maddedeki olağanüstü hal yetkileri anayasaya aykırı bulunarak iptal edilememiştir.

3. Weimar Anayasasının Çözülüşü ve Genel Bir Değerlendirme

Anayasanın kim tarafından korunabileceğine ilişkin bu polemikten yaklaşık bir sene sonra yaşanan siyasi gelişmeler Weimar Anayasası'nın çözülmesine neden olmuş ve 1933'te devlet başkanı Hindenburg'un Hitler'i şansölye olarak ataması ile sona ermiştir¹²⁹.

Nazilerin 1933'ten sonraki anayasaya aykırı uygulamaları düşünüldüğünde onlara yol gösteren ve "örnek" teşkil eden 20 Temmuz 1932 tarihi bir dönüm noktası olarak anılmalıdır. Zira 17 Temmuz 1932'de Hamburg'un işçi mahallesi olan Altona'da NSDAP'nin paramiliter örgütlerinin provokasyonu ile silahlı çatışmalar yaşanmış, 20 Temmuz 1932 tarihinde ise bu yaşananlar gerekçe gösterilerek devlet başkanı Hindenburg tarafından olağanüstü hal kararnamesi ile Prusya eyalet hükümeti görevden alınmış ve şansölye Franz von Papen "federal hükümet komiseri" olarak

123 Kelsen, **Demokrasi: Doğası&Değeri**, s. 55-56, 58.

124 Arıkan, **a.g.e.**, s. 436.

125 Kelsen, "The Nature and Development of Constitutional Adjudication", s. 49. Anayasaya uygunluk denetimi açısından Kelsen'de tartışılan diğer norm türleri için ayrıntılı bkz. Mehmet Turhan, "Hans Kelsen'e Göre Anayasa ve Anayasa Yargısı", **Anayasa Hukukunda Kelsenci Temalar**, Ankara, Hukuk Yayınları, 2017, s. 120-122.

126 Kelsen, "The Nature and Development of Constitutional Adjudication", s. 71; Ayrıca bkz. Erkipçak & Erkipçak, **a.g.e.**, s. 105; Turhan, "Hans Kelsen'e Göre Anayasa ve Anayasa Yargısı", s. 103-105, 127.

127 Savaş sonrası Batı Almanya ve İtalya Anayasaları anayasa yargısını anayasallık denetimi için benimsemiştir. 1970lerde İspanya ve Portekiz Anayasaları da aynı sisteme geçmişlerdir. Dahası için bkz. Turhan, **a.g.e.**, s. 94-95.

128 Mehmet Cemil Ozansü, "Yeni Hukuk", **Gündoğdu**, Y:1, S:9, Ocak 2019, s. 22-23.

129 Vinx, **a.g.e.**, s. 4-5.

atanmıştır. Anayasadaki federatif yönetim ilkesini ihlal eden (Bkz. Weimar Anayasası, m.5) bu atama ile demokrat sol partilerin çoğunluğu elinde bulundurduğu Prusya Eyalet Meclisi'ne karşı bir darbe yapılmıştır. Aynı gün yayımlanan bir diğer olağanüstü hal kararnamesi ile sıkıyönetim ilan edilmiş ve temel hak ve özgürlükler askıya alınmıştır. Nasyonal sosyalist hareketin yükselişinde bir dönüm noktası olarak anılan bu olay "Prusya Darbesi" (*Preussenschlag*) olarak Weimar siyasi tarihinde anılır¹³⁰. Prusya'daki federe hükümetin askıya alınmasıyla yetkilerini kaybeden Alman Sosyal Demokrat Parti, söz konusu atamayı Devlet Yüksek Mahkemesi önüne götürür ancak Anayasa Mahkemesi'nin rolünü üstlenmesi beklenen yüksek mahkeme, federal komiser atamasını anayasaya aykırı bulmaz. Mahkeme, devlet başkanının Prusya'daki yürütme gücünü ele geçirmesini kamu güvenliğini sağlamaya yönelik bir tedbir olarak haklı bulur ve bu nedenle federal hükümetin Prusya'nın idari aygıtı üzerindeki geçici kontrolüne müdahale etmeyi reddeder. Anayasa aykırı bulunan husus ise yalnızca Prusya'nın federal düzeyde temsil edilmemesidir¹³¹.

Anayasanın koruyuculuğu tartışmasında devlet başkanının anayasanın koruyucusu sıfatına sahip olması gerektiğini savunan Schmitt, "Prusya Reich'a Karşı" davasında Reich'ı ve federal hükümeti temsil eden hukukçular arasında yer almıştır. Üstelik Schmitt'e göre, devlet başkanının 48. maddeye dayanarak kullandığı bu olağanüstü yetki, anayasanın federatif yönetim ilkesini dokunulmaz olarak nitelemeyi engellemektedir¹³². Kelsen ise bu yüksek mahkemenin kararının Weimar Anayasası'nın anayasal güvenceler bakımından yetersiz yapısından kaynaklandığını, 48. maddenin olağanüstü yetkilerinin devlet başkanına hukuken sınırlandırılmamış bir çerçeve çizdiğini ve sağlam temelleri olan uygun bir Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilseydi bu sonucun önlenilebileceğini yazmıştır¹³³.

Görüleceği üzere, Schmitt genel anlamıyla anayasal kriz durumlarına işaret ederek maddi anayasayı koruyacak bir yüksek siyasi merciyi savunurken; Kelsen hukuk düzeni içerisinde hukuki bir mekanizma arayışındadır¹³⁴. Hukuki düzenlemeye konu olan ancak aynı zamanda siyasal bir karaktere de sahip olan konular, Kelsen'e göre hukuki bir uyumsuzluk olarak ele alınabilir ve yargısal yollarla çözülebilir¹³⁵.

Schmitt açısından ise, liberal anayasalar anayasaların politik bağlamlarını gözden kaçırmakta ve liberal doktrin, anayasal güvenceleri sadece yargısal çözümlere havale ederek yetersiz bir koruma öngörmektedir. Devletin birliği, politik toplumun kendi varoluşuna ilişkin irade birliğini yansıtır ve bu irade söz konusu topluluğun maddi zararına çalışan liberal bir anayasanın sınırlılıklarıyla bağlı

130 Ozansü, "Yeni Hukuk", s. 23-25; Mehmet Cemil Ozansü, "Sunuş", Carl Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki Yayınları, 2016, s. xxvii-xxviii.

131 Ozansü, "Sunuş", s. xxix-xxx; Vinx, **a.g.e.**, s. 4; Colin Storer, **Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi**, İstanbul, 3. Baskı, İletişim Yayınları, 2019, s. 221-222.

132 Schmitt'in daha sonra "Kanunilik ve Meşruiyet" kitabında, devlet başkanının kendisini Weimar Anayasası 48. maddeye dayanarak aynı anayasanın 5. maddesi ile bağlı saymayabileceği tezini yazdığı belirtilmelidir. Bkz. Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 92-93.

133 Vinx, **a.g.e.**, s. 5.

134 Kardeş, **a.g.e.**, s. 242; Roellecke, **a.g.e.**, s. 511.

135 Turhan, **a.g.e.**, s. 130.

olamaz¹³⁶. Bu nedenle anayasanın güvence altına alınması tartışmasında, devletin siyasi birliğinin hukuki formu ve varoluş belgesi olarak ele alınan anayasanın politik bağlamı gözden kaçırılmamalıdır.

Schmitt'e göre, anayasaya aykırılık tartışmalarını, sadece hukuk içerisinde çözmeye çalışmak, bu problem alanları genellikle siyasal bir içerikle yüklü olduğundan mümkün değildir. Aksi halde siyasal bir içeriği de olan bu alanlar, hukuk kavramında bir "patlamaya" (*expansion*) yol açmaktadır. Bu noktada normativist yaklaşım hukuk kuramını saflaştırmak istese de siyasetin hukuksallaşması değil, hukukun siyasallaşması karşımıza çıkacaktır¹³⁷. Bu tespiti anayasa yargısı alanına taşıyarak ifade etmek gerekirse; anayasal ve dolayısıyla siyasal karaktere sahip uyumsuzlukların koruyuculuğunu Anayasa Mahkemesi'ne vermek, mahkemeyi siyasal olarak aktif davranmak zorunda bırakacaktır¹³⁸. Mahkeme biçiminde örgütlenmesi, bu yargı etkinliğinin siyasal niteliğini yok edemeyecektir. Göztepe'nin somut bir örnekle açıkladığı üzere, vatana ihanet niteliğindeki suçlar, bir bakan veya cumhurbaşkanının görevleriyle ilgili suçlardan yargılanmasına ilişkin "hukukileştirilmiş" prosedürler, bu davanın politik – siyasi karakterini ortadan kaldıramayacaktır¹³⁹. Anayasal uyumsuzluklar da Schmittyen bakışla anayasa mahkemesinin yetkisine bırakılamayacaktır.

SONUÇ

Hans Kelsen'in ve Carl Schmitt'in fikir ürettikleri konular aynı olmakla birlikte farklı konum ve önceliklerle anayasanın güvence altına alınması meselesine yaklaştıkları görülmektedir. İki düşünürün de anayasal bir düzeni ve politik olan unsurları ele alma biçimleri birbirinden oldukça farklıdır. Politik realist bir düşünür olan Schmitt'in anayasanın koruyucusu olarak devlet başkanını önermesi, diktatöryal yönetimlere zemin hazırlayan bir öneri olarak ilk bakışta değerlendirilebilir. Ancak modern dönemin Hobbes'u olarak nitelenen düşünürün genel olarak devletin siyasi varoluş krizleri üzerine düşünürken ve özelde Weimar Cumhuriyeti'nin çözümünü deneyimlerken bir hukukçu olarak çözüm üretme çabasına girdiği görülmektedir. Hukuku, normatif alanı önceleyen bir zamansal-mekansal aralığa işaret ederek politik bağlamda ele alan düşünür, anayasayı bu siyasi varoluşun maddi bir temeli olarak tarif etmektedir. Schmitt'te anayasanın güvence altına alınması, politik bir varoluş sorunudur. Bu noktada anayasal düzenin nasıl kurulduğu ve normatif düzene nasıl geçildiği irdelenmektedir.

Kelsen'in teorisinde ise normun yürürlükte olduğu olağan bir hukuk düzeninin varlığı kabul edilmekte ve hukuk-devlet özdeşliği üzerine varsayılan bir hukuk devleti anlayışı esas alınmaktadır. Anayasal düzenin ve normatif hukuk sistemin nasıl tesis edildiği veya içeriğinin nasıl belirlendiği açıklanmamaktadır. Bu bakımdan Kelsen'de olağan bir hukuk düzeninin normatif tutarlılığını sağlamak adına yapılan bir yöntem tartışması ağırlıktadır.

136 Allen, a.g.e., s. 361.

137 Schmitt, "The Guardian of The Constitution", s. 90-91.

138 Erkipçak & Erkipçak, a.g.e., s. 107.

139 Göztepe, a.g.e., s. 148.

Schmitt, hukuka genelyaklaşımına yer verdiğimiz üzere, anti-liberal bir düşünür olarak Kelsen'in liberal çizgisi ve normativist pozitivismine karşı Alman yasa koyucunun devletin devamlılığı ve işlerliğini sağlamak adına alması gereken tedbirleri, anayasanın maddi içeriğine yaptığı vurguyla sağlayan bir safta yer alır. Kendisini Alman kamu hukukunun son temsilcisi olarak tanımlayan düşünür, Weimar döneminde yaşanan politik kriz nedeniyle devletin anayasal güvencelerle devamlılığının sağlanması adına olağanüstü hal yetkilerini kullanması gerekliliğine işaret etmiştir. Kuşkusuz, Schmitt'te devlet başkanının Weimar Anayasası'nın 48. maddesinden hareketle kullanabileceği olağanüstü yetkiler ve bu yetkilerle anayasal koruma fikri tehlikeli bir yan taşımaktadır. Üstelik Weimar deneyimine bakıldığında, devlet başkanının tarafsız bir konumda olmadığı, başkanın Weimar anayasasının kimliğini koruyan bir rolü üstlenmediği ve çıkardığı kararnamelerle Nazilerin iktidara gelmesinin önünü açtığı görülmektedir. Bununla birlikte, Schmitt anayasal güvencelerin korunması ve maddi içeriğinin devamlılığı açısından anayasalara "değiştirilemez maddeler" in getirilmesi gerektiğini göstermiş, "Anayasa Öğretisi" metninde "anayasa" ve "anayasa metni" arasındaki farkı vurgulamıştır. Yasama organı cumhuriyeti bir monarşi veya hukuk devletini bir Sovyetlere dönüştürme imkanına nitelikli çoğunlukları sağlasa dahi sahip değildir. Anayasayı değiştirme kapasitesi ve asli kurucu iktidar Schmitt'in politik realist çizgisinde tartışılan temel başlıklardandır. Anayasaya kimliğini kazandıranın halk olduğunu belirten Schmitt, bu politik birliğin oluşturduğu karar anlarından daha sonraki yapıtlarında Nomos-Gesetz ayrımı yaparak, yasaları ve normatifliği oluşturan bir maddi koşul olarak "Nomos"a ulaşmaktadır.

Kelsen ise demokratik yönetimlerdeki çoğunlukçu anlayıştan ziyade azınlıkların tarafında yer alan bir kuramcı olarak, politik tercih ve yönelimlerini "Demokrasi: Doğası ve Değeri" olarak Türkçeye çevrilen 1929 tarihli kitabında açıklamış ancak buradaki tespitlerini "saf hukuk kuramı"nın inşasında dışarıda bırakmıştır. Hukuk kuramını bilinçli olarak hukuki bilişin dışında kalan tüm alanlardan ve özellikle politikadan arındırmaya çalışmıştır. Kelsen'in savunduğu anayasa yargısı sistemi ise, benimsediği biçimsel anayasa kavramı ile doğrudan ilgilidir. Normlar hiyerarşisi, Kelsen'in normatif hukuk sisteminin omurgasını oluşturmakta ve yargısal bir mekanizma eliyle anayasallık denetiminin teorik gerekçelendirmesini sunmaktadır. Kelsen anayasayı diğer yasa, yönetmelik, tüzük vb. normların üzerinde tanımlayan hiyerarşisi nedeniyle anayasa yargısının denetimine imkan tanıyan mantıksal bir bütünlük inşa etmiş ve bu bilişsel-normatif tutarlılık günümüz demokrasilerine hakim olmuştur.

Günümüzde kanaatimizce, gerek temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından gerekse anayasaya aykırı norm denetimi açısından Anayasa Mahkemelerinin işlevi ve rolü yadsınamaz bir öneme sahiptir. Bu önemli tarihsel gelişime katkı sunan isimlerin başında Hans Kelsen gelmektedir. Bununla birlikte anayasanın korunması açısından Kelsen'in anayasal düzeni kuran iradeyi dışlayan ve dışarıda bırakan kuramı, anayasal ihtilafların ve sorunların çözümüne tek başına yeterli bir cevap sunmakta yetersiz görünmektedir. Kelsen'in saf kuramı ile sunduğu çerçeve toplumsal bir sözleşme/uzlaşma metni olan anayasayı tüm sosyolojik unsurları ve politik karakterinden soyundurmaktadır.

"Schmitt'le birlikte Schmitt'e karşı" düşünmek gerekirse, devlet başkanının anayasanın koruyucusu olarak önerilmesi otoriter yönetimlere kapı aralayan bir formüldür; özellikle de güvenlik

politikalarının hukuki güvencelerin önüne geçtiği, yürütmenin güçlendirildiği ve istisna hali uygulamalarının çoğaldığı demokrasilerin son yirmi yılında. Ancak her anayasanın bir siyasi programın ürünü olduğu, yazılı olmasa dahi bazı temel ilkeler üzerine kurulu olduğu ve varoluşsal anlamıyla bazı kesimleri siyasi düşman olarak tanımladığı da bir gerçekliktir. Bu gerçekliğin kabulü, anayasal sorunların çözümünde toplumsal dinamiklerin belirleyici rolüne açık olmayı ve liberal hukuk doktrinin varsaydığı tarafsızlık ve hukukilik perdesini sıyırmayı gerektirmektedir. Weimar Cumhuriyeti'nde yaşanan siyasi krizlerden bugünün tartışmalarına bakıldığında şu sorular akla gelmektedir: Anayasal sistemin krize girdiği dönemlerde, anayasa mahkemelerinin hukukilik denetimi hala devam edebilecek midir? Siyasi kararlar hukukileştirilmek istenirken, hukukun kendisi siyasallaşabilecek midir? Anayasa yargısı kamuoyunda etki yaratacak anayasal sorunlarda siyasal bir tercihte bulunmadan saf hukuki bir gerekçelendirme yapabilecek midir? Bu ve devamındaki sorular hala tartışılmaya ve tüketilmeye muhtaçtır.

KAYNAKÇA

- Akal, Cemal Bali; "İrade Norm Yaratır mı?"; **Hukuk Nedir?**, Ankara, Dost Yayınları, 2017, s. 136-142.
- Allen, J. G.; "Reviews", **The Modern Law Review Limited**, Vol. 81, Issue 2, MLR, 2018.
- Arıkan, Engin; "Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Ötesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XVII, S:2, 2020, s. 417-446.
- Bendersky, Joseph W.; **Theorist for the Reich**, New Jersey, Princeton University Press, 1983.
- Erkıpçak, Ayşe Eylem, Hasanhan Taylan Erkıpçak; "Carl Schmitt'in Sisteminde Anayasanın Koruyucusu: Schmitt Kelsen'e Karşı", **Pasajlar: Sosyal Bilimler Dergisi**, ISSN: 2267-4181, Y:1, S:1, Ocak 2019, s. 95-111.
- Esgün, Toros Güneş; "Leviathan'ın Hayaletleri: Schmitt ve Neumann'da Hukuk ve Devlet", **DTCF Dergisi**, 58/1, 2018, s. 905-930.
- Göztepe, Ece; "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'", **İÜHFİM**, C: LXXIII, S: 1, 2015, S. 129-180.
- Günsoy, Funda; "Hristiyan Epimetheus: Bir Carl Schmitt Biyografisi", **Felsefe Arkivi**, S: 46, 2017/1, s. 41-70.
- Günsoy Kaya, Funda; **Felsefe ile Teoloji Kavşağında Schmitt ve Strauss'ta Politik Olan**, Paradigma Yayıncılık, 2010.
- Isensee, Josef; "Anayasanın Devleti (Anayasal Devlet)", **Anayasa Teorisi**, Lale Yayıncılık, 2014, s. 209-285.
- Karadağ, Ulaş; "Schmitt'in Uğrakları Üzerine: 'Kararcılık'tan 'Somut-Düzen'e", **Hukuk Kuramı**, C:5, S:2, Mayıs - Ağustos 2018, s. 1-10.
- Kardeş, Ertan; **Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2015.
- Kelsen, Hans; **Demokrasi: Doğası & Değeri**, Çev. Yasin Uysal, Ankara, Dost Kitabevi, 2019.
- Kelsen, Hans; **Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş**, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, 2016.
- Kelsen, Hans; "The Nature and Development of Constitutional Adjudication" [*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, 1929], **The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Ed. and Transl. Lars Vinx, Cambridge University Press, 2015, s. 22-78.
- Kelsen, Hans; "Who Ought to be The Guardian of The Constitution? Kelsen's Reply to Schmitt", Trans. Lars Vinx, **The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Ed. and Transl. Lars Vinx, Cambridge University Press, 2015, s. 174-221.

- Loughlin, Martin; **Kamu Hukukunun Temelleri**, Çev. Dilşad Çiğdem Sever – Kıvılcım Turanlı, Ankara, Dipnot Yayınları, 2017.
- Ozansü, Mehmet Cemil; “Sunuş”, Carl Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki Yayınları, 2016, s. vii-xxxii.
- Ozansü, Mehmet Cemil; “Yeni Hukuk”, **Gündoğdu**, Y:1, S:9, Ocak 2019, s. 20-25.
- Paulson, Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson; “Sunuş – Kelsen’in Hukukbilimdeki Yeri Üzerine”, Hans Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, Kasım 2016, s. 161-196.
- Preuss, Ulrich K.; “Siyasi Düzen ve Demokrasi: Carl Schmitt ve Etkisi”, **Carl Schmitt’in Meydan Okuması**, Der. Chantal Mouffe, Çev. Hivren Demir Atay, Hakan Atay, İstanbul, İletişim Yayınları, 2019, s. 221-252.
- Raz, Joseph; “Kelsen’in Temel Norm Kuramı”, Çev. Şule Şahin Ceylan, **AÜHFD**, S: 62/4, 2013, s. 1169-1193.
- Roelleck, Gerd; “Anayasanın Kurumsal Olarak Korunması”, Çev. Atilla Erkal, **Anayasa Teorisi (Verfassungstheorie)**, Ed. Otto Depenheuer – Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Lale Yayıncılık, 2014, s. 501-517.
- Schmitt, Carl; **Constitutional Theory**[1928], Çev. Jeffret Seitzer, Durham, Duke University Press, 2008.
- Schmitt, Carl; “The Guardian of The Constitution”, Trans. Lars Vinx, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Cambridge University Press, 2015, s. 79-124; 125-173.
- Schmitt, Carl; “Führer Hukuku Korur”[1934], *Deutsche Juristen Zeitung*, Çev. Toros Güneş Esgün, 27.02.2017, <https://viraverita.org/yazilar/fuhrer-hukuku-korur> , Çevrimiçi, 26.11.2019.
- Schmitt, Carl; **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki Yayınları, 2016.
- Schmitt, Carl; “The Constitution of Freedom” [*Die Verfassung der Freiheit, Deutsche Juristen-Zeitung 40 (1935): 1133–35*], **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Eds. Arthur J. Jacobson, Bernhard Schlink, The University of California Press, 2001, s. 323-325.
- Schmitt, Carl; **Parlamentar Demokrasinin Krizi**, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 2. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi, 2010.
- Schmitt, Carl; **Siyasal Kavramı**, Çev. Ece Göztepe, İstanbul, Metis Yayınları, 2006.
- Schmitt, Carl; **Siyasi İlahiyat – Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm –** , Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 3. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi, 2010.
- Storer, Colin; **Weimar Cumhuriyeti’nin Kısa Tarihi**, İstanbul, 3. Baskı, İletişim Yayınları, 2019.
- Turhan, Mehmet; “Hans Kelsen’e Göre Anayasa ve Anayasa Yargısı”, **Anayasa Hukukunda Kelsenci Temalar**, Ankara, Hukuk Yayınları, 2017, s. 93-133.
- Uslu, Ateş; **Siyasal Düşünceler Tarihine Giriş**, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2017.
- Vinx, Lars; “Introduction”, **The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Ed. and Transl. Lars Vinx, Cambridge University Press, 2015, s. 1-21.
- Zeybekoğlu, Emre; “Carl Schmitt’in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı”, **İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul, 2009.