

THE RULE OF LAW AND CIVIL DISOBEDIENCE

Mehmet Cafer ŞAKAR*

Abstract: In his 1962 speech on disobedience at Marin College in California, Erich Fromm asserted that the beginning of human history was an act of disobedience. In support of this assertion, he offered two facts from the Torah tradition and Greek mythology. Even if the act of disobedience originated in the beginning of human history, it is still relevant today. More precisely, civil disobedience, also known as the right to resistance, has been attempted to be justified politically, morally, and even constitutionally in recent years. This idea has become essential to political theory with the rise of democratic constitutionalism and modern state philosophy. The right to resistance or civil disobedience is defined in most of modern constitutions as a right or even a duty for those who are members of the political community. In order to better understand the relationship between civil disobedience and the rule of law, this study will first examine the relationship between obedience and political.

Keywords: Civil disobedience, rule of law, legal positivism, advanced industrial society

HUKUK DEVLETİ VE SİVİL İTAATSİZLİK

Öz: Erich Fromm 1962 yılında Kaliforniya Marin Kolejinde itaatsizlik üzerine vermiş olduğu derse insanlık tarihinin bir itaatsizlik eylemiyle başladığı iddiası ile başlıyor. Antik Yunan Mitolojisinden ve Tevrat geleneğinden vermiş olduğu iki örnekle bu iddiasını destekliyor. Politik, ahlaki ve hatta son dönemde anayasal olarak meşrulaştırılmaya çalışılan itaatsizlik eylemi, daha özelde sivil itaatsizlik ya da direniş hakkı, her ne kadar izleri insanlık tarihinin başlangıcına kadar sürülebilse de hala güncelliğini korumaktadır. Modern devlet düşüncesinin ortaya çıkışıyla ve demokratik hukuk devletiyle söz konusu kavram siyasal teoride merkezi bir role sahip olmuştur. Günümüz anayasalarının çoğunda sivil itaatsizlik veya direniş hakkı politik bütüne dahil olan bireyler için bir hak hatta ödev olarak tanımlanmaktadır. Bu çalışmada ilk olarak itaatin politik olanla ilişkisi ele alınacak ve sonrasında sivil itaatsizliğin hukuk devletiyle ilişkisi incelenecektir.

Anahtar Sözcükler: Sivil itaatsizlik, hukuk devleti, pozitif hukuk, ileri endüstri toplumu

* Dr. Öğr. Üyesi | Asst. Prof.
Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Türkiye
mcsakar@yyu.edu.tr
ORCID: 0000-0001-9381-9047

1. Giriş

Erich Fromm 1962 yılında Kaliforniya Marin Kolejinde itaatsizlik üzerine vermiş olduğu derse insanlık tarihinin bir itaatsizlik eylemiyle başladığı iddiası ile başlıyor. Antik Yunan Mitolojisinden ve Tevrat geleneğinden vermiş olduğu iki örnekle bu iddiasını destekliyor. Politik, ahlaki ve hatta son dönemde anayasal olarak meşrulaştırılmaya çalışılan itaatsizlik eylemi, daha özeldede sivil itaatsizlik ya da direniş hakkı, her ne kadar izleri insanlık tarihinin başlangıcına kadar sürülebilse de hala güncelliğini korumaktadır. Modern devlet düşüncesinin ortaya çıkışıyla ve demokratik hukuk devletiyle söz konusu kavram siyasal teoride merkezi bir role sahip olmuştur. Günümüz anayasalarının çoğunda sivil itaatsizlik veya direniş hakkı politik bütüne dahil olan bireyler için bir hak hatta ödev olarak tanımlanmaktadır. Öte taraftan, kökenlerini doğal hukuktan alan ve pozitif hukuk yoluyla meşru sınırları çizilmeye çalışılan itaatsizlik eylemi kolektif bilincin örtük tarafında kötücül, gayri ahlaki ve tasvip edilmeyen bir eylem olarak kabul edilir. Bireyin toplumsallaşma sürecinin ilk basamağı olan ailede ve sonrasında eğitim kurumlarında makbul olan itaatsizlikten ziyade itaattir. İtaat etme, geleneksel ifadeyle yumuşak başlı ya da uysal olma iyi bir davranışa veya karaktere örnek gösterilir. Erich Fromm'un ifadesiyle "bir çok toplumsal yapıda itaat en yüce erdem, itaatsizlik ise en büyük günah olarak kabul edilir. [İ]nsanların sahip olduğu temel suçluluk hissi aslında itaatsizce davranmanın yaratmış olduğu korku hissidir. Aslında düşündükleri gibi ahlaki bir sorundan değil, bir emre itaatsizlik ettikleri gerçeğinden rahatsızdırlar. Bu şaşırtıcı değildir; ne de olsa Hristiyan öğretisi Adem'in itaatsizliğini, onu ve soyunu baştan aşağı yozlaştıran bir eylem olarak yorumlamıştır ve insanı bu yozlaşmadan ancak Tanrı'nın lütfu kurtarabilir. İtaatsizliğin günahkarlığını öğreten bu fikir yöneticilerin iktidarını destekleyen Kilise'nin toplumsal işleviyle de uyumludur" (Fromm 2010, 27).

Fromm'un Hristiyan Teolojisi özelinde yapmış olduğu tespit dikkatli bir inceleme sonucunda bizi bu tespitin aslında neredeyse tarihin tüm zamanlarında ve farklı coğrafyalarında yaşayan kültürlere uyarlayabileceğimiz sonucuna götürebilir. 20. Yüzyıl tarihçilerinden Howard Zinn "Voices of a People's History of the United States" başlıklı metinde "[İ]taatsizliğin değil; asıl sorunun sivil itaat olduğunu ifade ediyor. Sorunumuz, dünyanın dört bir yanında hükümet liderlerinin emirlerine itaat ederek insanların savaşa katılmaları ve bu itaat yüzünden milyonlarca insanın yaşamını yitirmesidir. Sorunumuz, dünyanın her yerinde insanların yoksulluk, açlık, aptallık, savaş ve zulüm karşısında itaatkâr olmalarıdır. Sorunumuz, hapisaneler küçük hırsızlarla doluyken ve büyük hırsızlar ülkeyi yönetirken insanların itaatkâr olmasıdır. Bunu Nazi Almanyası örneğinde gördük. Biliyoruz ki oradaki sorun itaatsizlik değildi; tam tersine itaatti" (Zinn 2009, 1000-1001).

Kör ya da bilinçsizce itaate dair örnekler arttırılabilir. Çalışmanın sınırlılığından dolayı itaatin psikolojik, sosyolojik, ahlaki ve politik boyutlarını detaylıca ele almak mümkün görünmüyor. Bu nedenle çalışmanın doğasına uygun düşen yönüne yani yalnızca itaatin politik olanla ilişkisine değinilecektir. Çalışmada öncelikle itaatin politik olanla ilişkisi incelenecek; sonrasında sivil itaatsizliğin hukuk devletindeki rolüne ve pozitif

hukuk metinlerinde sivil itaatsizliğe dair örneklere yer verilecektir. Hukuki pozitivizmin neden olduğu sakıncaları ele alan çalışma itaatini ileri endüstri toplumundaki dönüşümüne yer verecek ve sivil itaatsizliğin demokratik hukuk devletindeki denetleyici rolüne değinerek sonuçlandırılacaktır.

2. İtaatin Politik Olanla İlişkisi

İtaatin politik olanla ilişkisi ya da daha doğrudan ifade edilecek olursa bireyin politik iktidara karşı itaat yükümlülüğü iki yönlü bir soruşturmayı gerekli kılar. İlki itaat eden bireyden yola çıkarak, her ne kadar bugün için sakıncalı bir ifade olsa da, bireyin doğası veya bireye içkin olan özellikleri temele alan bir açıklamayı içerir. İkincisi ise ilkiyle ilişkili olarak politik iktidarın meşru kökenlerini açıklamaya yöneliktir. İlkine ilişkin radikal iki bakıştan söz etmek mümkündür. İlk olarak insanı tehlikeli ya da önlem alınmadığı takdirde kötülüğe meyiletme ihtimali olan ve dolayısıyla denetlenmesi ve disipline edilmesi gerektiğini iddia eden radikal görüşe değinilecek olursa, bu görüşü temele alan politik yapı baskı ve kontrol araçlarıyla politik bütünü oluşturan bireyleri güvenli bir yaşam alanı yaratma vaadiyle gözetim altında tutmayı amaçlar. Bu tanımlama modernite sonrası devlet geleneğinde Thomas Hobbes'un teorisiyle özdeşlik taşır. Hobbescu geleneğe yakınlığıyla bilinen ve politik olanı dost/düşman karşıtlığı ekseninde inşa eden Carl Schmitt itaat ve himaye arasındaki ilişki üzerinden bu iddiayı destekliyor. Schmitt'in ifadesiyle: "İtaat ve koruma ilkesi sadece, en açık bir biçimde feodal düzende derebeyi ve vasalın, lider ve maiyetinin, patron ve müşteri ilişkilerinin temelini oluşturmakla kalmaz, aksine koruma - itaat ilişkisi olmaksızın bir hakimiyet ya da tabiyet, mantıklı bir meşruiyet ya da yasallık durumu da mümkün değildir. *Protego ergo obligo* (koruyorum, o halde kendime bağlıyorum) cümlesi, devletin cogito ergo sum (düşünüyorum, o halde varım) ilkesidir ve bu cümlenin bilincine sistematik açıdan vakıf olamayan bir devlet teorisi yetersiz bir fragman olmaktan öteye geçemez" (Schmitt 2012, 82). Her birinin ötekini bir tehdit unsuru olarak gördüğü bireylerin oluşturmuş olduğu politik bütünü öteki politik birliklerden koruma amacını ve içeride de tehdit edici bireysel unsurları kontrol amacı güden bu bakış açısı bireyin itaatini kontrolsüz şiddeti engellemek gayesiyle temellendirir. Güvenlik ve özgürlük arasındaki tartışmalı ilişkide güvenlik adına özgürlükler kısıtlanır. İtaatin ahlaki dayanak noktası ikincil bir önem taşır. Koşulsuz itaat her türlü kötülüğü engellemek için bir yükümlülüğe dönüşür. Schmitt'in Thomas Paine'ye atıfta bulunarak ifade ettiği gibi: "Toplum (*society*) mantıklı biçimde düzenlenmiş ihtiyaçlarımızın, hükümet (*government*) ise kötü alışkanlıklarımızın sonucudur" (Schmitt 2012, 91).

Güvenlik adına itaate zorlayan, gözetleyen ve disipline eden bakış açısı ekseninde kurulan politik düzeni tutsak edici bir düzen olarak gören bir başka bakış açısından söz etmek mümkündür. "İnsan zindanda da sessizlik içinde yaşar ama, bu kadarı orayı özenir bir yer yapmaya yeter mi? Kyklop'ların mağaralarına kapatılmış olan Yunanlılar da hayvanlara parçalatılmadan önce sıra beklerken, sessiz sessiz yaşıyorlardı orada" (Rousseau 2010, 8). Bu bakış açısı himaye ve itaat ilişkisi üzerine kurulu olan politik düzenin bizatihi kendisinin her türlü kötülüğü ve güvensizliği yarattığını iddia ediyor. İnsanın sessizlik fakat öte taraftan varoluşuna yabancılaşmış bir biçimde yaşamını

sürdürmesi varoluşunun özsel niteliğinden uzaklaşması anlamına gelir. Bu da en büyük kötülüktür. Ayrıca “insan boyun eğmeye zorlanıyorsa, boyun eğmek zorunda değil demektir. Özgürlüğünden vazgeçmek, insan olma niteliğinden, insanlık haklarından, hatta ödevlerinden vazgeçmek demektir” (Rousseau 2010, 7-9). Özgürce eyleme yetisine sahip olmak ancak bireyin kendi istencini takip etmesiyle mümkündür. Bu, kendi dışındaki istençlerin baskısı altında olmamak ve yaşamı boyunca, her durumda bireyin kendi efendisi olması, her şeyden önce maddi olarak kendi kaderini tayin etme, kendi kendini yönetme, özerklik anlamına gelir (Kersting 2002, 82).

Kültürlenme sürecini bir çeşit yozlaşma olarak tanımlayan ve özgürlüğü insanın varoluşuna içkin bir nitelik olarak gören Jean - Jacques Rousseau’dan yaklaşık iki Yüzyıl önce Etienne de la Boetie benzer görüşleri savunmuştu. İsmi gölgede kalan hukukçu ölümünden on dört yıl sonra Gönüllü Kulluk başlığıyla yayınlanan eserinde himaye karşılığında sağlanan korumanın bir çeşit kötülük olduğunu savunuyor. “[M]allarınıza, ailelerinize ve yaşamlarınıza yarım yamalak bile sahip olmak, size büyük bir mutluluk gibi gözüküyor. Tüm bu zarar, bu kötülük, bu yıkım size düşmanlardan gelmiyor; hiç kuşkusuz tek bir düşmandan, yani öylesine yücelttiğiniz, uğrunda cesa-retle savaşa gidip kendinizi ölüme atmaktan çekinmediğiniz o kişiden geliyor. Kendi kendini kulluklaştıran, kendi boğazını kesen halk, özgürlük ve kulluk seçeneği karşısında bağımsızlığını terk edip boyunduruğu kabul etmiş, ve bu kötü duruma razı olmak şöyle dursun, onu arzulamıştır. Bu ne denli kötü yazgıdır ki, yalnızca bağımsızca yaşamak için doğan bir yaratık olan insanı öylesine yozlaştırıp, ona ilk varlığının anısını ve buna yeniden kavuşma arzusunu unutturabilmiştir. Üstelik halk, çok içten ve istekli bir biçimde kulluk (hizmet) ediyor. Bu durumu gören, onun özgürlüğünü değil de köleliğini kaybettiğini sanır (Boétie 2011, 23-32). Erich Fromm eleştirel bir şekilde öznenin itaate yönelik bu gönüllü eğilimini şu şekilde ifade diyor: “İnsan neden itaat etmeye bu kadar yatkındır ve itaatsizlik etmesi neden bu kadar zordur? Devletin, Kilisenin ya da kamuoyunun gücüne itaat ettiğim sürece kendimi güvende ve korunmuş hissederim. Aslında itaat ettiğim gücün ne tür bir güç olduğu pek önemli değildir. Bu güç her zaman şu ya da bu şekilde güç kullanan ve hileyle her şeyi bildiğini ve her şeye gücü yettiğini iddia eden bir kurum ya da insanlardır. İtaatim beni taptığım gücün bir parçası yapar ve bu nedenle kendimi güçlü hissederim. Hata yapamam, çünkü benim adıma karar verir; yalnız kalamam, çünkü beni gözetir; günah işleyemem, çünkü buna izin vermez ve günah işlesem bile, ceza yalnızca yüce güce geri dönmenin bir yoludur (Fromm 2010, 13).

Yukarıda itaatin politik olanla ilişkisinin iki yönlü bir soruşturmayı gerektiği iddia edilmişti. İtaat eden veya itaate zorlanan bireyden yola çıkan bakış açısının da Hobbes ve Rousseau özelinde iki boyutu ele alındı. Özneyi kendi iradesini takip etme noktasında aciz, iradesi doğrultusunda eylese de kör arzuya ve rekabete yönelen ve nihayetinde tehdit unsuru olarak gören bakış açısı öznenin mutlak itaatini öznenin kendi menfaati için bir yükümlülük olarak görüyor. Kısacası öznenin itaati kendisine olan güvensizliğine dayanır. Bu bakışın karşı kutbunda baskı ve disiplin araçları vasıtasıyla iradesi bükülmeye çalışılan öznenin kötülük olarak tanımlanan tutsak edici yaşamından söz edildi. Öznenin kendisinin de bir süre sonra ikna olduğu bu yaşam, Fromm’un

ifadeleri düşünülecek olursa, aslında sorumluluktan ve daha özeldede özgürlükten kaçmak anlamına geliyor. Boetie, Rousseau ve Fromm'un ifadeleri düşünülecek olursa özü itibariyle insan kendinden ve varoluşunun özsel niteliği olan özgürlükten kaçamaz. Kendi istencini takip etmek anlamına gelen özgürlük insana eklenilen bir sıfat olmaktan ziyade varoluşunun içkin niteliğini ifade eder. Peki bu durumda varlığın tözsel koşulu olan bu nitelik sivil toplum durumunda veya politik bir düzende kendisini ne şekilde varoluşa getirebilir? Rousseau'nun, Immanuel Kant'ın ve Erich Fromm'un bu güçlüğe karşı vermiş oldukları yanıtlar neredeyse özdeştir. Rousseau bireysel otonomiye genel istenç ve genel istencin yansıması olan yasa üzerinde çözüme kavuşturur. "Kendini topluma bağlayan kişi, hiç kimseye bağlanmamış olur; [k]endimiz için koyduğumuz yasalara boyun eğmekse özgürlüktür" (Rousseau 2010, 14-19). Bir kişiye, kuruma ya da güce itaat (heteronom itaat) boyun eğmektir; özerkliğimden vazgeçmemi ve kendi iradem yerine yabancı bir iradeyi ya da hükmü kabul etmemi gerektirir. Kendi aklıma veya kanaatime itaat (otonom itaat) bir boyun eğme değil, bir onaylama eylemidir. Kanaatim ve yargım, eğer gerçek anlamda bana aitse, benim bir parçamdır. Başkalarının hükmü yerine onları takip edersem, kendim olurum (Fromm 2010, 9).

İtaatin politik olanla ilişkisi yukarıda ifade edilen iki görüş bağlamında değerlendirildiğinde ilk görüş mutlak egemenliği, devlet sırrını (*arcana imperii*) ve devlet aklını/çıkarını (*raison d'etat*) bireysel çıkarın, daha genel anlamda her şeyin üzerinde tutan egemenlik anlayışını savunur. İkinci görüş ise mutlak egemenlik karşısında himaye altına alınması gereken bir *yığından* ziyade rasyonel ilkeye dayanan sivil toplumun devletleşme şekline atıfta bulunur. Sivil toplumun gelişiminde önemli bir rolü olan siyasal kamunun tarih sahnesinde belirmesi toplumun rasyonelleşmesi sürecini hızlandırmıştır. "Nasıl ki *arcana* (sır) *voluntas* (irade) temelinde kurulmuş bir egemenliği ayakta tutmaya hizmet ettiyse, aleniyet de *ratio* (akıl) temelinde kurulmuş bir yasamanın hayata geçirilmesine hizmet eder. Locke, kamusal olarak ilan edilen yasayı bir *common consent*'e (ortak rıza) bağlar; Montesquieu onu adeta *raison humanie*'e (insani akıl) geri götürür. Burjuva kamusunda, mutlakiyetçi egemenliğe karşı genel ve soyut yasalar kavramını ve talebini formüle eden ve nihayet kendinin, yani kamu oyunun bu yasaların tek meşru kaynağı olduğunu savunmayı öğrenen bir siyasal bilinç gelişir. 18. Yüzyılın akışı içinde kamu oyu, polemiksel-rasyonel kavrayışı bizzat kendisine borçlu olan normlar için yasama selâhiyeti isteyecektir. Siyasal işlevli kamu, *voluntas*'ı bir *ratio*'ya tahvil eder; bu *ratio*, özel savlar arasındaki kamusal rekabet içinde, kamu yararı için fiilen zorunlu olan şey üzerindeki mutabakat (konsensüs) olarak ortaya çıkar (Habermas 2003, 130-171). Kamusal alanda yaşanan bu dönüşüm mutlak egemenliğin çözümlüşüne ve modernite sonrası yeni bir devletleşme şekline olanak tanır. Rasyonel bir ilkeye dayanan bu devletleşme şekli herhangi bir egemenin keyfi istencine bağlı değildir. Rasyonel ilke bu devlet seklinin öznel arası kabul görmüş bir düzene dayandığı anlamına gelir. Devletin rasyonel işleyişi veya rasyonel bir temele dayanması, bu işleyişin herhangi bir bireyin veya bir grubun keyfi iradesine bağlı olmadığı fakat daha çok devlet egemenliğinin meşruluğunu olanaklı kılan toplum tarafından kabul görmüş genel bir düzen anlamına gelir. Modern devlet rasyonel meşruluk aracılığıyla öznel ötesi bir karakter kazanır" (Lakitsch 2013, 31). *Voluntas*'tan *ratio*'ya doğru yaşanan bu dönüşüm toplumsal yaşam alanının normatif bir karakter kazanmasına olanak

tanımıştır. Egemenliğin karakteri politik birliğe dahil olan bireylerin istençlerinden tamamen ayrılmış, dışsal ve yabancı bir nitelikten, kısacası heteronom bir yapıdan, politik birliği oluşturan bireylerin istençlerinin görünümünü ifade eden otonom bir niteliğe dönüşür. Siyasal alanın bu yeniden organizasyonu modern devlet yapılanmasının kökenlerini oluşturur. “Modern devlet hukuksal normların ve yasaların kontrolünde bireysel öznelerin keyfi iradelerine bağlı olmaksızın sahip olduğu modern kurumlar vasıtasıyla işleyen bir yapıdır. En temelde şu iki ilke üzerine kurulu olduğu iddia edilebilir: Ahde vefa ilkesi (*pacta sunt servanda*) ve hukukun üstünlüğü ilkesi (*Rule of Law, Rechtsstaatsprinzip*). İlki devletin kuruluş şeklini ikincisi ise yaşam idealini belirler” (Şakar 2022, 31).

3. Hukuk Devleti¹ veya Anayasal Devlet

Anayasal devlet kavramı, on sekizinci Yüzyılın sonları ve on dokuzuncu Yüzyıldaki (sivil) anayasal hareketle, ihtilafli bir şekilde ve siyasi bir kavram olarak Mutlakiyetçiliğe karşı ortaya çıkmıştır. Amacı yalnızca devlet iktidarının örgütlenmesini ve kullanılmasını bir tür iç kurala bağlamak değil aynı zamanda devlet gücünün yetkilerini sınırlayan, yükümlülük yaratan ve özgürlüğü güvence altına alan zorunlu bir yasaya bağlanmasını sağlamaktır. Şekli anlamda anayasal devlet, yasal bir anayasanın var olduğu ve yürürlükte olduğu devleti ifade eder. Bu anayasanın spesifik içeriği önemli değildir. Burada anayasal devletin yasal açıdan önemli özelliği, egemen devlet iktidarının kullanılmasının, bu iktidarın sahibinin kim olduğuna bakılmaksızın, sabit biçim ve usullere bağlı olması ve böylece yasal bir düzen içinde yer alması ve kamusal hesap verebilirliğe tabi olmasıdır. Bu anlamda anayasal devlete geçiş Avrupa kıtasında ilk kez 1791 Fransız Anayasası ile gerçekleşmiştir. Almanya’da ise bu geçiş on dokuzuncu yüzyıl boyunca tek tek Alman devletlerinde monarşik iktidarın anayasal olarak sınırlandırılması ve 1867’de Kuzey Almanya Konfederasyonu’nun ve 1871’de Alman İmparatorluğu’nun anayasası ile gerçekleşmiştir. Bu şekilde hayata geçirilen ‘anayasallık’ 1918/19’da demokrasiye geçiş sırasında da korunmuştur. Anayasal monarşiyi mutlak bir demokrasi değil, Weimar Anayasası’nda şekillenen anayasal bir

¹ Bu çalışmada hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ve anayasal devlet, Almanca alanyazında kullanılan *Rechtsstaat* ve İngilizce *Rule of law* kavramları arasında varolan temel ayrımlar ve benzerlikler çalışmanın sınırlılığından dolayı kapsam dışı bırakılmıştır. Fakat meseleye dair kısa bir açıklama yapmak gerekirse N. W. Barber “*Weimar: A Jurisprudence of Crisis by A. Jacobson and B. Schlink*” adlı çalışmaya yönelik hazırlanmış olduğu “*The Rechtsstaat and the Rule of Law*” başlıklı derlemesinde konuya dair şu tespitte bulunuyor: “Rechtsstaat kavramının rule of law kavramına benzemesi şaşırtıcı değildir. Çünkü her iki kavram da benzer sorulara benzer yanıtlar vermektedir. Her kişinin de çıkış noktası iktidarın buyruklarına tabi olmak yerine bir kişinin hukuk kuralları ile yönetilmesinin ne anlama geldiğinin araştırılmasıdır. Her iki kavram da söz konusu soruyu yanıtlamaya çalıştığından *Rechtsstaat* etrafındaki tartışmaların *rule of law*/hukukun üstünlüğü ya da hukuk devleti etrafındaki tartışmaları takip etmesi doğaldır. Bkz: Bkz: N. W. Barber, *The Rechtsstaat and the Rule of Law*, The University of Toronto Law Journal, Autumn, 2003, Vol. 53, No. 4, 444. Edinburgh Üniversitesi hukuk Profesörü D. Neil MacCormick benzer bir iddiayı şu şekilde dile getiriyor: “Benim tezim, *Rechtsstaatsbegriff* kavramı ile İngiliz-Amerikan *Rule of law* kavramı arasında temel bir fark olmadığıdır. [E]lbette Almanca ve İngilizce terimler arasında açık bir dilsel fark olduğunu kabul etmeliyim. Her halükarda, rule of law terimi devlete açık bir atıfta bulunmazken, *Rechtsstaatsbegriff* terimi devlet hakkında belirli bir ifadede bulunmaktadır.” Bkz: D. Neil MacCormick, *Der Rechtsstaat und die rule of law*, *JuristenZeitung*, 20. Januar 1984, 39. Jahrg., Nr. 2, 65.

demokrasi izlemiştir. Maddi anlamda anayasal devlet ise sadece devlet iktidarını şekillendiren ve kısıtlayan bir unsur değildir; daha ziyade, devlet iktidarının kullanılmasının ön koşulunu oluşturur. Anayasa, devleti ve devletin her türlü egemenlik ve karar alma yetkisini ilk etapta oluşturan 'en yüksek yasa' olarak kabul edilir (Böckenförde 2017, 141–143).

Alman Hukukçu Ralf Dreier "Rechtsstaat" kavramının köken olarak 19. Yüzyılın ilk yarısına dayandığını ve bu kavramın, Almanca dışındaki dillerde tam karşılığı bulunmayan, özellikle Almancaya özgü bir terim olduğunu vurguluyor. "*Rechtsstaat*" kavramın Hukuk (Recht) ve Devlet (Staat) terimlerinin biraradalığını içermesi² Almanya'da, devletin öncelikle hukuki bir olgu olarak değil, bir iktidar yapılanması olarak anlaşılması ve bu nedenle hukukun devlete eklenmesi, devlet iktidarını bağlayan ve sınırlayan bir unsur olarak yorumlanmasına neden olmuştur. Rechtsstaats'ın beş özelliği şunlardır: Birincisi, temel haklar; ikincisi, kuvvetler ayrılığı; üçüncüsü, idarenin kanuniliği; dördüncüsü, bağımsız mahkemeler tarafından sağlanması gereken hukuki koruma; ve beşincisi, devlet iktidarı kullanımının tahmin edilebilir veya hesaplanabilir olması" (Dreier 1985, 40).

Türkiye'de hukuk devletinin gelişim sürecini bakıldığında 3 Kasım 1839 tarihinde ilan edilen Tanzimat Fermanı, Türkiye'de hukuk devleti tarihinin ilk tohumlarını atmıştır. Başka bir ifadeyle Türkiyede hukuk devletinin gelişiminde, Tanzimat Fermanı başlangıç alınarak, 1876 yılındaki Kanuni Esasi'nin, 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun ve 1961 Anayasasının baslıca dönüm noktaları olduğu öne sürülebilir. Tanzimat Fermanı, yaptırım gücü bulunmasa da, yetersiz de olsa, geriye dönüşlere tanık olursa da getirdiği kavram ve kurumlarla, anlayışlarda yaptığı değişikliklerle modern devlet ve kurumlarının temellerini atmış, hukuk devletine giden dönemi açmıştır. Hukuk devleti açısından; normlar hiyerarşisinin belirginleştiği, erkler ayrılığı ilkesinin benimsendiği ve yargı denetiminin öngörüldüğü bir sistem olması nedeniyle, 1909 Kanuni Esasi değişiklikleri hukuk devletinin gelişiminde olumlu yönde değişiklikler olarak görülmelidir. Hukuki içeriği bakımından, yeni hak ve özgürlüklerin tanınması, basın üzerinde sansürün kaldırılması, siyasal sistemde modernleşme ve demokratikleşme, hukuk devletinin gelişimi yönünden belirtilemeye değerdir. 1924 Anayasasında anayasal uygulama hukuk devletinin gereğini ortaya koymuştur. Türkiye'de 1950'li yılların sonuna doğru öğretilen formüle edilen hukuk devleti kavramına göre, yasa-ların anayasallık denetimi ile hukukun genel ilkeleri ve demokrasi arasın-da sıkı, ayrılmaz bir ilişki kurulmaktadır. Buna öteki iki kavram da eklen-mektedir: Temel haklar güvencesi ile yasama ve yürütme erklerinin ayrılığı ilkesi. Genel olarak Anayasa hükümlerini Hukuk Devleti ilkeleri açısından değerlendirecek olursak; normlar hiyerarşisi bakımından ilk kez açık olarak Anayasasının üstünlüğü ilkesi konarak hukuk düzeninde bir kurallar basamaklanması oluşturduğu söylenebilir. 1924 Anayasası, T.C.'nin niteliklerini sayan 2'nci maddesinin ne ilk biçiminde, ne de 1928 ve 1937 değişikliklerinde «Hukuk Devleti» ifadesine yer vermektedir. Anayasanın öteki maddelerinde de bu ifadeye rastlanmamaktadır. Terminolojik olarak, «kanun» dışında

² İlgili ekleme benden.

sadece hukuk kavramına yer verilmektedir. Anayasa Hukuku tarihimizde "Hukuk Devleti" ifadesi ilk kez 1961 Anayasasında kullanılıyor. Başlangıç kısmında "demokratik hukuk devletini, "insan hak ve hürriyetlerini, milli dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdi ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirme" ve güvence koşulu olarak bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurma amacını öngörür. Anayasanın ikinci maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir" hükmü yer almaktadır. 1982 Anayasasının başlangıç kısmında, "hukuk devleti" yerini, "hukuk düzeni"ne, insan haklarına 'dayalı' hukuk devleti ifadesi yerini, insan haklarına 'saygılı' hukuk devleti ifadesine bırakmaktadır. Demokrasi ilkesini öngören hükümler 1961 Anayasasına göre daha az sayıda olup, "insan haysiyeti" vb. ifadelerin ise 1982 Anayasasında daha az kullanıldığı dikkat çekmektedir. Yine yürürlükteki Anayasa'da, "hukukun üstünlüğü" ifadesi, yalnızca 103'üncü maddede, Cumhurbaşkanının andiçmesine ilişkin metinde yer almaktadır (Kaboğlu, 148-161).

Kamusal alanda yaşanan dönüşümlere dair ifadeler ve yukarıda anayasal devlet düşüncesine dair açıklamalar düşünüldüğünde Türkiye ve Kıta Avrupası özelinde siyasal iktidar alanında yaşanan dönüşümün temel amacının ilk kerte de keyfi istence dayalı mutlak egemenliğin sınırlarını çizmeye yönelik bir girişim olduğu kanaatine varılabilir. Bu girişimler sonucunda politik iktidarın kökeni gelenek veya teolojinin belirlediği biyolojik bir öznenin istencinden ziyade sivil toplum alanında özneler arası rasyonel bir ilkeye dayanmaktadır. Habermas'ın ifadesiyle "kendi içinde farklılaşmış toplumlarda kolektif bilinç devlette cisimleşmiştir. Modern devletlerin gelişmesinin karakteristik yönü, bu devletlerin meşruluğun kutsal temellerinden, politik kamusalılık içinde iletişimsel olarak kurulmuş, tartışımsal olarak açıklanmış ortak istencin temeline geçmiş olmalarıdır" (Habermas, 2006, 510). Baska bir ifadeyle, kolektif bilincin devletli örgütlenme biçimine dönüştüğü toplumlarda devletin şiddet tekeli ele geçirdiğinden ve meşru egemenliğini bütünsel yapının ortak iradesine dayandırdığından söz edilebilir.

4. Hukuk Devletinde Sivil İtaatsizlik³ ve Direniş Hakkı

Hukuk devletinin siyasi görevi farklı çıkarlara sahip olan insanlara eşit ve özgürce bir yaşam sunmaktır. Bu siyasi görev, hukuk düzeninin garanti altına alınmasıyla olanaklı hale gelir. Hukuk devleti bu amacı gerçekleştirebilmek için bir çeşit hijyen mantığıyla insanlar ve gruplar arasındaki çıplak ya da kontrolsüz şiddeti engelleyerek şiddet

³ Alanyazında sivil itaatsizliğin tanımına yönelik bir uzlaşma olduğu görülmektedir. Konuya dair temel tartışmalar tanımda yer alan özellikle şiddet ve vicdan kavramlarının farklı şekillerde tanımlanmasında yatmaktadır. Bu çalışmada bu tartışmalara değinilmeyecektir. En genel tanımı John Rawls'un H.A. Bedaus'a atıfta bulunarak yapmış olduğu tanımda görmekteyiz: Sivil itaatsizliği, genellikle yasalarda veya hükümet politikalarında bir değişiklik meydana getirmeyi amaçlayan, kamuya açık, şiddet içermeyen, vicdan tarafından yönlendirilen, ancak siyasi açıdan yasadışı bir eylem olarak tanımlıyorum. Bu tür eylemlerle kişi, toplumun çoğunluğunun adalet duygusuna hitap eder ve kendi düşüncesine göre, özgür ve eşit insanlar arasındaki sosyal dayanışmanın ilkelerine uyulmadığını ilan eder. bkz: John Rawls. 1971. Eine Theorie der Gerechtigkeit. in: Ziviler Ungehorsam: Texte von Thoreau bis Occupy. Hrsg. Andreas Braune. Stuttgart: Reclam. 2017, 109.

tekeline sahip olması gerektiğini iddia eder. Başka bir ifadeyle hukukun ve meşru eylemin sınırlarını belirleyen günümüz devlet yapılanması bu sınırların dışına çıkan her türlü eylemi birer suç eylemi olarak tanımlamaktadır. Ancak hukuk devleti kendi yasalarına uymaz, kendi yasalarını görmezden gelirse ve siyasi karar alıcılar hukuk devletinin temel ilkelerini ihlal edecek bir tavır içerisine girerse, vatandaşlar yine de bu yasalara uymak zorunda mıdır? Yurttaşların adil olmayan yasalara ve yasal uygulamalara karşı tavrı nasıl olmalıdır? Bu hakkı kullanan bireylere karşı yargıçların ve diğer kamu görevlilerinin tavrı nasıl olmalıdır?

“Hukuk düzenimizde yasa tekliflerinin üç kez görüşülmesinden, çıkarılan yasalara karşı yargı yolunun açıklığına dek uzanan çok sayıdaki içsel düzeltme mekanizmasının varlığı, daha farklı düzeltme mekanizmalarının dışlanması değil, hukuk devletinin ciddi bir düzeltme gereksinimi duyduğunun ifadesidir” (Habermas 1997, 126). Hukuk devletinin kurumlarında yanlılabılır akla ve insanın yozlaşma ihtimali olan özellikteki doğasına karşı güvensizlik vardır. Ne yasal hak arama yollarına uyum ne de bilimsel içtihatların otoritesi, biçimsel olarak sağlam gözükken hukuk düzeninin ve hukuk biliminin ahlaki olarak yozlaşmasına engel teşkil ediyor. Kendisine sadık kalmak isteyen hukuk devleti paradoksal bir görevle karşı karşıya bulunuyor. Kurumsal bir biçim veremese bile devletin, legal biçimlerde ortaya çıkabilecek hukuk dışı bir düzen ihtimalini sürekli olarak koruması ve canlı tutması gerekmektedir. Kendine karşı bu kurumsallaştırılmayan güvensizlik düşüncesiyle, hukuk devleti kendi pozitif hukuk düzeninin sınırlarının dışına taşmaktadır. Paradoksun çözümü, yurttaşlarını geçiş dönemleri ve olağanüstü durumlarda, yasallığın yasal biçimde ihlalini fark edecek ve gerektiğinde ahlaki öngörülerle yasal olmayan davranışlara girecek, duyarlılık, karar verme yeteneği ve risk alma sorumluluğuyla donatacak bir politik kültürde yatmaktadır (Habermas 1997, 124-125). Bu politik kültür günümüz hukuk ve politik alanyazınında sivil itaatsizlik veya direniş hakkıyla kurumsallaştırılmaktadır. Hukukun üstünlüğü ilkesini benimseyen anayasal demokratik devletleşme biçimi teorik düzeyde her ne kadar ideal bir düzen vaat ediyor olsa da yukarıda Habermas’a atıfta bulunularak ifade edildiği gibi belirli risklerle karşı karşıyadır. Dahası sivil toplumda yaşanan hızlı dönüşümler stabil ve mutlak anlamda belirlenmiş bir hukuk düzeninin sınırlarını esnetme çabası içerisindedir. Küresel anlamda yaşanan göç krizinin ve ekolojik risklerin neden olduğu sosyo-politik durumlar sancılı bir geçmişin mirası olan günümüz politik düzenlerini radikal kararlar alma noktasında zorlamaktadır. Yaşanan krizler karşısında hükümetlerin aldığı tavırlar sayısızca adaletsizliği de beraberinde getirmektedir.

Hukukun üstünlüğünü ilke edinen demokratik anayasal devlette kendine alan açmaya çalışan bu iki protesto biçiminin (sivil itaatsizlik ve direniş hakkı) önemine değinmeden önce söz konusu protesto biçimlerinin anayasal veya hukuksal olarak temellendirilebilme olanağından söz etmek istiyorum. İlk olarak sivil itaatsizliğe ve direniş hakkına yer veren bazı politik ve hukuksal metinlere örnekler verilecek olursa 21 Ağustos 1911 tarihli Portekiz Anayasası’nın otuz yedinci maddesi ferde tanınan garantileri ve bu garantiler yürürlükle olduğu sürece bunları ihlâl eden emirlere karşı ferdin direnme hakkının varlığını kabul etmiştir. 5 Şubat 1917 tarihli Meksika Birleşik Devletleri Anayasası’nın otuz dokuzuncu maddesi de, halkın yönetim biçimini her

zaman değiştirme hakkının bulunduğunu söyler, halk bu hakkını başkasına devir ve temlik de edemez. 1 Aralık 1946 tarihli Hessen Eyaleti Anayasası' nın yüz kırk yedinci maddesi anayasaya aykırı olarak kullanılan iktidar karşısında fertlere direnme hakkını tanımış, ve daha da ileri giderek bu durumda direnmeyi bir görev saymıştır. 1776 Virginia İnsan Hakları Bildirgesi 3. madde: "(...) Herhangi bir yönetim bu göreve layık olmadığını gösterir ya da bu görevi hiçe sayarsa, toplumun çoğunluğunun, kamu yararına en uygun gördükleri bir biçimde, bu yönetimde ıslaha gitmek, yapısını değiştirmek ya da ilga etmek hakkı doğar; bu hak vazgeçilemez, devredilemez ve iptal edilemez bir haktr". 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Başlangıç Kısımı: "İnsanın zulüm ve baskıya karşı son are olarak ayaklanmaya zorunlu kalmaması için, insan haklarının, hukukun üstünlüğü yoluyla korunmasının zorunluluk olduğuna" ifadesine yer verir (Göze 2011, 39). Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası 20.madde/4. fıkrası: "Bu düzeni bertaraf etmeye kalkışan herkese karşı tüm Almanlar başka bir are bulunmadığı takdirde, direnme hakkına sahiptir." Őeklinde düzenlenmiştir. 100 yıllık Türkiye Cumhuriyeti tarihine baktığımızda 1961 Anayasasında belirgin bir Şekilde ve 1982 Anayasasında yorumlayıcı bir Şekilde direniş, hakkının yer aldığını görürüz. 1982 Anayasası direnme hakkına yer vermediği halde, başlangıç kısmında TÜRK MİLLETİ TARAFINDAN, demokrasiye açık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunur ifadesi direniş, hakkı olarak yorumlanmaktadır.

Daha önce de ifade edildiği gibi günümüzde hukukun üstünlüğü ya da hukuk devleti ilkesi politik düzenin en önemli niteliği olarak kabul ediliyor. Başka bir ifadeyle hukuk devleti ilkesi anayasal demokratik devletin en temel karakteristiği olarak görülür. Keyfi iktidarın karşısında sınırları yasalarla belirlenmiş bir iktidar modelinden söz ediyoruz; yani biyolojik öznelerin keyfi iradesine karşı politik bütün içerisinde yaşayan hukuki öznelerin iradesini yansıtın normlardan oluşan bir düzen. Bu politik düzeni, 20. Yüzyılın çokça atıfta bulunulan hukuki pozitivistlerinden Hans Kelsen, normlardan oluşan bir düzen olarak tanımlar. Kelsen açısından devlet ve hukuk özdeşlik taşır (Kley ve Tophinke 2001, 177). Kelsen'le sıkı bir mücadele içerisine giren, zaman zaman Nazi ideolojisinin teorisyeni olarak tanımlanan Carl Schmitt normun işlevsel olabilmesi için minimum bir ortamı, güvenlik anlamında, zorunlu koşul olarak görüyor. Ona göre herhangi bir kaos durumunda bir normun uygulanmasının olanadı yoktur. Her genel norm, üzerinde uygulama alanı bulabileceği ve normatif düzenlemesine tabi duyacağı hayat Őartlarının geliştirilmesini talep eder (Schmitt 2010, 20).

Hukuki pozitivistizmin temsilcilerinin aksine politik bütüne dahil olan yaşam biçimlerinin oluşturduğu sosyal yaşam ya da daha genel anlamda eğer Habermas'ı takip edersek yaşam dünyası stabil ve somut olmaya karşı bir direnç içerisinde dir. Yaşam dünyasının dinamik yapısı veya olgusal gerçeklik stabil ve nesnel olan normlar dünyasını tehdit edici bir Şekilde varlığını sürdürmektedir. Tamamen biçimsel olarak düzenlenmiş, normlara dayanan ve yaşam dünyasına yabancı olan hukuksal bir düzen yaşam dünyasını tahakkümü altına alan ve bünyesindeki hukuksal özneleri hukukun nesnelere dönüştüren bir düzen olma potansiyelini kendinde taşır. Şimdi pozitivist hukuk gelenegi'nin devlet ve hukuk anlayışıyla olgusal olanı önceleyen dönüşümlere

açık, yeni ve alternatif yaşam biçimlerine olanak tanıyan bir başka geleneğin karşı karşıya geldiğini görüyoruz. Başka bir ifadeyle katı normativizmle olgusal olan arasındaki çatışkı ile karşı karşıyayız. Bir tarafta yaşam dünyasını güvenlik ve düzen iddiasıyla sınırlama çabası içerisinde olan bir düzenle bu sınırları zorlayan ve dönüştürme çabası içerisinde olan karşıt düzenin mücadelesinden söz ediyoruz. Bir çeşit hijyen mantığıyla öteki aktörleri şiddet veya güç kullanmaktan men eden; güvenlik ve düzen vaadiyle kaotik şiddeti yasaklayan; şiddet tekeli ele geçiren bir düzenden söz ediyoruz. Bu durum her türlü itaatsizlik veya direniş eyleminin birer suç eylemi olarak tanımlanmasına neden olmaktadır. Hukukçu Ralf Dreier' in ifadesiyle "Modern devletin yapısı ve içsel doğası direniş hakkını yasaklamaktadır. Direniş hakkı hukuksal mantık açısından imkansızdır ve kurumsal olarak gereksiz hale gelmiştir. Bugün direniş devrimdir. Ancak devrim hukuka karşıdır, hukukla birlikte gerçekleştirilemez. Ralf Dreier Hukuk Devletinde Sivil İtaatsizlik ve Direniş Hakkı başlıklı makalesinde devletin eylem ve ihmallerine karşı direnişin, hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devlette farklı şekillerde gerçekleştirilebileceğini iddia ediyor. Dreier'a göre her şeyden önce, yasal ve yasadışı direniş arasında bir ayırım yapılmalıdır. Yasal direniş pozitif hukukun sınırları içinde kalmasıyla, yasadışı direniş ise pozitif hukuku ihlal etmesiyle tanımlanır. Aynı şekilde, klasik direniş hakkı ile yasal direniş hakkını birbirinden ayırır. Klasik direniş hakkı yasadışı direniş hakkıdır. Şiddet içeren direniş, ultima ratio olarak insanların öldürülmesini de içerir. Direnişin yasa dışı bir eylem olarak tanımlanması bu gelenekten gelmektedir. Sıklıkla kullanılan bir formüle göre direniş, "meşruiyet adına yasallığı çiğnemektir". Direnme gücü böylece pozitif hukukun dışında kalan bir normlar düzeninden alınır. Bunun geleneksel adı "doğal hukuk"tur. O halde "meşruiyet adına yasallığın ihlali" formülü "doğal hukuk adına pozitif hukukun ihlali" ile eş anlamlıdır. Fakat öte taraftan demokratik hukuk devletinde yasallık meşruluğun ön koşuludur. Bu durumda yasayı çiğneme hakkını pozitif hukuka dahil etmek terimsel bir çelişki taşır; böyle bir hak ancak pozitif hukuku aşan bir hak olarak düşünülebilir (Dreier, 1983, 54-55).

Şimdi bu noktada kapalı bir sistem olan ve bir istisna haliyle gerektiğinde kendisini askıya alan bir sistemden, başka bir ifadeyle bünyesinde taşıdığı öznelerin selameti için kuruluş ilkelerine ihanet eden bir sistemin kendisini ilga ettiği bir durumdan söz ediyoruz. Kodifiye edilmiş ya da anayasal olarak garanti altına alınmış bir direniş hakkı pozitif hukukun doğasına uygun düşmüyor. Bunun bir diğer örneği, anayasanın kendisini askıya alması anlamında, olağan üstü ya da istisna halidir. Tuhaf bir şekilde yaşam dünyasının savunma refleksiyle sistem dünyasının savunma refleksi birbirine karşıt ve güvensiz bir şekilde aynı metin içerisinde yer alıyor. Başka bir ifadeyle hukuk düzeninin yozlaşma ihtimalini hesaba katan halkın savunma aracıyla (direniş hakkı), hukuk düzeninin beka sorununu hesaba katan iktidarın savunma aracı (olağan üstü hal) örtük karşılıklı güvensizlik temelinde aynı metin içerisinde kendisine yer buluyor. Söz konusu iki tür savunma refleksine karşılık gelen iki farklı ifadeye değinmek istiyorum. İlki: Derrida'nın "Yasanın Gücü, Otoritenin Mistik Temeli" başlıklı metninde "avrupa hukukun bireysel şiddeti yasaklamaya, ve bu şiddeti yasayı tehdit etmekten değil, hukuk düzeninin kendisini tehdit etmekten mahkum etmeye eğilimli olduğu, hukukun şiddet tekeli ele geçirmekteki menfaatinin, adil ve yasal bir amacı korumaya yönelik

değil, hukukun kendisini korumaya yönelik olduğu iddiası” (Derrida 2010, 90) ve ikincisi: Marcuse’nin “Repressive Toleranz” başlıklı metnindeki şu ifadesi: “Sindirilmiş ve baskı altına alınmış, azınlıklar için, yasal araçların yetersiz kaldığı bir durumda doğal hukuka dayanan bir direniş hakkının olduğuna inanıyorum. Yasa ve düzen her yerde ve her zaman kurulu hiyerarsiyi koruyanların yasa ve düzenidir. Bu yasa ve düzenin mutlak otoritesi altında acı çeken, kişisel kazanç ve intikam nedeniyle değil, yalnızca insan olmak istedikleri için ona karşı mücadele edenlerden bu otoriteden hak talebinde bulunmalarını istemek anlamsızdır. Eğitimciler ve entelektüeller başta olmak üzere hiçbir üçüncü şahıs, bu kişilere imtinalı olmaları için vaaz verme hakkına sahip değildir” (Marcuse 1968, 91-127).

Peki güçlük nerededir ve nasıl aşılır?

Bu güçlüğü Habermas’a atıfta bulunarak ifade etmek istiyorum. Habermas, “Sivil İtaatsizlik: Demokratik Hukuk Devletinin Denek Taşı. Almanya’da Otoriter Legalizm” başlıklı konuşmasında bu güçlüğü şu şekilde ifade ediyor: “Bu noktada hukuk devletinin vatandaşlarından, hukuk düzenini, cezalandırılmak korkusundan dolayı değil gönüllü olarak tanımalarını talep eden son derece yüksek mesruiyet iddiasından hareketle, yasaya bağlılık, her hukuk düzeninin kendi ile ilgili ortaya attığı normatif adalet iddiasının, makullüğü nedeniyle gönüllü biçimde benimsenmesinin sonucu olmalıdır. Bu benimseme, normalde, bir yasanın anayasal organlarda görüşülüp, tartışıldığı ve meclislerce kararlaştırıldığı varsayımına dayanır. Bu yolla yasa, pozitif bir geçerlilik kazanır ve geçerli olduğu alanda neyin legal davranış olduğunu belirler. Bunu süreç içinde mesruiyet kazanma olarak adlandırıyoruz. Ancak bu, mesruiyet kazandıran sürecin kendisinin, anayasal organların yasalara uygun olarak işleyişlerinin ve nihayet hukuk düzeninin bütününe mesruiyeti sorusuna yanıt vermez. Pozitif olarak geçerli kuralların legal biçimde oluşturulmasına yapılan vurgunun burada bize fazla bir yararı dokunmaz. Anayasanın, geçerlilikleri pozitif hukuka uygunluklarına bağımlı olmayan prensiplerle olumlanabilmesi gerekir. Bu nedenle modern devlet yurttaşlarından, sadece benimsenebilecek değerlerde prensipler üzerine kurulmuş olması koşuluyla ve de o ölçüde, yasalara itaat bekleyebilir. Ve ancak bu prensipler ışığında yasal olan, mesru olarak haklı gösterilebilir ya da gayri mesru olarak reddedilebilir” (Habermas 1997, 123).

Sivil itaatsizliğin yasal sınırlar içerisinde tanımlanması hem olanaksız hem de özel rolünü kaybetme tehlikesi taşır. Direnmeyi bir hak olarak kabul eden metinler, bu hakkın ne zaman, nasıl, hangi şartlarda kullanılabileceğini açıklamamışlardır. Bunu da çok normal karşılamak gerekir. Çünkü, keyfi yönetimin ve baskının genel ve objektif bir tanımlanmasını yapmak imkansız denecek kadar zordur. Bu nedenle genellikle pozitif hukuk metinlerinde bu hakkın varlığı kabul edilmiş, fakat kullanılış şartları ve şekilleri düzenlenmemiştir ve düzenlenmesi de beklenemezdi (Göze 2011, 43). Bu hakkın gösteri ve toplantı haklarının radikal yorumu yoluyla yasal çerçevenin içine alınması her tür kişisel riskin ortadan kalkması anlamına gelir ve kuralların çiğnendiği protesto eyleminin ahlaki temeli sorunlu hale gelir; böyle bir durumda eylemin mesaj etkisi de azalır. Bu nedenle sivil itaatsizlik yasallıkla mesruluk arasındaki sınırda kalmalıdır. Sivil itaatsizlik ancak böyle bir durumda, demokratik devletin mesrulaştırıcı anayasal ilkeleri

ile kendi pozitif hukuki oluşumunun bütün formasyonlarının ötesinde bir anlamının var olduğu gerçekliğini ifade eder (Habermas 1997, 128).

Devlet yasallığını, temsili anayasasının başarısızlığa uğrayabileceği olağanüstü durumlarda, onun meşruiyetini savunabilecek bireylere karşı geçici olarak rafa kaldırıyor. Böyle bir durumun ne zaman ortaya çıkabileceği anayasal organın belirlemelerine bağımlı kılınmaz. Sivil itaatsizliğin bu pozitif anlamına itina göstermeyip, kuralları bu nedenlerle çiğneyen bireyleri adi suçlu gibi takip eden ve sıradan suçlular gibi cezalandıran hakim ve savcılar, otoriter legalizme düşmektedirler. Sivil itaatsizlik "hakkı", haklı gerekçelerle, meşruiyetle yasallık arasında bir noktada durmaktadır. Ancak sivil itaatsizliği adi bir suçmuş, gibi takibe kalkan devlet, otoriter legalizmin sath-ı mailine düşer. Hukukçuların çıkardığı, gazetecilerin yaygınlaştırdıkları ve politikacıların benimsedikleri, yasa yasadır, tehdit tehdittir parolaları, tam da bir zamanlar hukuk olanın hukuk olarak kalması gerektiğini söyleyen NS- Deniz hakiminin mantığına uymaktadır. Çünkü, hukuk devletindeki sivil itaatsizliğin diktatörlüklerdeki karşılığının başkaldırı olmasına benzer biçimde, hukuk devletindeki otoriter legalizmin karşılığı diktatörlüğün sözde - legal baskıcı yönetimidir (Habermas 1997, 129-135).

5. Sonuç

İlk olarak, politik bütün stabil, belirlenmiş ve öznenin eklemlendiği bir yapı değildir. Aksine stabil olmayan, öznenin aktif bir şekilde dahil olduğu, kendi özerkliği ile kamusal özerkliği inşa ettiği, edilgen ve maruz kaldığı bir yapıdan ziyade etkin ve maruz bıraktığı bir bütünden oluşur. Öznenin politik bütüne katılımının bu biçimi özneye sorumluluk yüklediği gibi aynı zamanda onu özgürleştirir. Genel iradenin bir yansıması olan ve hukukun üstünlüğü ilkesini benimseyen demokratik anayasal devlette öznel uyruk oldukları kadar aynı zamanda yurttaşdırlar. Rousseau'nun ifadesiyle "kent evlerden, site ise yurttaşlardan oluşur" (Rousseau 2010, 15). Bu da özneye politik sorumluluk yüklemektedir. Bu sorumluluk gerektiğinde haksız güce hayır diyebilme ve itaatsizce davranabilme anlamına gelir. "Çünkü itaatten söz ettiğinizde, siyasetin kreşte yapılmadığını ve yetişkinlerin siyasi alanında itaat kelimesinin sadece onay ve destek için kullanılan başka bir kelime olduğunu hatırlamak gerekir" (Arendt 2007, 404).

İkinci olarak, hukuk sistem dünyasının temel bileşenlerinden olan iktidarın meşruluk aracı olmaktan ziyade yaşam dünyasının asli unsuru olan hukuki öznelerin iletişimsel gücünü yönetsel güce dönüştüren bir araçtır. "Hukuksal normların siyasal yasa koyucunun emirlerine indirgenmesi, hukukun politikanın içerisinde adeta çözülmesi anlamına gelir. Fakat bu suretle siyasal kavramı da kendisini tahrir etmiş olur. Bu koşullar altında siyasal iktidar hiçbir şekilde hukuksal anlamda meşruluk kazanmış bir güç olarak algılanamaz. Çünkü politikanın emirine amade hale gelmiş, olan bir hukuk meşruluk yetisini yitirmiş olur. Meşruluğun, siyasal iktidarın kendisine hizmet ettiği ifade edildiği anda, bizler hukuk ve politika kavramlarımızdan vazgeçeriz. Yasa koyucunun kararlarının hukuki geçerliliği sonucu adalet duygusu zedelendiği anda hukuk kendi gerçekliğini kaybeder. Bu doğrultuda meşruluk bakış açıları da sona ermiş,

olur. Benzer durum pozitif hukukun kendi özerkliğini kendi gücü üzerine yani yasalara itaat etmenin dogmatik temellere bağlanması yolu ile politika ve ahlak karşısında kendini konumlandırması durumunda da geçerlidir (Habermas 1987, 3-5). Ayrıca eğer idari kurumlar muğlak kanuni yetkileri uygularken yürütme, kanun yapma ve yargı işlevlerini birbirine karıştırabiliyorsa; eğer mahkemeler yetkili hukuki metinlerin başlangıçta anlaşılan veya amaçlanan anlamı ile bağlı değilse; ve eğer kurallar sonuçları belirlemiyorsa, o zaman hukukun üstünlüğünden geriye ne kalır ki? Hukukun üstünlüğü düzenleyici bir idealdir, yapılanların aynası değildir (Fallon 1997, 4).

Üçüncü olarak, hukukun üstünlüğü ilkesinin ya da hukuk devletinin biçimsel yasa yapma süreçlerine uygun bir şekilde hazırlanmış yasalarla özdeşlik taşıması ve nihayetinde iktidarın kötüye kullanılması. G. Radbruch' un verdiği örnek oldukça çarpıcı: "Nasyonal Sosyalizm, bir yanda askerler diğer yanda hukukçular olmak üzere takipçilerini iki ilke aracılığıyla bağlamayı biliyordu: "emir emirdir" ve "kanun kanundur". "[K]anun kanundur" ilkesi hiçbir sınırlama tanımıyordu. Bu ilke, Alman hukukçulara on yıllar boyunca neredeyse hiç tartışmasız hakim olan pozitivist hukuk düşüncesinin bir ifadesiydi. Dolayısıyla yasal adaletsizlik/hukuksuzluk, tıpkı yasalar üstü hukuk gibi, terimsel bir çelişkiyi barındırıyordu (Radbruch 1946, 105).

Dördüncü olarak, hukukun üstünlüğü ilkesini temele alan anayasal demokratik yapıda bireylerin itaati basit bir şekilde yalnızca yasalara yönelik bir itaaten ziyade hukuksal düzeni oluşturan ilksel ilkelere yöneliktir. Bu düzenin kuruluş ilkelerinden uzaklaştığı bir durumda öznelerin itaatsizce davranma hakkı her türlü yasayı ve hukuksal sitemin kendisini aşan bir hak olarak görülmelidir. Bu hak pozitif hukukun sınırları içerisine alınmasa da meşru kökenini bu sınırın ötesinde bulacaktır. Habermas'ın ifadesiyle demokratik hukuk devleti son kertede meşruiyetin koruyucularına muhtaçtır.

Çalışmanın giriş bölümünde Erich Fromm'a atıfta bulunularak insanlık tarihinin bir itaatsizlik eylemi ile başladığı ifadesine yer verilmişti. Bu ifade doğrultusunda, hayır diyemediğimiz bir gücün heteronom bir iktidar olduğunu ve özneye içkin olan özgürlük olanağını sonlandırdığını söyleyebiliriz. Hukuk devletinin en temel gayesinin özgürlükleri garanti altına almak olduğu koşulu kabul edilirse bu durumda hukukun öznesi olan otonom öznenin HAYIR diyebilme kapasitesinin elinden alınması devletin kuruluş ilkesine ters düşmektedir. Bu noktadan metin içerisinde oldukça söz edildi. Burada Habermas'ın sistem dünyasının temel bileşenleri olarak tanımladığı iktidar ve medya araçlarının kullanımıyla manipüle edilen ve bunun sonucu olarak sömürülen bir yapıdan söz etmek istiyorum. İleri endüstrinin ve son dönem kapitalizminin etkisi altında yapılaşan toplum modelinden. Marcuse'nin kapalı toplum olarak tanımladığı, alternatiflere açık olmaması bakımından, bu kapalı toplumda tüm karşıtlıklar eşitlenmiş ve zıtlıklar bütünleştirilmiştir. Bireyin dürtü yapısı (Triebstruktur des Individuums) manipüle edilmiş ve dönüştürülmüştür. Bu kapalı toplumda, artık hayır diyemeyen ya da hayır demek istemeyen, hayır' ının kendisi hala olumsuzlayıcı olan bir insan tipi vardır. Ancak aynı zamanda bu kapalı toplum şimdiye kadar var olmuş en açık toplumdur, çünkü bireyin ne içeride ne de dışarıda hiçbir mahremiyeti yoktur, çünkü artık insanların kendileriyle birlikte olabilecekleri hiçbir alan kalmamıştır. İnsanın bilinçdışı

bile yönetim altına alınmakta ve manipüle edilmektedir (Marcuse 1970, 15-35). Birey sadece üretim alanında değil, aynı zamanda bireyin özgür seçimini ifade ettiği iddia edilen tüketim alanında da yönetilmekte ve manipüle edilmektedir. Yiyecek, giyecek, içki, sigara, film ya da televizyon programı tüketimi olsun, güçlü bir telkin aygıtının iki amacı vardır: Birincisi, bireyin yeni metalara olan iştahını sürekli olarak artırmak ve ikincisi, bu iştahı sanayi için en karlı kanallara yönlendirmek. İştahları sürekli kabartılmalı, zevkleri manipüle edilmeli, yönetilmeli ve öngörülebilir hale getirilmelidir. İnsan, tek arzusu daha fazla ve "daha iyi" şeyler tüketmek olan "tüketici" ye, ebedi emiciye dönüştürülmüştür. Bu yüzyıl, hükümet, iş dünyası ve işçi sendikalarında hiyerarşik olarak örgütlenmiş bürokrasilerin yüzyılıdır. Bu bürokrasiler nesnelere ve insanları bir bütün olarak yönetmektedir; belirli ilkeleri, özellikle de bilanço, nicelleştirme, azami verimlilik ve kâr gibi ekonomik ilkeleri izlemekte ve esasen bu ilkelerle programlanmış bir elektronik bilgisayar gibi çalışmaktadırlar. Birey bir sayı haline gelmiş ve kendini bir nesneye dönüştürmüştür. Ancak aleni bir otorite olmadığı için, itaat etmeye "zorlanmadığı" için, birey gönüllü olarak hareket ettiği, sadece "rasyonel" otoriteyi takip ettiği yanılsaması altındadır. "Makul" olana kim itaatsizlik edebilir? Bilgisayar - bürokrasisine kim itaatsizlik edebilir? İtaat ettiğinin farkında bile değilken kim itaatsizlik edebilir? (Fromm 2010, 29-59).

KAYNAKÇA

- Arendt, Hannah. 2007. *Eichmann in Jerusalem: Ein Bericht von der Banalität des Bösen*, Übers. Brigitte Granzow, München: Piper Verlag.
- Barber, N. W.. 2003. *The Rechtsstaat and the Rule of Law*, The University of Toronto Law Journal, Autumn, Vol. 53, No. 4. 443-454.
- Boétie, Etienne de La. 2011. *Gönüllü Kulluk*, Çev. Mehmet Ali Agaogulları, Ankara: İmge yayınları.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. 2017. *Constitutional and Political Theory*, Ed. Mirjam Künkler, Tine Stein, New York: Oxford University Press.
- Derrida, Jacques 2010. 'Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli', çev. Zeynep Direk, içinde 'Siddetin Elestirisi Üzerine', Haz. Aykut Çelebi, İstanbul: Metis.
- Dreier, Ralf. 1985. "Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht", *JuristenZeitung*, 19. April, 40. Jahrg., Nr. 8. 353-359.
- Dreier, Ralf. 1983. *Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, içinde: Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat Hrsg. Peter Glotz, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- Fallon, Richard H. 1997. "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse, *Columbia Law Review*, Jan., Vol. 97, No. 1-56.
- Fromm, Erich. 2010. *On Disobedience*, Australia: HarperCollins e-Books Publishers.
- Göze, Ayferi. 2011. "Baskıya Karşı Direnme Hakkının Kabul Edildiği Pozitif Hukuk Metinleri ve Anayasalar", *Journal of Istanbul University Law Faculty* 36, sy. 1-4. 28-43

- Habermas, Jürgen. 2006. *İletisimsel Eylem Kuramı*, Çev. Mustafa Tüzel, İstanbul: İletisim.
- Habermas, Jürgen. 1987. "Wie ist die Legitimität durch Legalität möglich? Kritische Justiz, Vol. 20, No.1. 1-16.
- Habermas, Jürgen. 2003. *Kamusallığın Yapısal Dönüşümü*, Çev. Tanıl Bora, Mithat Sancar, İstanbul: İletişim yayınları.
- Habermas, Jürgen. 1997. *Sivil İtaatsizlik: Demokratik Hukuk Devletin Denek Taşı. Almanya'da Otoriter Legalizm karşıtlığı, içinde: Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik*, Yakup Coşar, İstanbul: Ayrıntı.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Türkiye'de Hukuk Devletin Gelişimi*.
- Kersting, Wolfgang. 20002. Die politische Philosophie des Contrat Social, içinde: *Die Republik der Tugend: Jean – Jacques Rousseaus Staatsverständnis*, Wolfgang Kersting (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Kley, Andreas, Topfink, Esther. 2001. *Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre*, Juristische Arbeitsblätter, Heft 2. 169-174.
- Lakitsch, Maximilian. 2013. *Unbehagen im modernen Staat*, Bielefeld: Transcript Verlag.
- MacCormick, D. Neil. 1984. "Der Rechtsstaat und die rule of law", *JuristenZeitung*, 20. Januar, 39. Jahrg., Nr. 2. 65-70.
- Marcuse, Herbert. 'Repressive Toleranz', übers. Alfred Schmidt, in: Robert Wolf et al., "Kritik der reinen Toleranz", Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1968, 91-127.
- Marcuse, Herbert. Der Humanismus in der fortgeschrittenen Industriegesellschaft, in: *Die erschreckende Zivilisation*, Salzburger Humanismusgespräche, Oskar Schatz (Hg.), Europa Verlag, 1970, S. 15-35.
- Radbruch, Gustav. *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, Nr.5.
- Rawls John. 1971. Eine Theorie der Gerechtigkeit. in: Andreas Braune. 2017. *Ziviler Ungehorsam: Texte von Thoreau bis Occupy*. Hrsg. Stuttgart: Reclam.
- Rousseau, Jean Jacques. *Toplum Sözleşmesi*, Çev. Vedat Günyol, XI. Baskı, İstanbul: İsbankası, 2010.
- Schmitt, Carl. 'Siyasal İlahiyat' Çev. A. Emre Zeybekoğlu, Ankara: Dost, 2010.
- Schmitt, Carl. 'Siyasal Kavramı', Çev. Ece Göztepe, 2. Baskı, İstanbul: Metis, 2012.
- Şakar, Mehmet Cafer. 2022. *Ontolojik Düşman ve Devletin Şiddet Tekeli*, içinde: *Başkası ve Şiddet*, Ed. Işıl Bayar Bravo, Hamdi Bravo, Ankara: Fol Yayınları.
- Zinn, Howard. 2009. *The Problem Is Civil Obedience*, içinde: *Voices of A people's history of the United States*, Howard Zinn, Anthony Arnove, New York: Seven Stories Press.