

BERKE ÖZENÇ
Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak

BERKE ÖZENÇ 1981 yılında İstanbul'da doğdu. Çağaloğlu Anadolu Lisesi'ni bitirdikten sonra İstanbul Üniversitesi'nde hukuk eğitimi aldı ve 2004 yılında aynı üniversitenin Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda asistan olarak göreve başladı. Yüksek lisans ve doktorasını yine İstanbul Üniversitesi'nde kamu hukuku alanında tamamlayan Özenç, 2013 yılından bu yana Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde çalışmaktadır. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü* (Kitap Yayınevi, 2006) isimli kitabının yanı sıra çeşitli dergilerde yayımlanmış makaleleri bulunmaktadır. *Hukuk Devleti* (2014) İletişim Yayınları tarafından yayımlanmıştır.

İletişim Yayınları 3143 • Politika Dizisi 219

ISBN-13: 978-975-05-3293-1

© 2022 İletişim Yayıncılık A.Ş. / 1. BASIM

1. Baskı 2022, İstanbul

EDİTÖR Kerem Ünüvar

DİZİ KAPAK TASARIMI Utku Lomlu

KAPAK Suat Aysu

UYGULAMA Hüsnü Abbas

DÜZELTİ Remzi Abbas

DİZİN Berkay Üzüm

BASKI Ayhan Matbaası · SERTİFİKA NO. 44871

Mahmutbey Mahallesi, 2622. Sokak, No: 6/31 Bağcılar 34218 İstanbul

Tel: 212.445 32 38 • Faks: 212.445 05 63

CILT Güven Mücellit · SERTİFİKA NO. 45003

Mahmutbey Mahallesi, Devekaldırımı Caddesi, Gelincik Sokak,

Güven İş Merkezi, No: 6, Bağcılar, İstanbul, Tel: 212.445 00 04

İletişim Yayınları · SERTİFİKA NO. 40387

Cumhuriyet Caddesi, No. 36, Daire 3, Seyhan Apartmanı,

Harbiye Mahallesi, Elmadag, Şişli 34367 İstanbul

Tel: 212.516 22 60-61-62 • Faks: 212.516 12 58

e-mail: iletisim@iletisim.com.tr • web: www.iletisim.com.tr

BERKE ÖZENÇ

Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak

Kelsen Schmitt'e Karşı



İÇİNDEKİLER

Önsöz	9
Giriş	13
BİRİNCİ BÖLÜM	
Kelsen'in Anayasa Yargısı Kuramı	25
Bir hukuk politikası önerisi olarak anayasa mahkemesi	26
<i>Anayasa yargısının kuramsal temeli: Normlar hiyerarşisi</i>	27
<i>Normlar hiyerarşisi kuramının siyasi sonuçları</i>	30
<i>Egemenlik, kuvvetler ayrılığı ve anayasa yargısı</i>	31
Hukuk kuramı ve tekniği açısından anayasa mahkemesi: Negatif kanun koyucu	36
<i>Anayasa mahkemesinin yargısal işlevi</i>	37
<i>Anayasa mahkemesinin kurumsal yapısı</i>	38
<i>Anayasa mahkemesinin anayasal sınırları</i>	41
Anayasa yargısının siyasi anlamı	44
<i>Çoğulcu demokrasinin korunması</i>	44
<i>Anayasa Yargısı'nın eksik parçası: Demokrasi kuramı</i>	47

İKİNCİ BÖLÜM

Kelsen'in Demokrasi Kuramı	49
Demokrasinin temel değerleri: Özgürlük ve eşitlik	50
<i>Toplumsal yaşamda özgürlüğün dönüşümü</i>	51
<i>Kelsen Rousseau'ya karşı (I): Doğrudan demokrasinin sınırları</i>	52
<i>Çoğunluk ilkesinin temeli olarak özgürlük</i>	53
Demokrasinin kurucu unsuru: Çokluk olarak halk	56
<i>Kelsen Rousseau'ya karşı (II): Siyasi partilerin demokratik niteliği</i>	58
<i>Bireyin ve halkın siyasi özneye dönüşme sürecinde siyasi partilerin rolü</i>	59
Demokrasinin modern biçimi: Parlamentarizm	62
<i>Parlamentarizmin temeli, sınırları ve reformu</i>	63
<i>Parlamentonun toplumsal düzeni inşa etme işlevi</i>	66
<i>Parlamentonun demokratik işlevi</i>	70
Toplumsal düzeni yaratmanın usulü olarak demokrasi	72
<i>Şekli demokrasi tanımının tarihi, siyasi ve kuramsal temelleri</i>	73
<i>Şekli demokrasi tanımının önemi</i>	76
<i>Şekli demokrasi tanımının işlevi</i>	79
Otokrasi karşısında demokrasinin değeri	80
<i>İdeal toplumsal düzeni kim yaratabilir? Halk mı, lider mi?</i>	81
<i>Demokrasinin dünya görüşü olarak görecelilik</i>	82
Demokraside çoğunluğun sınırı ve çoğulculuğun korunması	84
<i>Demokrasinin sınırı olarak anayasal düzen</i>	85
<i>Demokrasinin ve anayasal düzenin temel değeri olarak özgürlük</i>	87
<i>Çoğulcu özgürlükçü anayasal düzenin koruyucusu olarak anayasa mahkemesi</i>	90

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Schmitt'in Anayasa Yargısı Eleştirisi	95
Anayasa yargısının imkânsızlığı	96
<i>Yargının ve yargısal faaliyetin maddi tanımı</i>	97
<i>Liberal hukuk devletinde yargının konumu ve sınırları</i>	101
<i>Hukuki ve siyasi faaliyet ayrımı</i>	104

Kelsen'in yanıtı.....	109
<i>Hukukun siyassallığı</i>	110
<i>Anayasa mahkemesinin yargısallığı</i>	112
<i>Schmitt'in çelişkileri</i>	114
Schmitt'in çelişkilerinin kaynağı:	
Anayasal denetim tartışmasının tarihî bağlamı.....	115
<i>Weimar yargısının sınıfsal kökeni ve ideolojisi</i>	118
<i>Cumhuriyetin demokratik düzeninden</i>	
<i>"bağımsız" yargı pratiğinin "tarafsızlığı"</i>	122
<i>Yargıcın sınırsız takdir yetkisi karşısında hukuki pozitivizmin gerileyişi</i>	128
<i>Bir uzlaşma olarak anayasa mahkemesi:</i>	
<i>Tartışmanın sonu, Schmitt'in eleştirisinin başlangıcı</i>	130
Kelsen'in kuramsal yaklaşımının bağlamı, gücü ve siyasi sonuçları.....	134
<i>Saf hukuk kuramının doğal hukuk karşılığı: Bilim ve siyaset ayrımı</i>	135
<i>Saf hukuk kuramında devlet ve hukuk özdeşliği:</i>	
<i>İktidarın Gorgon başını zincirlemek</i>	139
<i>Saf hukuk kuramının gösterdiği: Hukukun siyasi niteliği</i>	143
<i>Kelsen'in gördüğü: Schmitt'in kuramsal stratejisi</i>	146

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Schmitt'in Demokrasi Kuramı	155
Demokrasinin temel değeri: Eşitlik,	
çünkü özgürlük hiçbir şey inşa edemez.....	156
<i>Eşitliğin siyasi, özgürlüğün hukuki niteliği</i>	157
<i>Eşitliğin siyasi çözümü: Türdeşlik</i>	158
Demokrasinin kurucu unsuru: Homojen halk.....	159
<i>"Gerçek" demokraside çoğulculuğun imkânsızlığı</i>	159
<i>Şekli demokrasi karşısında "siyasal" demokrasi</i>	162
Halkı ve devleti inşa eden "siyasal" karar olarak dost-düşman ayrımı.....	164
<i>"Siyasal" kararın demokratik niteliği</i>	164
<i>Schmitt Rousseau'ya karşı (I): Toplum sözleşmesi genel iradeyi yaratamaz</i>	166
<i>Schmitt Rousseau'ya karşı (II):</i>	
<i>Demokratik devletin kurucu ilkesi olarak temsil</i>	170
<i>Halk iradesinin demokratik görünümleri: Akklamatio, plebisit ve sessizlik</i>	176

Demokrasinin modern biçimi: Diktatörlük.....	181
“Siyasal” demokrasi: Halk adına, halk için yönetim.....	182
Halkın siyasi birliğine dair varoluşsal karar olarak (pozitif) anayasa.....	187
(Pozitif) anayasanın koruyucusu olarak diktatör.....	191

BEŞİNCİ BÖLÜM

Demokrasinin ve Anayasanın Koruyucusu Kim Olmalı?.....

199

Schmitt: Çoğulculuğun panzehiri olarak devlet başkanı.....

200

 Devlet-sivil toplum ayrımının ortadan kalkışı ve total devletin yükselişi.....

200

 “Anayasaya aykırı” çoğulculuğun siyasi birliği yıkıcı etkileri.....

204

 “Tarafsız” başkanın “bir”leştirici siyasi gücü.....

208

Kelsen: Homojenliğin ve tarafsızlığın

kurgusallığı karşısında çoğulculuğun anayasallığı.....

213

 İdealize edilen total devlet karşısında çoğulcu toplumun gerçekliği.....

213

 Başkanın bağımsızlığının ve tarafsızlığının kurgusal niteliği.....

217

 Anayasanın koruyucuları: Başkan, parlamento ve anayasa mahkemesi.....

220

Temel bir siyasi karar olarak hukuk devleti ve diktatörlük ayrımı.....

223

 Schmitt'in yanıtı (I): Diktatörlük, çünkü bu defa sorun işçi sınıfı.....

224

 Schmitt'in yanıtı (II): Nazi devleti, çünkü adil.....

226

 Kelsen Schmitt'e karşı: Karar ve sorumluluk.....

228

Sonuç.....

233

KAYNAKÇA.....

239

DİZİN.....

251

Önsöz

Almanya'nın son 150 yıllık tarihi, kamu hukuku açısından heyecan verici bir birikime kaynaklık eder. 1918 yılında gerçekleşen Kasım Devrimi'yle birlikte Alman İmparatorluğu'nun yıkılması sonucunda, belki de döneminin en demokratik ve özgürlükçü anayasası olan Weimar Anayasası'na dayanan bir cumhuriyet kurulur. Fakat daha 15 yıl geçmeden cumhuriyetin yerini, tarihin en şedit ve vahşi siyasi rejimlerinden biri olan Nazi Devleti alır. İkinci Dünya Savaşı yenilgisinin ardından yine aynı coğrafyada biri kapitalist diğeri sosyalist üretim ilişkilerine dayanan iki devlet kurulur, 1990'da yeniden birleşme sonucunda Almanya bugünkü siyasi rejimine ve coğrafi sınırlarına kavuşur. Bu süreçte Almanya'da pek çok insan, kısa yaşamlarında monarşi, cumhuriyet ve diktatörlük rejimlerine ya da kapitalist ve sosyalist üretim biçimlerine tanıklık eder.

Almanya'da gerçekleşen bu dönüşümler arasında Weimar döneminin özel bir yeri olduğu söylenebilir. Monarşinin yerini alan demokrasinin kurumlarının ve anayasasının diktatörlüğe direnememesi; bu durumdan bugün için çıkarılabilecek derslerin neler olabileceği sorusunu beraberinde getirir. Otoriter rejimlerin yükselişte olduğu 21. yüzyılda, bu soru ve yanıtlarına dair tartışmalar daha da önem kazanır. Weimar Cumhuriyeti-

ti'nin çarpıcı bir başka özelliği, dönemin yetkin kamu hukukcularının, karşılaştıkları güncel sorunlara yoğun bir ilgi göstermeleri ve bu çerçevede kapsamlı tartışmalar yürütmeleridir. Bu çalışmaya ilham veren de Hans Kelsen ve Carl Schmitt'in, yaşadıkları dönemin kamu hukuku alanına yansıyan krizleri karşısında giriştikleri bir polemikçi anlama çabası oldu. İlk bakışta yalnızca anayasa yargısı ve başkanlık üzerine gözüken bu polemikçi, demokrasi ve anayasa kavramlarına dair bir karşıtlığa dayanması, araştırma ve inceleme sürecinin bir yandan zorlaşmasına, diğer yandan benim için öğretici ve ufuk açıcı bir niteliğe bürünmesine yol açtı.

Kelsen ve Schmitt arasındaki tartışmayı özel kılan, kamu hukukunun pek çok temel kavramına dair iki farklı görüşü içermesidir. Her şeyden önce, korunacak olan anayasanın anlamı, bir koruyucu arayışına yol açan tehlikenin kaynağı, koruyucunun kim olacağı ve tüm bu sorunların arka planında yer alan başlıca mesele olarak demokrasi kavramı... Fakat tartışma konuları ve karşıtlıklar bunlarla da sınırlı kalmaz; devletin niteliği, kuvvetler ayrılığının anlamı, parlamentarizmin özellikleri ve sorunları, siyasi partilerin işlevi, yargısal kararın ayırt edici özellikleri ve tabii Rousseau'nun demokrasi kuramının yorumu konusunda da aynı keskinlikle devam eder.

Kelsen ve Schmitt arasındaki polemikçi bu kapsamlı içeriğini kavramak için öncelikle bağlamını anlamak gerekir. İtiraf etmek gerekirse, bu çalışma sürecinde beni en çok şaşırtan ve bir o kadar da heyecanlandıran da, Kelsen'in kuramını ve görüşlerini Weimar'ın siyasi ve hukuki konjonktürü ışığında okumak oldu. Onun, hukuk bilimini özerkleştirmeye yönelik çabasına, bir demokrat olarak devlet ve hukuk özdeşliği tezini neden savduğuna, ama daha da önemlisi saf hukuk kuramının sunduğu siyasi perspektife dair fikir edinebildiysem, bu sayede mümkün oldu. Schmitt'in kesin ve etkileyici bir dille ileri sürdüğü çarpıcı argümanların zayıflığını ya da kurgusal olduğunu, kimi zaman zor ve karmaşık bir dille de olsa, büyük bir sabır, tutarlılık ve açıklıkla ortaya koyma çabası, Kelsen'in beni en çok etkileyen özelliklerinden biri oldu. Tabii ki bunların hepsi be-

nim öznel değerlendirmelerim, fakat şu hususu bir vaka olarak tespit etmek sanırım yanlış olmaz: Kelsen, en az Schmitt kadar, hukuku biçimlendiren iktidar ilişkilerinin farkındaydı ve değerlendirmelerinde bunları büyük bir özenle dikkate aldı.

Benzer bir şekilde, Schmitt'in görüşlerini, tarihî ve siyasi bağlamı içinde okumak da öğreticiydi. Fakat Schmitt'i ayrıntılı bir şekilde ve Kelsen'in yardımıyla okumak, Schmitt'in kuramına ve görüşlerine dair, eskiye oranla çok daha eleştirel bir konum almama yol açtı. Schmitt hakkında bugüne değin bitmeyen bir tartışma, onun, Weimar Cumhuriyeti'ni ayakta tutmama mı, yoksa cumhuriyetin yıkılışına destek olmaya mı çalıştığıdır. Benim katıldığım görüş, Weimar Cumhuriyeti'nin başlangıç yıllarından itibaren Schmitt'in, çoğulcu ve özgürlükçü toplumsal düzeni; siyasi ve iktisadi krizlerin kaynağı olarak gördüğü oldu. Schmitt'in bu nedenle, Weimar Cumhuriyeti'nin yol açtığı çoğulcu çözülmeyi diktatöryel yetkileriyle aşabileceğine inandığı güçlü bir otoritenin kuramsal zeminini oluşturmaya çalıştığı söylenebilir. Bu doğrultuda geliştirdiği kuramsal çerçeve ve kavramların yanı sıra bunları büyük bir titizlikle ve ayrıntılı olarak gerekçelendirmesi, Kelsen de dâhil olmak üzere, döneminin hemen hemen bütün kamu hukukçularının dikkatini çeken bir özellik olmuş ve Schmitt'e yönelik sert eleştirilerinde bile, onun olağanüstü yeteneğini ve kapasitesini övmelerine yol açmıştır.

Gerçekten de Schmitt'in görüşleri ve kuramı, çoğulcu ve özgürlükçü bir demokrasi ile kurum ve kurallarıyla anayasal bir yönetim hakkında geliştirilmiş; kapsamlı, çarpıcı ve sert eleştirileri barındıran içeriğiyle, demokrasinin ve anayasal devletin zaaflarını kavramak ve gerekli reformları yapmak için yararlanabilecek temel bir kaynak niteliğindedir. Fakat büyük bir dikkatle okunması gereken bir kaynak... Örneğin Schmitt'in kuramında; kurucu iktidarın öznesi olarak nitelendirilen halkın yaşam gücü ve enerjisi, halkın siyasi katılımını artıracak güvencelere değil, diktatörlüğün demokratik olduğuna dair argümana dayanak oluşturur. Schmitt'in, halkın kurucu iktidarının hiçbir normatif ve usuli kısıta tabi olamayacağına dair heyecan veri-

ci saptaması açısından da benzer bir durum söz konusudur. Bu saptama, bir darbe sonrası oluşturulan anayasanın çerçevesini çizdiği kamusal yaşama halkın sessizce katılımının, kurucu iktidarın kullanımı açısından yeterli bir edim olarak kabulünün gerekçesi haline gelir.

Kelsen ve Schmitt'i anlamaya çalışmak, öncelikle kapasitem, ama bir de memleketin hali nedeniyle uzadıkça uzadı. Şimdi, bu çabaya o son noktayı koymamı sağlayanlara teşekkür zamanı. Bu çalışmanın ortaya çıkış sürecinde fikri ve manevi destekleriyle yanımda olan başta Esra Demir, Ceren Akçabay, Reyda Ergün, Hülya Dinçer, Evra Çetin, Kıvılcım Turanlı ve Çiğdem Sever olmak üzere tüm dostlarıma, meslektaşlarıma ve tabii ki aileme öncelikle teşekkür etmek isterim. Kürsüdaşlarım Eyüp Kaan Demirkıran, Kemal Başol, Nurdan Özçelik ve Lütfullah Yasin Akbulut'a da çalışmanın son okumasını yapma nezaketini gösterdikleri için teşekkürü bir borç bilirim. Bu çalışmaya dair düşünmemi ve araştırmamı olanaklı kılan, TÜBİTAK'ın doktora sonrası araştırma bursu desteğiyle, Berlin'de, Prof. Dr. Philip Kunig'in kürsüsünde geçirdiğim bir yıl oldu. Bu destek ve misafirperverlik için müteşekkirim. Daha önce az sayıda basılan bu çalışmanın, gözden geçirilmiş halinin yayınlanmasını sağlayan İletişim Yayınları'na da ayrıca teşekkür ederim. Son olarak, Bülent Tanör'ü bir kez daha burada anmak isterim. "Tanör Etkisi", her şeye rağmen kamu hukuku alanında üretmeye çabalamamı sağlayan bir unsur; halen.

Bu çalışmanın amacı, anayasanın korunmasına ve koruyucusuna dair, iki önemli kamu hukukçusu arasında yaşanan tarihi bir polemigi ve bu polemigin arka planında yer alan iki farklı demokrasi ve anayasa yaklaşımını, bağlamı içinde değerlendirmek ve bugün için de yararlanabilecek şekilde tartışmaya açmaktı. Bunu başarabilmişsem, Ferda ve Deniz Vera sayesinde. Destekleri, sabırları ve neşeleri olmasaydı, bu çalışma tamamlanamazdı. Bu kitap onlara ithaf edilmiştir.

BERKE ÖZENÇ