

GERİLİMLİ BİR KÖPRÜ: SCHMITT VE HAYEK'TE NOMOS VE THESIS AYRIMI

*Kardelen Sine Görücü**

Özet: Bu çalışma, Carl Schmitt ile Friedrich A. Hayek'in hukuk anlayışlarını *nomos-thesis* ayrımı üzerinden karşılaştırır. Temel iddia, iki düşünür arasında doğrudan teorik uzlaşma bulunmadığı; ancak modern hukukun iradî yasa koyma ve amaçsal düzenlemeye indirgenmesine karşı sınırlı, gerilimli bir ortak eleştiri zemini kurulabileceğidir. Schmitt'te *nomos*, somut düzen, siyasal birlik ve karar kategorileriyle; Hayek'te ise kendiliğinden gelişen toplumsal düzenin genel, soyut ve öngörülebilir kurallarıyla ilişkilidir. *Thesis*, yasa koyucunun bilinçli iradesiyle ortaya çıkan amaçsal ve örgütsel düzenlemeleri ifade eder. Çalışma, bu kavramsal karşıtlık üzerinden yasa, emir, karar, düzen ve özgürlük arasındaki gerilimleri modern hukuk devleti bağlamında tartışır. Böylece *nomos-thesis* ayrımı, iki düşünürü uzlaştırmadan, aralarındaki kesişme ve ayrışma noktalarını görünür kılan analitik bir eksen sunar.

Anahtar Kelimeler: Carl Schmitt, Friedrich A. Hayek, *Nomos*, *Thesis*, Hukuk Devleti, Yasa, Yasama, Kendiliğinden Düzen.

* Bağımsız araştırmacı. Bu makale yazarın "Ayrışmadan Uzlaşıya: Schmitt ve Hayek'in Parlamenter Demokrasi Yaklaşımları" başlıklı yüksek lisans tezinden üretilmiştir. E-mail: kardelensinegorucu@gmail.com.
ORCID: 0009-0008-8870-4542.

A CONTESTED BRIDGE: THE DISTINCTION BETWEEN *NOMOS* AND *THESIS* IN SCHMITT AND HAYEK

Kardelen Sine Görücü

Abstract: This study compares Carl Schmitt's and Friedrich A. Hayek's conceptions of law through the distinction between *nomos-thesis*. Its central claim is that, although there is no direct theoretical reconciliation between the two thinkers, a limited and tension-ridden common ground of critique can be established against the reduction of modern law to deliberate lawmaking and purposive regulation. In Schmitt, *nomos* is associated with concrete order, political unity, and decision; in Hayek, it refers to the general, abstract, and predictable rules of conduct of a spontaneously emerging social order. *Thesis*, by contrast, denotes purposive and organizational regulations instituted by the conscious will of the legislator. On this conceptual basis, the study examines the tensions among law, command, decision, order, and freedom in the context of the modern rule of law. Thus, the *nomos-thesis* distinction offers an analytical axis that does not reconcile the two thinkers, but makes visible their points of convergence and divergence.

Keywords: Carl Schmitt, Friedrich A. Hayek, *Nomos*, *Thesis*, Rule Of Law, Law, Legislation, Spontaneous Order.

GİRİŞ

Modern hukuk devletinin temel sorunlarından biri, hukukun genel ve soyut normlar bütünü olarak mı ya da yasa koyucunun belirli amaçlara yönelik iradî düzenlemeleri olarak mı anlaşılması gerektiğidir. Bu ayrım, hukuk normunun biçimine ilişkin teknik bir tartışmanın ötesinde siyasal iktidarın hukuk aracılığıyla nasıl sınırlandırılacağı sorusuyla doğrudan bağlantılıdır. Bu çalışma, Schmitt ile Hayek arasında doğrudan bir teorik uzlaşma varsaymaz. Modern hukukun iradî yasa koyma ve amaçsal düzenleme faaliyetine indirgenmesine karşı, iki düşünür arasında gerilimli bir ortak eleştiri zemini kurulabileceğini savunur. Bu zemin, her iki düşünürde farklı anlamlar taşıyan *nomos* kavramı üzerinden görünür hâle gelir.

Schmitt açısından *nomos*, hukuku soyut normlar bütününe indirgemeyen; somut düzen, karar ve siyasal birlikle bağlantılı bir kavramdır (Loughlin, 2015, s. 83). Hayek bakımından ise *nomos*, kendiliğinden gelişen düzenin koşulu olarak bireylerin öngörülebilir eylem alanlarını güvence altına alan genel, soyut ve belirli kolektif amaçlara yönelmeyen kuralları ifade eder (Hayek, 1968, s. 15). *Thesis* ise yasa koyucunun bilinçli iradesiyle ortaya konulan amaçsal düzenlemeler alanını ifade eder (Hayek, 1968, s. 14). Bu nedenle *nomos-thesis* ayrımı, Schmitt'in yasa-emir ve norm-karar ayrımı ile Hayek'in hukuk-yasama ayrımı arasındaki paralellik ve gerilimleri görünür kılan teorik eksenini oluşturur.

Schmitt ve Hayek arasındaki ilişki literatürde çoğunlukla liberalizm, demokrasi eleştirisi, otoriter liberalizm, piyasa düzeni veya güçlü devlet-serbest ekonomi ilişkisi ekseninde tartışılmıştır¹. Bu çalışma ise iki düşünürü hukukun kaynağı ve yasa koyuculuğun sınırları bakımından karşılaştırmaktadır. Çünkü makalenin temel problemi, modern hukuk devletinde hukukun yasa koyucunun iradî tasarımına ne ölçüde tabi kılınabileceği sorusudur. Bu bağlamda çalışmanın amacı, Schmitt ve Hayek'i ortak bir hukuk teorisinde uzlaştırmak değil; iki düşünürde farklı anlamlar taşıyan *nomos* kavramının, hukukun araçsal ve amaçsal düzenleme faaliyetine indirgenmesine karşı nasıl bir eleştirel imkân sunduğunu göstermektir. Bu yönüyle tartışma, literatürde daha çok siyasal rejim, demokrasi veya piyasa düzeni üzerinden kurulan Schmitt-Hayek karşılaştırmasına hukuk teorisi merkezli

¹Bkz. Renato Cristi, "Hayek and Schmitt on the Rule of Law," *Canadian Journal of Political Science*, 17 (1984): 521-535.; William E. Scheuerman, "The Unholy Alliance of Carl Schmitt and Friedrich A. Hayek," *Constellations* 4, no. 2 (1997): s. 172-188; William E. Scheuerman, *The End of Law: Carl Schmitt in the Twenty-First Century*, 2. bası (London: Rowman & Littlefield International, 2020); Sean Irving, "Limiting Democracy and Framing the Economy: Hayek, Schmitt and Ordoliberalism," *History of European Ideas* 44, no. 1 (2018): s.113-127.

bir katkı sunmayı hedeflemektedir. Böylece tartışmanın merkezi, siyasal rejim tercihlerinden ziyade hukukun iradî tasarım ile düzen kurucu normatiflik arasındaki konumuna kaydırılmaktadır. Bu tartışma, modern yasamanın hukuk devleti içinde hangi sınırlar altında meşru görülebileceği sorusunu yeniden düşünmeye imkân tanır.

Makale ilk olarak hukuk devletinin varsaydığı yasa kavramını ve yasa-emir ayrımını ele almaktadır. Ardından *nomos-thesis* ayrımının tarihsel ve kavramsal temelleri açıklanmaktadır. Devamında Schmitt'in somut düzen ve karar merkezli hukuk anlayışı ile Hayek'in kendiliğinden düzen ve genel kurallar teorisi karşılaştırılmaktadır. Son bölüm ise iki düşünür arasındaki ilişkinin bir uzlaşmadan çok, hukukun araçsallaşmasına karşı yöneltilmiş gerilimli ve sınırlı bir ortak eleştiri zemini olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir.

I. YASA KAVRAMININ DÖNÜŞÜMÜ

Hukuk devleti, belirli bir yasa kavramına dayanır. Bu kavrayışta yasa, keyfî bir iradenin buyruğu olmaktan çıkarak genel, soyut ve herkese eşit biçimde uygulanan bir norm niteliği kazanır. Hukuk devletinin temel varsayımı, bireylerle birlikte yasa koyucunun da koyduğu kurallarla bağlı olmasıdır. Ne var ki “yasaya bağlılık”, ancak yasa genel bir norm karakteri taşıdığı anda anlamlı hâle gelir. Aksi durumda yasa, belirli iradeler doğrultusunda değiştirilebilen keyfî bir yönetim aracına dönüşür. Bu nedenle hukuk devleti, yasayı genel ve soyut bir norm olarak kavrayan bir anlayışa dayanır. Burjuva özgürlüğünün temelinde yer alan bu yasa fikri, Avrupa düşüncesinin uzun tarihsel birikimi içinde şekillenmiştir. Buna göre yasa, belirli bir iradenin buyruğuna indirgenemez. Kamusal düzeni genel kurallar aracılığıyla kuran rasyonel bir norm olarak anlaşılır. Kökeni Antik Yunan düşüncesine uzanan bu ilke, farklı yönetim biçimleri içinde varlığını koruyarak modern hukuk devleti anlayışına taşınmıştır.

Antik Yunan'dan itibaren yasa ile tekil karar arasındaki ayrım, hukuk devleti tartışmalarının temel sorunlarından biri olmuştur. Bu ayrım, Aristoteles'in *nomos* (genel yasa) ile *psephisma* (tekil karar) arasında yaptığı farklılaştırmada açık biçimde görülür. Aristoteles'e göre hukuk, genel ve önceden belirlenmiş kurallara dayanmalı, belirli kişi ya da olaylara yönelik keyfî kararlar hukuk düzeninin yerini almamalıdır (Aristoteles, 2017, ss. 132-134). Bu tarihsel ayrım, Schmitt-Hayek tartışmasında yasa ile irade arasındaki gerilimin düşünsel arka planını oluşturur. Orta Çağ doğal hukuk geleneğinde yasa, iradî buyruk düzeyini aşan akli bir düzen ilkesi olarak ele alınmıştır. Böylece yasa koyucunun keyfî tasarruflarını sınırlayan

genel ve soyut norm anlayışı güç kazanmıştır. Thomas Aquinas(Davies, 2014, s. 217) ve Francisco Suárez, hukukun meşruiyetini akıl ve doğal düzenle ilişkilendirerek, hukukun üstünlüğü düşüncesine teorik zemin hazırlamıştır(Maurer, 2000, ss. 367-370). Böylece hukuk devleti anlayışında yasanın genel, soyut ve rasyonel bir norm olması gerektiği fikri belirginleşmiştir.

Hukuk devleti anlayışına bağlı yasa kavramı, belirli bir tarihsel gelişmeye dayanır(Schmitt, 1928/2017, s. 141). Doğal hukukun modern dönemde meşruiyet kaynağı olarak zayıflamasıyla birlikte, hukukun akli temelleri sorgulanmış ve yasa, içeriksel doğruluğundan çok biçimsel niteliği üzerinden tartışılmaya başlanmıştır. Bu dönüşüm, hukukun genel ve soyut normlar bütünü olarak kavranmasını daha da önemli hâle getirmiştir. Böylece modern hukuk devleti tartışması, yasanın içeriğinden çok biçimi, genelliği ve emirden ayrılıp ayrılamayacağı sorusu etrafında yoğunlaşır(Schmitt, 1928/2017, s. 142). Bu sorun, Hayek'in hukuk devleti anlayışında özgürlük meselesiyle doğrudan bağlantılıdır. Hayek, bireylerin korunmasını anayasal devlet ve kendi sınırlarını tanıyan bir yönetim anlayışıyla ilişkilendirir(Sarangi, 1995, ss. 48-49). Ona göre özgürlük, bireylerin keyfi müdahalelerden korunmasını sağlayan genel ve soyut hukuk kuralları altında güvence altına alınabilir. Bu nedenle devletin temel işlevi, bireylerin öngörülebilir kurallar çerçevesinde hareket edebileceği bir düzen oluşturmaktır. Hukuk devleti, siyasal iktidarın sınırlandırılmasını ve kamusal gücün genel kurallara bağlılığını ifade eder. Ancak Hayek'in hukuk devletine yüklediği bu özgürlükçü işlev, Schmitt'in hukuk devletinin biçimselleşmesine yönelik eleştirileri(Schmitt, 1928/2017, ss. 141-142) karşısında daha belirgin hâle gelir.

Kıta Avrupası ile Anglosakson hukuk geleneği arasındaki ayrım, hukuk devletinin farklı kurumsal temellerini ortaya koyar. Kıta Avrupası'nda güçlü idari devlet geleneği, *Rechtsstaat* anlayışını devletin hukuk aracılığıyla örgütlenmesiyle ilişkilendirirken; Anglosakson *rule of law* geleneği hukuku, devlet iktidarını sınırlayan bir ilke olarak geliştirmiştir(Hayek, 2013, s. 295). "*Rule of law*" kavramı, Almancadaki *Rechtsstaat* teriminin karşılığı olarak kullanılsa da iki anlayış arasında önemli farklar vardır(Neuman, 2000, s. 2). *Rule of law*, hukuku devlet iktidarını sınırlayan dışsal bir ilke olarak kavrarken; *Rechtsstaat*, hukuku devletin örgütlenme ve işleyiş biçimiyle ilişkilendirir. Bu nedenle *rule of law* daha çok siyasal iktidarın sınırlandırılmasına, *Rechtsstaat* ise devletin hukuki düzen içinde kurumsallaşmasına vurgu yapar(Rosenfeld, 2008, s. 223). Bu ayrım, Hayek ve Schmitt'in hukuk devletini farklı biçimlerde yorumlamalarını anlamak bakımından önem taşır.

Hukuk devletinin temel bileşenleri konusunda, yasallık ilkesine dayanan biçimsel düzen ile kuvvetler ayrılığına bağlı kurumsal güvencelerin belirleyici olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, insan hakları ve ahlaki değerlerin kavram içindeki yeri doktrinde farklı yorumlanmaktadır. Bu tartışma, esasen biçimsel ve maddi hukuk devleti anlayışları etrafında şekillenir. Kavramı daha sağlıklı analiz edebilmek için ise pozitivist, biçimsel (*procedural*) ve maddi (*substantive*) yaklaşımları ayırt etmek gerekir. Pozitivist yaklaşım, hukuk devletini geçerli kurallara fiilî riayet ve ihlaller karşısında düzeni koruyup uyumu teşvik eden yaptırımların varlığı üzerinden düşünür (Neuman, 2000, s. 3). Biçimsel hukuk devleti yaklaşımında, bir kuralın hukuk normu olarak nitelendirilebilmesi, belirli biçimsel ölçütleri karşılamasına bağlıdır. Bu nedenle geriye yürüyen, belirli kişileri hedef alan veya aşırı ölçüde belirsizlik taşıyan düzenlemeler hukuk normu vasfı kazanmaz. Hukuk düzeninin bu sınırlara uygun biçimde işlemesi ve bireylerin kurallara riyeti yeterli görülür. Bu çerçevede şekli güvenceler, bireysel otonomiye korurken kamusal iktidarın da yasayla yetkilendirilmesini ve yine yasayla sınırlandırılmasını temin eder (Özenç, 2014, s. 238).

Hukuk güvenliği, öngörülebilirlik ve kuvvetler ayrılığı, biçimsel hukuk devleti yaklaşımının merkezî unsurlarıdır. Ancak bu yaklaşım, hukukun içeriğinden çok kuralların üretim ve uygulanma biçimine odaklandığı için, otoriter rejimlerin de biçimsel ölçütleri karşılayabileceği eleştirisine açıktır; Nazi Almanyası buna sıkça verilen kısa bir örnektir. Schmitt bu noktada, *Rechtsstaat* kavramının Alman hukuk düşüncesinde giderek biçimselleşme (*Formalisierung*) ve nötrleşme (*Neutralisierung*) süreçlerine maruz kaldığını ileri sürer². Bu nedenle, kurumsal çerçeve korunduğu sürece farklı ideolojik yönelimlerin hukuk devletiyle zorunlu olarak çatışmayabileceğini savunur (Schmitt, 2021b, s. 112).

Schmitt'e göre hukuk devleti biçimsel bir yasallık düzenine indirgenirse, liberal, sosyalist ya da otoriter farklı siyasal içerikler aynı hukukî biçim içinde ifade edilebilir (Schmitt, 2021b, s. 127). Bu durumda *Rechtsstaat*, adaletin maddi gerçekleştirilmesinden çok, devlet faaliyetlerini öngörülebilir ve hesaplanabilir kılan bir teknik çerçeveye dönüşür (Özenç, 2014, s. 241). Böylece başlangıçta siyasal iktidarı sınırlayan normatif bir ilke olarak beliren hukuk devleti, yasallık ilkesi ve idari aygıt aracılığıyla siyasal gücün işleyişini kolaylaştıran işlevsel bir araca

² Carl Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*. Hrsg., mit einem Vorwort und mit Anmerkungen versehen von Günter Maschke. 2., unveränderte Auflage, 2nd ed, with Günter Maschke (Berlin: Duncker & Humblot, 2021), 111.

dönüşebilir ve yürütmenin biçimsel geçerliliğe dayalı işlemleri de bu dönüşümü pekiştirir(Schmitt, 2021b, s. 117).

Maddi hukuk devleti yaklaşımı, yasallığı meşruiyetin zorunlu fakat tek başına yeterli olmayan bir unsuru sayar. Bu nedenle hukuk düzeninin insan hakları ve temel içeriksel ilkelerle uyumunu da arar(Rosenfeld, 2008, ss. 246-247). Bu anlayışta bir normun hukukiliği, yalnızca usule uygun yürürlüğe konulmasına yanı sıra özgürlük ve eşitliği güvenceleyen maddi ölçütlerle bağdaşmasına bağlıdır. Dolayısıyla kamusal iktidar, biçimsel usuller kadar içeriksel sınırlamalarla da bağlı kabul edilir ve hukukiliğin ölçütü, geçerlilikle birlikte normun adaletle uyumunu da içerir.

Hayek'e göre Fransız Devrimi'nin temel açmazı, hukuk devleti idealini sınırsız egemenlik anlayışıyla bağdaştırma girişiminde yatmaktadır. Bu nedenle devrim, başlangıçta hukukun egemenliğini vaat etmiş(Dicey, 1985, s. 177) görünse de sonuçta genel ve öngörülebilir kurallara dayalı bir düzen kurmak yerine, siyasal iradenin kamu yararı adına sınırsızlaşmasına zemin hazırlamıştır(Hayek, 2013, s. 297). Böylece hukuk devleti, keyfî iktidarı sınırlayan bir ilke olmaktan uzaklaşarak egemen iradenin amaçlarına tâbi kılınma riskiyle karşı karşıya kalmıştır.

Hayek, liberal hukuk ve siyaset teorisinin temelini hukuk devleti ya da *Rechtsstaat* kavramında görür ve anayasal düşüncesini bu zemin üzerine kurar(Hayek, 2013, s. 267). Ona göre hukuk devleti, bireylere devlet müdahalesinden görece korunmuş bir özgürlük alanı tanır ve devleti, bu alanı güvence altına alan sınırlı bir araç olarak konumlandırır. Bu çerçevede sivil toplum ile devlet arasında yapısal bir ayrım öngörülür, devletin yetki ve görevleri açık biçimde tanımlanıp ayrılmalıdır. Hayek'in Paley'e yaptığı kısa atıf da bu sınırlılığın kurumsal ifadesi olarak yasama ile yargının ayrılmasına işaret eder(Paley, 2002, s. 348 vd.). Hayek açısından çoğunluk iradesi, tek başına özgürlüğün güvencesi değildir. Çoğunluğun kararları ancak genel, soyut ve öngörülebilir kurallarla sınırlandığında hukuk devletiyle bağdaşır. Bu nedenle siyasal iktidarın kaynağından çok, hangi kurallara bağlı olarak kullanıldığı önemlidir. Hayek'in hukuk devleti anlayışı çoğunluk yönetimini sınırsız irade olmaktan çıkarıp hukuki sınırlar içine yerleştirir(Miller, 2010, s. 34). Schmitt ve Hayek, görünüşte hukuk devletini ortak bir ilke olarak benimser. Ne var ki bu yakınlık, hukuku kimin yaratacağı ve hukukun hangi düzen fikrine dayanacağı sorularında belirgin bir karşıtlığa dönüşür. Schmitt hukuku siyasal karar ve egemenlik ekseninde kavrar(Schmitt, 2021a, ss. 13-15) Hayek onu kendiliğinden doğan düzenin soyut kurallarıyla temellendirir(Hayek, 2012, ss. 64-68).

Hayek'in özgürlük anlayışı, bireyin eylemlerinin sonuçlarını öngörebildiği ve bu çerçevede sorumluluk üstlenebildiği bir alana dayanır. Bu nedenle bireysel özgürlük hem diğer bireylerin hem de devletin keyfî müdahalesinden korunmalıdır. Bununla birlikte Hayek, devletin zora başvurma yetkisini tümüyle reddetmez; zor kullanma ancak herkes için geçerli genel kuralların uygulanması ve bireylerin özgürlük alanlarının, özellikle mülkiyet temelli haklarının, karşılıklı ihlallere karşı korunması amacıyla meşru kabul edilir(Hayek, 2013, s. 221 vd.).

Liberal anayasalarda bireysel haklar devletten önce gelir. Dolayısıyla anayasal düzen, bir yandan hakları tanıyıp korurken, diğer yandan devletin yetki ve görevlerini sınırlandırıp ayırır. Bu çerçevede devlet hakların korumasını sağlamakla yükümlü kurumsal bir yapı olarak belirir. Hukuk devleti, esasen bu ikinci boyutta, yani kamusal iktidarın genel, soyut ve öngörülebilir kurallarla bağlanmasıyla işlev kazanır(Schmitt, 1928/2017, ss. 182-186). Kamusal iktidarın hukukla bağlanması ise bu iktidarın tek elde yoğunlaşmasını önleyecek kurumsal düzenekleri, özellikle de kuvvetler ayrılığını zorunlu kılar.

Schmitt ve Hayek, kuvvetler ayrılığını İngiliz ve Amerikan anayasal deneyimleri üzerinden tartışır; ancak bu tarihsel karşılaştırmaların makaledeki asıl önemi, *nomosun* yürütmenin amaçsal emirlerine karşı korunup korunamayacağı meselesinde ortaya çıkar. Bu nedenle tartışma, erklerin kurumsal ayrımıyla sınırlı kalmayarak hukukun genel ve soyut yapısının siyasal-idari yönlendirme karşısında nasıl muhafaza edileceği problemine açılır. Hayek'e göre hukuk devleti, ancak tarafsız ve bağımsız bir yargının varlığıyla ayakta kalabilir. Bu nedenle yetki ayrımı, genel ve soyut kuralların siyasal amaçlarla bozulmasını engelleyen temel kurumsal güvencedir. Yargıçların yalnızca hukuka bağlı karar vermesi, zor kullanma yetkisinin hukuki sınırlar dışında devredilmemesi ve yürütmenin bu sınırlar içinde tutulması, özgürlüğü koruyan anayasal düzenin asli şartlarıdır. Hayek'e göre asıl tehlike, yürütmenin zor kullanma tekeli ve emir yetkisi aracılığıyla genel ve soyut kuralları amaçsal idari düzenlemelere dönüştürmesidir. Bu nedenle hukuk devleti bireysel hak ve özgürlükleri koruyan kurumsal yapı olmanın yanı sıra yürütmenin bürokratik genişlemesini ve diğer erkler üzerindeki fiilî etkisini sınırlayan güvence olarak karşımıza çıkar. Bu noktada Hayek ile Schmitt arasındaki ayrım, yürütmenin sınırlandırılması ve kuvvetler ayrılığı meselesinde belirginleşir. Hayek, yürütmenin genel ve soyut kurallarla sınırlandırılmasını özgürlüğün güvencesi olarak görür. Schmitt ise kuvvetler ayrılığını liberal hukuk devletinin biçimsel yapısı içinde değerlendirir ancak ona göre bu yapı, siyasal karar sorununu ortadan kaldırmaz. Çünkü normatif ve kurumsal sınırlamalar, kararın hangi siyasal birlik adına ve

hangi somut düzen tasavvuru içinde verildiği sorusunu kendiliğinden cevaplamaz. Schmitt'in normativizme yönelttiği eleştiri de tam bu noktada belirginleşir: Soyut normlar düzeni, hukuku siyasal kararın kurucu momentinden arındırdığını varsaydığında kararın zorunluluğunu ortadan kaldırmak yerine onu görünmez kılar. Bu nedenle Schmitt bakımından kurumsal denge, kararın siyasal niteliğini tümüyle bertaraf edemez; yalnızca bu kararın hangi biçimsel prosedürler içinde ortaya çıkacağını düzenler(Kansu, 2020, s. 416). Bu kurumsal ve normatif ayrımın kavramsal temelleri, Schmitt ve Hayek'in farklı biçimlerde başvurduğu *nomos-thesis* ayrımında daha açık biçimde görünür hâle gelir.

II. NOMOS VE THESIS

1. Nomos Kavramının Temelleri Üzerine

Yunanca'da genellikle "hukuk" diye çevrilen *nomos*, klasik ve çağdaş terminolojide çoğu kez "yasa" ya da "hukuk normu" anlamında kullanılır. Ancak etimolojik ve tarihsel bakımdan kavram, pozitif hukukla sınırlanamayacak kadar geniştir; örf, alışkanlık, yerleşik kullanım, toplumsal düzen ve ortak yaşam biçimlerini de içerir. Bu nedenle *nomos*'un erken anlamı, modern hukuk kategorileriyle değil, tarihsel, filolojik ve felsefi bağlamı içinde değerlendirilmelidir. Genel kabul gören görüşe göre *nomos*, *nemein* fiilinden türemiş bir *nomen actionis*'tir(Schmitt, 2012b, s. 490). Bu nedenle kavramın anlamı, *nemein*'in katmanlı yapısıyla anlaşılır. *Nemein* önce "almak", "edinmek", "sahiplenmek"; ardından "bölmek", "paylaştırmak"; son olarak da "işletmek", "kullanmak" ve "üretmek" anlamlarına gelir(Schmitt, 2012b, s. 491). Buna göre *nomos*, sahiplenme, bölüşüm ve üretim süreçlerini içeren çok katmanlı bir düzen fikrine işaret eder. Pindaros'un *nomos basileus*³ ifadesi de *nomos* kavramının klasik düşüncedeki bu geniş anlam alanını göstermesi bakımından önemlidir. Bu bağlamda *nomos*, pozitif hukuk anlamındaki yasa kavramını aşarak gelenek, düzen, paylaşırma ve toplumsal meşruiyeti kuşatan daha kapsamlı bir ilke olarak belirir(Zartaloudis, 2019, s. 218). *Basileus* sıfatı ise *nomos*'u siyasal ve toplumsal düzen üzerinde üstün bir düzenleyici otorite konumuna yerleştirir(Zartaloudis, 2019, s. 222). Bu nedenle Pindaros'ta *nomos*, salt teknik bir hukuk normu olmaktan çıkar; düzenin kurucu ilkesi ve meşruiyetin kaynağı olarak düşünülür. Kavram yalnızca bu maddi süreçlerle sınırlı değildir; aynı zamanda örf, alışkanlık ve ortak yaşam biçimleriyle de ilişkilidir. (Sözde) *Minos* diyalogunda *nomos*, "kabul edilen" ve "alışılmış olan"la bağlantılı biçimde ele alınır(Zartaloudis,

³ "Nomos, ölümlüler ve ölümsüzlerin tümü üzerinde hüküm süren kraldır; onları yönlendirir..." (Plato, 1997, s. 828)

2019, s. xiii). Sokrates'e göre *nomos*, toplumsal uzlaşının ya da siyasal kararların ötesine geçerek doğru ve iyi olanı açığa çıkarma kapasitesine sahip bir düzen ilkesidir(Plato vd., 1997, s. 1308). Bu yüzden *nomos*, sadece dışsal bir norm olmaktan ziyade yaşam pratiği içinde bizzat deneyimlenen bir düzen biçimi olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla *nomos* hukuk normunun ötesinde sahiplenme, bölüşüm, üretim, örf, kullanım ve ortak yaşamı kapsayan çok katmanlı bir düzen kavramıdır. Bu da erken Yunan düşüncesinde hukuk, siyaset ve toplumsal yaşamın henüz birbirinden kesin biçimde ayrılmadığını göstermektedir. Bu çok yönlülüğüne binaen çalışmada *nomos*, hukuku yasa koyucunun iradî işlemiyle sınırlamak yerine toplumsal düzenin kurucu ya da kendiliğinden gelişen normatif zemini olarak kavramayı sağlayan karşılaştırmalı bir kavram şeklinde değerlendirilmektedir. Böylece hukuk, salt iradî tasarımın ötesinde düzen kurucu veya evrimsel normatifliğin de ifadesi olarak düşünülür.

Hayek'in *nomos* kavramına girişi, onu *thesis*'in karşıtı olarak kurmasıyla başlar(Hayek, 2012, s. 207). John Burnet'e göre *nomos*, başlangıçta toplumda fiilen yerleşmiş kullanım ve teamülü; *thesis* ise kanun koyma eylemini ve konulmuş yasaların benimsenmesini ifade eder(Burnet, 1897, s. 332). Bu ayrım, Hayek'te bireyler arası ilişkileri düzenleyen genel ve soyut adil davranış kurallarıyla, devlet örgütlenmesine ve belirli amaçların gerçekleştirilmesine yönelik düzenlemeleri birbirinden ayıran temel kavramsal çerçeveye dönüşür. Böylece *nomos*, kendiliğinden gelişen normatif düzeni; *thesis* ise iradî ve amaçsal hukuk koymaya karşılık bir kullanım alanı bulur.

Modern hukuk düzenlerinde, adil davranış kuralları ile siyasal iktidarın amaçsal ve örgütsel düzenlemeleri arasındaki sınır giderek bulanıklaşmıştır. Hayek'in *nomos-thesis* ayrımı bu gelişmeyi açıklayan temel araçtır: *nomos*, bireyler arası ilişkileri düzenleyen genel ve soyut kuralları; *thesis* ise belirli amaçlara yönelik, kamu otoritesinin işleyişini düzenleyen iradî tasarrufları ifade eder. J. Walter Jones'un belirttiği gibi, yasama organının belirli bir amaca yönelik emirleri hükümet mekanizmasının parçasıdır ve bireylerin karşılıklı ilişkilerini düzenleyen kurallardan nitelikçe ayrılır(Jones, 1969, s. 146). Benzer biçimde Burkhardt, özel hukukta maddi davranış kurallarının, kamu hukukunda ise yöntemsel, biçimsel ve örgütsel hükümlerin ağırlık taşıdığını gösterir(Burckhardt, 1976, s. 137). Böylece her iki yazar, Hayek'in *nomos*'u kendiliğinden gelişen normatif düzenin, *thesis*'i ise devletin amaçsal ve örgütsel müdahalesinin adı olarak kullandığı ayrımı(Hayek, 2012, s. 209) kavramsal bakımdan desteklemektedir. Bu yönleriyle ayrımın modern

hukuktaki bulanıklık karşısında neden kurucu önem taşıdığı da görünür kılınmaktadır.

Burkhardt'ın ortaya koyduğu maddi ve örgütsel norm ayrımı, Hayek ile Schmitt arasındaki kuramsal karşıtlığı açıklamak bakımından önemli bir zemin sunar. Bu ayrım, özellikle Hayek'in *nomos* ile *thesis* arasında yaptığı ayrımı daha anlaşılır kılar. Hayek açısından maddi davranış normları, toplumun kendiliğinden gelişen düzeni içinde oluşan genel, soyut ve sürekli kurallardır; belirli bir amaca yönelmez, bireylerin karşılıklı ilişkilerini eşit biçimde sınırlar ve bu yönüyle *nomosun* temelini oluşturur. Buna karşılık örgütsel nitelikteki kurallar, *thesis*, devletin belirli amaçlara göre kurulması ve işletilmesiyle ilgilidir. Bu çerçevede Burkhardt'ın ayrımı, Hayek'in hukuk devletini genel davranış normları üzerinden temellendiren yaklaşımını açıklığa kavuştururken, Schmitt'in yasa ile emir, norm ile karar arasında kurduğu gerilimle de karşılaştırmalı bir ilişki kurmaya imkân verir. Böylece iki düşünür arasındaki ayrışma, hukukun kaynağı ve siyasal iktidarın sınırları sorusu etrafında belirginleşir.

Hayek, Schmitt'i, liberal normativizmin hukuku soyut kurallar düzenine indirgemesine karşı, hukukun somut bir düzen ve topluluk fikri içinde anlaşılması gerektiğini savunan bir düşünür olarak okur. Bu okumada Schmitt'in kararcılıktan "somut düzen" anlayışına yönelişi, *nomosun* yeniden yorumlanmasıyla ilişkilidir. Ancak aynı okuma, Schmitt'in hukukun kaynağını siyasal karar ve otoritede temellendiren yaklaşımının, Hayek'in kendiliğinden doğan düzeni mümkün kılan genel ve soyut kurallar anlayışıyla uzlaştırılamayacağını da gösterir. Dolayısıyla Schmitt, Hayek için hem liberal normativizmin sınırlarını açığa çıkaran hem de hukukun siyasal iradeye bağlanmasının tehlikelerini görünür kılan kritik bir karşılaştırma figürüdür(Hayek, 2012, s. 94).

2. Schmitt'te *Nomos*: Somut Düzen, Karar ve Yasa

Hukukun insanlar tarafından değil, *nomos* aracılığıyla yönetmesi gerektiği fikri, Schmitt'in de teslim ettiği üzere, Pindaros'tan modern hukuk devletine uzanan normativist damarın çekirdeğini oluşturur(Schmitt, 2023, s. 14). Bu damarda hukuk, kişisel iradede arındırılmış, nesnel ve tarafsız bir normlar düzeni olarak kurulur. Schmitt'e göre normativizm, hukuku geçerli normların hiyerarşisine indirgeyerek karar anını, somut düzeni ve bu düzeni var eden siyasal birliği görünmez kılar. Bu durum, *lex'in* üstünlüğü söyleminin, hukukun maddi taşıyıcılarını silerek kendisini tek meşruiyet kaynağı gibi sunmasıyla sonuçlanır(Schmitt, 2023, s. 14). Schmitt bakımından hukuk, normun geçerliliğini aşan bir boyuta sahiptir. Normu

somutlaştıran karar, kurum ve düzen fikriyle, yani soyut norm ile somut siyasal varoluşun bütünlüğü içinde anlam kazanır.

Schmitt'e göre *nomos*, yalnızca yasa metni ya da soyut norm değildir; normatif düzeni, kararı ve her şeyden önce somut düzen fikrini birlikte içerir(Loughlin, 2015, s. 83). Bu nedenle "kral", "hâkim" ya da "yönetici" gibi figürler, yalnızca kuralların değil, kurumsallaşmış iktidarın da taşıyıcılarıdır. Saf normativizm ise hukuku normun yürürlüğüne indirger; böylece somut iktidarı ve siyasal meşruiyeti görünmez kılar(Loughlin, 2015, s. 85). Bu çerçevede devlet, hâkim ve egemen, normlar hiyerarşisinde işlevsel noktalara dönüşür; "en üstün norm" da hukuk düzenini bütünüyle soyut bir alana kapatır. Schmitt'e göre bunun siyasal sonucu, "yasanın egemenliği" söyleminin somut egemenlik biçimlerini etkisizleştiren bir araca dönüşmesidir(Schmitt, 2023, s. 15). Böylece *lex*'in hâkimiyeti, *rex*'in otoritesini geriletir ve normativist düşüncenin örtük siyasal yönelimi de tam burada açığa çıkar.

Schmitt, yasanın genelliği ilkesini, yasa ile buyruk ve *ratio* ile *voluntas* arasındaki klasik ayrımın modern burjuva hukuk devletindeki son dayanaklarından biri olarak görür(Schmitt, 2012a, s. 15). Heinrich Triepel'in "Kutsal olan yasa değil, hukuktur; yasa hukukun altındadır"(Hollerbach, 1966, s. 427) sözüne yaptığı atıf da bu bağlamda önemlidir(Schmitt, 1928/2017, s. 142). Triepel, salt biçimsel pozitivizme karşı, yasayı hukuka bağlı ve normatif içerik taşıyan bir kavram olarak düşünür. Bu ayrım, hukuk ile yasa arasında mutlak bir karşıtlık kurmaz; asıl mesele, akla dayalı genel yasa fikri ile yalnızca usulî geçerliliğe dayanan pozitivist yasa anlayışı arasındaki farktır. Her bireysel emir ya da idari işlem yasa sayılırsa, "yasanın egemenliği" ve hukuk devleti ilkeleri içsel tutarlılığını kaybeder. Çünkü yasayı yasa yapan unsur, yalnızca yasama usulünden geçmesi değil, genel, soyut ve rasyonel bir düzen fikrini taşımasıdır. Bu nedenle hukuk devleti teknik yasallığa indirgenemez; iktidarın akla uygun sınırlarını gerektirir(Schmitt, 2023, s. 15).

Schmitt'e göre hukuk devletinde yargı, yasamanın yerine geçemez; çünkü hâkim kararı yasa değildir, ancak yasa temelinde verilen bir karardır(Schmitt, 2016, s. 37). Bu nedenle yasa yapımı ve siyasal karar yetkisi yasamada kalmalı, yargı ise ancak yasamanın tanıdığı takdir alanı içinde karar vermelidir. Aksi hâlde yargısal denetim, yasamanın kanunilik tekeli ve merkezî konumu üzerinde üstünlük kurarak hukuk devletinin kurumsal dengesini zedeler(Özenç, 2022, s. 104).

Hukuk devletine özgü yasa kavramı, anayasal düzenin hem hukuki hem de siyasal boyutlarıyla birlikte düşünülmesini gerektirir. Schmitt'e göre anayasa, yalnızca bir

Rechtsstaat düzeninin kurumsal çerçevesini belirlemekle kalmaz, *politischer Gesetzesbegriff*'i yani siyasal yasa kavramını da bünyesinde barındırır. Bu nedenle hukuk devletinin biçimsel mantığı ile anayasanın siyasal niteliği arasında yapısal bir gerilim vardır. Bu gerilimi açıklayabilmek için, Schmitt'in "biçimsel yasa kavramı" (*formeller Gesetzesbegriff*) dediği çerçevenin önce netleştirilmesi gerekir. Çünkü modern dönemde hem "yasa" hem de "hukuk devleti" kavramları, siyasal zorunlulukların etkisiyle içeriksel anlamlarının önemli bir bölümünü yitirmiştir. Yasama usulü ile yasama organının yetkileri, klasik sınırlarını aşarak yasama dışı devlet işlemlerine de uygulanmaya başlamış; böylece biçimsel yasa kavramı ortaya çıkmış ve zamanla maddi yasa kavramının karşısı olarak kullanılmıştır.

Biçimsel yasa kavramı, en yalın anlamıyla, yasama yetkisine sahip organların ilgili yasama usullerine uygun olarak gerçekleştirdiği işlemleri ifade eder(Dyzenhaus, 2014, s. 495). Schmitt bu tanımlı tümüyle reddetmek yerine belirli teknik bağlamlarda, örneğin bazı uyuşmazlık veya yargısal faaliyetlerin biçimsel bakımdan sınıflandırılmasında pratik bir kolaylık sağlayabileceğini kabul eder(Schmitt, 1928/2017, s. 143). Buna karşın anayasa teorisi açısından bu tür tanımları hakiki olmaktan uzak, yalnızca kısaltıcı ve araçsal nitelikte görür(Dyzenhaus, 2014, s. 496). "Yasa"yı salt usul ve yetkiye indirgemek, onu genel, akla uygun ve bağlayıcı norm olma vasfından kopardığı için yasa, maddi anlam taşıyan bir hukuk kuralı kimliğini yitirerek teknik bir prosedüre dönüşür.

Schmitt'in asıl eleştirisi, biçimsel ölçütün siyasal işlemleri de "yasa biçimine" sokarak yasa ile emir arasındaki farkı ortadan kaldırması noktasına odaklanır(Schmitt, 1928/2017, ss. 144-145). Parlamentonun vergi, bütçe, savaş ilanı, af ya da atama gibi işlemleri aynı kalıp içinde yürütmesi "yasa biçiminde" gerçekleştirilen her tasarrufun gerçek anlamda yasa sayılabileceği yanılsamasını doğurur. Oysa Schmitt açısından belirleyici sorun, yasama sürecine katılımın genişliği ya da demokratik niteliği değil, siyasal kararların salt yetki ve usul ölçütleri sayesinde yasa formuna büründürülerek maddi yasa fikrinden koparılmasıdır. Bu genişleme, yasayı genel, soyut ve rasyonel norm olma niteliğinden uzaklaştırıp biçimsel bir meşruiyet aracına dönüştürür. Sonuçta hukuk devleti, genel ve rasyonel normların egemenliği olmaktan uzaklaşır; yasallık korunuyor görünse de onun normatif içeriği aşınır ve siyasal irade, yasa formu içinde buyruğa dönüşebilir(Schmitt, 1928/2017, s. 145).

Schmitt'e göre anayasal ya da teamüle dayalı bazı istisnalar, belirli işlemlerin yasama usulüyle yapılmasına imkân tanıyabilir; ancak buradan, yasama organının dilediği her işlemi "yasa biçiminde" yaparak onu gerçek anlamda yasaya

dönüştürebileceği sonucu çıkarılamaz. Çünkü yasa biçimi, tek başına maddi yasa niteliği yaratmaz. Jellinek'in "yasama organının iradesi, konusu ne olursa olsun, yasa biçimi alabilir"(Jellinek, 1887, s. 232) yönündeki yaklaşımı da Schmitt'e göre tam bu noktada sorunludur. Devletin her türlü işlemine yasa biçimi kazandırmak, biçimsel kategorileri sınırsızlaştırır ve "yasanın egemenliği" ilkesini, yasama organının sınırsız egemenliğiyle özdeşleştirir. Böylece yasa ile buyruk, hukuk ile irade arasındaki sınırlar silinir; hukuk devleti, genel ve rasyonel normların egemenliğinden uzaklaşıp siyasal kararların yasa formu içinde meşrulaştırıldığı bir düzene dönüşür(Schmitt, 1928/2017, s. 146).

Schmitt'in eleştirisi, hukukun yalnızca normatif biçime indirgenemeyeceğini karar, somut düzen ve siyasal birlik boyutlarının da hesaba katılması gerektiğini gösterir(Siliquini-Cinelli, 2014, s. 118). Buna karşılık Hayek'in eleştirisi, hukukun yalnızca amaçsal yasa koyma ve örgütsel düzenleme faaliyetine indirgenemeyeceğini, çünkü böyle bir indirgemeye *nomos*'un soyut ve genel yapısının aşındığını vurgular. Renato Cristi'nin işaret ettiği liberal müzakerecilik eleştirisi de bu gerilimi görünür kılar(Cristi, 1984, s. 525). Bu iki farklı eleştiri, *nomos-thesis* karşılaştırmasının kuramsal zeminini oluşturur.

3. Hayek'te *Nomos*, *Thesis* ve Yasamanın Araçsallaşması

Hayek'e göre hukukun evrimsel bir süreç içinde geliştiğinin anlaşılması, önemli bir içgörü sağlar. Böyle oluşan kurallar zorunlu olarak belirli nitelikler taşıırken, iradî olarak tasarlanan yasalar bu niteliklere ancak istisnaen yaklaşabilir. Bu nedenle evrimsel hukuk, siyasal düşüncede "hukukun hâkimiyeti", "hukuk altında yönetim" ve "kuvvetler ayrılığı" gibi idealler için ölçü işlevi görür. Hayek, burada bu *nomosun* yalnızca bir temel niteliğine işaret etmekte, diğerlerini ise ilerleyen bölümlerde açıklamayı vaat etmektedir(Hayek, 2012, s. 112).

Hayek'e göre hukuk, bireylerin birbirlerine karşı davranışlarını düzenleyen, belirli bir amaca yönelmemiş, belirsiz sayıdaki gelecekteki olaylara uygulanmak üzere tasarlanmış genel ve soyut kurallardan oluşur. Bu kurallar, her birey için korunan bir alanın sınırlarını çizerek kişilerin kendi planlarını özgürce izleyebileceği kendiliğinden bir düzenin doğmasına imkân tanır. Bu nedenle hukuk, belirli sonuçları gerçekleştirmeyi emreden buyruklardan ayrılır. Hayek, özellikle *common law* geleneğinde hukukun tekil davalardan bağımsızlaşarak, bu davalar yoluyla netlik kazanan genel ilkelerden türediğini vurgular(Hayek, 2012, s. 113). Ona göre hâkimin görevi yeni uyuşmazlıklara uygulanabilecek soyut kuralları içtihadattan süzüp çıkarmaktır. Yöneticinin emri ise anlık ihtiyaçlara ve belirli amaçlara

bağlıdır(Hayek, 2012, s. 115). Bu yüzden *nomos*, emir veren bir iradede beslenmek yerine davranışları sınırlayan genel kurallardan oluşan bir hukuk biçimi olarak bireysel özgürlüğün normatif çerçevesini kurar.

Hayek'e göre Bacon, Hobbes ve Austin çizgisinde gelişen anlayış, hukuku üstün yasama iradesinin ürünü sayarak hem monarşik hem de demokratik sınırsız iktidarı aynı teorik zeminde meşrulaştırır. Çünkü hukuk, örgütsel amaçları gerçekleştiren emirler toplamıyla sınırlandırılırsa *nomosun* iktidarı sınırlayan anlamı kaybolur ve hukuk, iktidarın kullanım aracına dönüşür. Bu nedenle yasama organının otoritesi, salt kendi iradesinden beslenmek yerine toplumun genel ve adil davranış kuralları koyabileceğine ilişkin ortak kanaatinden doğar. Yasama gücü de ancak bu genel niteliklerle uyumlu görüldüğü sürece meşrudur; aksi hâlde hukuk, sınır koyan normatif çerçeve olmaktan çıkar ve sonuç odaklı, sınırsız yönetim iradesinin teorik dayanağına dönüşür. Böylece monarşik ve demokratik egemenlik, aynı iradeci hukuk anlayışında birleşir(Hayek, 2012, s. 120).

Hayek, hukukun evrimsel gelişiminin önemli üstünlükler taşıdığını kabul eder; ancak bir kuralın kendiliğinden doğmuş olması, onun zorunlu olarak iyi ya da adil olduğu anlamına gelmez. Evrimsel süreç kimi zaman çıkmazlar ve sakıncalı sonuçlar üretebildiği için, hukukun genel ve soyut niteliğini koruyan yasama müdahaleleri bazı durumlarda meşru ve gerekli hâle gelebilir(Hayek, 2012, s. 115). Bununla birlikte tarihsel olarak *nomos*, bireyler arası ilişkileri düzenleyen, verilmiş ve büyük ölçüde değiştirilemez sayılan genel davranış kurallarını; *thesis*, *statute* ya da *legislation* ise yetkili organın belirli amaçlarla koyduğu düzenlemeleri ifade eder. Hükümdarın vergi gibi özel tedbirleri için ayrıca rıza ve yetkilendirme gerekmesi de bu ayrımı gösterir(Hayek, 2012, s. 164). Hayek'e göre modern hukuk dili bu iki düzlemi aynı "yasa" kavramı altında toplayarak temsilî meclislerin amaçsal tasarruflarını hukuk düzeninin saygınlığıyla donatmakta ve böylece *nomosun* soyut yapısını aşındırmaktadır.

Hayek'e göre *nomos* ile *thesis* arasında özellikle uygulanış bakımından niteliksel bir fark vardır. *Nomos*, emirlerin aksine "icra edilmek" yerine bireylerin eylem alanını sınırlayan genel ve sürekli kurallar bütünüdür, etkinliği ise bizzat bu kurallara itaat edilmesine dayanır. Bahsi geçen kurallar belirli bir sonucu gerçekleştirmekten ziyade düzenin sürekliliğini sağlamayı amaçlar. Buna karşılık *thesis* türü yasalar, belirli kişilere belirli amaçları gerçekleştirmelerini emreden ve uygulanıp icra edilmesi gereken talimatlardır(Hayek, 2012, s. 165). Bu ayrım yasa koyucunun konumuna da yansır: *nomos* düzleminde yasa koyucu ile uygulayıcı arasında hiyerarşik bir emir-itaat ilişkisi bulunmazken *thesis*'te böyle bir yapı egemendir.

Dolayısıyla hâkim, hukuku icra eden bir figür olmaktan ziyade somut olayda mevcut düzenin hangi kuralı gerektirdiğini keşfeden organdır. Bu ayrım, Hayek ile Schmitt'in yargı ve yasa anlayışlarını karşılaştırmada verimli bir zemin sunar. Hayek'e göre yasama organı tarafından üretilen bir düzenleme, bilinçli olarak *nomos* modelini taklit edebilir; yani genel, soyut ve herkese eşit uygulanabilir kurallar şeklinde kaleme alınabilir. Ancak bu ne zorunludur ne de yasamanın fiilî eğilimidir. Çünkü yasama faaliyetinin büyük bölümü, belirli amaçların gerçekleştirilmesine yöneliktir ve bu nedenle *thesis* niteliği taşır. Bu tür düzenlemeler, adil davranış kuralları koymaktan ziyade, devletin işleyişini düzenleyen, belirli sonuçları elde etmeyi amaçlayan örgütlenme talimatlarıdır. Dolayısıyla bir kanun metnine her tür içeriğin dahil edilebilir olması, onu kendiliğinden *nomos* haline getirmez.

Hayek'in vurguladığı temel ayrım, yürütme tarafından "uygulanacak" amaçsal düzenlemeler ile toplumun tüm üyelerini bağlayan genel davranış kuralları arasındaki yapısal farktır. İlki belirli sonuçları doğrudan üretmeyi hedeflerken, ikincisi bireylerin eylemlerini sınırlayan ve onların birbirleriyle uyum içinde hareket etmelerini sağlayan soyut bir çerçeve oluşturur. Hukukun gerçek işlevi tam da bu noktada netleşir. Hukuk, belirli sonuçları doğrudan üretmek yerine bireylerin kendi amaçlarını izlerken içinde hareket edebileceği bu soyut düzeni mümkün kılmak adına varlığını sürdürür. Bu çerçevede yasa koyucunun giderek artan biçimde amaçsal ve örgütleyici düzenlemelere yönelmesi, Hayek açısından hukukun bu soyutluk niteliğini aşındıran bir gelişme olarak değerlendirilir.

Hukukun yargısal gelişimi, yerleşik içtihatların yarattığı beklentileri koruduğu için değerli olmakla birlikte, modern toplumların hızlı değişimi karşısında tek başına yeterli değildir. Yargıcın görevi, önceki kararlarla oluşan güveni ani biçimde sarsmamak; hukuku mevcut kuralların sürekliliği içinde uygulamaktır. Bu nedenle açıkça değişiklik gerektiren durumlarda yasama organının devreye girmesi gerekir. Ancak Hayek yasamayı, hukukun serbestçe araçsallaştırılabileceği bir alan olarak görmez. Yasama müdahalesi, ancak geleceğe yönelik, genel, soyut ve öngörülebilir kurallar koyduğu ölçüde *nomosun* işlevini tamamlar. Aksi hâlde *thesis* niteliğindeki amaçsal düzenlemeler, hukukun kendiliğinden düzeni mümkün kılan karakterini aşındırır. Bu çerçevede yasama organının meşruiyeti, yalnızca yetkili organ olmasından kaynaklanmak yerine koyduğu kuralların hukuk devletiyle bağdaşan nitelikleri korumasından doğar. Hayek bakımından demokratik yasama ile evrimsel hukuk arasındaki denge de burada kurulur. Yasama değişimi mümkün kılar, fakat bunu *nomosun* genel düzenleyici yapısını bozmadan yapmak zorundadır. Bu saptama, sonraki aşamada, Schmitt ile Hayek'in *nomos* kavrayışları arasında hem

ortak bir eleştirel hat kurulup kurulamayacağını hem de bu yakınlığın hangi kuramsal eşikte aşılmaz bir ayrışmaya dönüştüğünü karşılaştırmalı olarak tartışmayı gerekli kılar.

III. AYRIŞAN TEMELLER ÜZERİNDE BİR NOMOS KÖPRÜSÜ

Hayek ile Schmitt'in *nomos* kavrayışları, hukuk ile düzen arasındaki ilişkinin nasıl kurulacağı konusunda yapısal bir gerilim içinde okunabilir. Schmitt açısından *nomos*, hukuku soyut normlar alanına hapseden modern pozitivist yaklaşımın ötesine geçen özgül bir kategoridir. Bu kavram, karar ile somut düzen arasındaki içsel bağı yansıtır; hukuk, yalnızca normatif geçerlilikten ibaret olmayıp, normun arkasındaki siyasal birlik ile onu somutlaştıran düzenin birlikte varoluşuna işaret eder.

Schmitt'in *nomos* anlayışında hukuk, soyut ve genel kuralların kendi başına geçerliliğiyle açıklanamaz. Hukukun kaynağı, bu kuralları taşıyan siyasal varoluş ve somut düzen fikrinde aranır. Buna karşılık Hayek, hukukun işlevini bireylerin karşılıklı eylemlerinin öngörülebilir bir düzen içinde uyumlanmasını sağlayan soyut ve genel davranış kurallarıyla açıklar. Hayekçi anlamda *nomos*, siyasal kararın veya örgütleyici iradenin ürünü olmaktan ziyade, kendiliğinden gelişen toplumsal düzenin normatif çerçevesidir. Bu çerçevede hukuk, belirli kolektif amaçları gerçekleştirmek için kullanılan bir yönetim tekniğine indirgenemez; bireylerin kendi amaçlarını izlerken birbirlerinin eylem alanlarını öngörebilmelerini sağlayan genel kurallar bütünü olarak anlaşılır. Dolayısıyla bir yanda siyasal kararın önceliğini ve topluluğun somut düzenini esas alan Schmittyen *nomos*; diğer yanda ise soyut kuralların kendiliğinden düzen yaratma kapasitesine dayanan Hayekçi hukuk tasavvuru bulunmaktadır.

İki yaklaşım arasındaki derin ayrışmaya rağmen, her iki düşüncede de ortak bir uyarı belirgindir. Hukukun yalnızca iradî tasarıma indirgenmesi, yasama organının ya da yürütme gücünün amaçsal ve sonuç odaklı düzenlemelerine tâbi kılınması, hukuk düzeninin varlığını mümkün kılan temel yapıyı tahrip eder. Schmitt için bu tahribat, hukukun siyasal kararın taşıyıcı niteliğinden ve siyasal birliğin kurucu boyutundan koparılması anlamına gelir. Hukukun yalnızca normlar alanına indirgenmesi, siyasal meşruiyetin kaynağını görünmez kılar ve somut düzenin kurucu niteliğini perdelemektedir.

Hayek için ise aynı süreç, hukukun kendiliğinden doğan düzeni mümkün kılan soyut ve evrensel davranış kuralları olmaktan uzaklaşması anlamına gelir. Hukuk,

bu durumda bireylerin eylem alanlarını genel kurallarla güvence altına alan bir çerçeve olmaktan çıkar; toplumsal yaşamı belirli hedefler doğrultusunda planlayan örgütleyici bir aygıt dönüşür. Böylece hukukun işlevi araçsallaşır ve iktidar tarafından belirlenen amaçlara hizmet eden teknik bir mekanizma hâline gelir. Hayek'in itirazı, tam da hukukun bu amaçsal ve yönetsel düzenleme mantığı içinde kendi genel, soyut ve öngörülebilir niteliğini kaybetmesinedir. Bu nedenle Hayek'in iktisadî temelli kendiliğinden düzen teorisi ile Schmitt'in siyasallık ve karar merkezli *nomos* anlayışı, farklı teorik çıkış noktalarına sahip olmakla birlikte, hukukun salt tasarımcı bir iradenin ürünü olarak kavranmasına karşı paralel bir uyarı içerir.

Schmitt, hukuku somut düzenin siyasal birliği içinde temellendirirken; Hayek, soyut kuralların kendiliğinden doğurduğu düzenlilik içinde anlamlandırır. Farklı kavramsal evrenlerden gelen bu iki yaklaşım, sonuçta hukukun yalnızca toplumu belirli hedefler doğrultusunda örgütleyen bir araç olarak görülmesi hâlinde hem özgürlüğün hem de düzenin temel dayanaklarının aşınacağını gösterir.

SONUÇ

Bu çalışma, Carl Schmitt ile Friedrich A. Hayek arasında doğrudan bir teorik uzlaşma bulunmadığını; buna karşılık modern hukukun iradî yasa koyma ve amaçsal düzenleme faaliyetine indirgenmesine karşı sınırlı ve gerilimli bir ortak eleştiri zemini kurulabileceğini göstermiştir. Bu ortaklık, iki düşünürün aynı hukuk teorisini savunmamalarına rağmen hukukun yalnızca yasa koyucunun iradesine tabi kılınması hâlinde taşıdığı normatif ve kurucu niteliğin zedeleneceği yönündeki ortak kaygılarından doğmaktadır.

Schmitt açısından *nomos*, hukuku soyut normlar alanına hapseden modern pozitivist ve normativist yaklaşımların ötesinde, somut düzen, siyasal birlik ve karar kategorileriyle birlikte düşünülmelidir. Hayek bakımından ise *nomos*, kendiliğinden gelişen toplumsal düzenin genel, soyut ve öngörülebilir davranış kurallarıdır. Bu nedenle iki düşünürde *nomos* aynı anlama gelmez. Schmitt için kavram, siyasal düzenin kurucu yapısına ve bu düzeni belirleyen egemen karara; Hayek için ise bireylerin eylem alanlarını güvence altına alan soyut kurallar düzenine işaret eder. Bu ayrım özellikle vurgulanmalıdır: Schmitt'in normativizm ve biçimsel hukuk devleti eleştirisi, hukuku sınırsız iktidar karşısında güvence altına alma amacı taşımaz; tersine, siyasal kararın ve egemen iradenin hukuk düzeni üzerindeki önceliğini görünür kılmaya yönelir. Bu nedenle Schmitt'i, Hayek gibi sınırsız yasama ya da yürütme iradesine karşı hukuk devletçi bir sınırlama arayışında

konumlandırmak yanıltıcı olur. Schmitt'in plebisiter meşruiyet, olağanüstü hâl ve diktatörlük tartışmalarında belirginleşen yaklaşımı, siyasal kararın normatif sınırlamalara üstünlüğünü kabul eder. Dolayısıyla iki düşünür arasında kurulabilecek ortaklık, hukukun iradî tasarıma indirgenmesine karşı aynı yönde bir hukuk devleti savunusu değil; modern yasallık, yasa formu ve hukukun araçsallaşması hakkındaki eleştirilerin farklı ve çatışmalı teorik sonuçlara açılmasıdır.

Hayek'e göre bu süreç, hukuku genel ve soyut kurallar bütünü olmaktan çıkararak amaçsal yönetim tekniğine dönüştürür ve bireysel özgürlüğün öngörülebilir normatif çerçevesini zayıflatır. Schmitt açısından ise hukukun salt normatif geçerlilik alanına indirgenmesi, siyasal kararın, somut düzenin ve siyasal birliğin kurucu rolünü görünmez kılar. Böylece iki düşünür, farklı teorik yönelimlerden hareket etseler de hukukun salt yönetsel bir araç hâline gelmesine karşı kesişen bir eleştirel hatta buluşur.

Bu karşılaştırmının önemi, Schmitt ve Hayek'in modern hukuk kavramının sınırlarını iki farklı yönden görünür kılmasında yatmaktadır. Her iki düşünür de yasama organının iradesinden çıkan her düzenlemenin salt biçimsel geçerliliği nedeniyle hukuk devletine özgü yasa niteliği kazanamayacağını gösterir. Schmitt'te sorun, siyasal kararın ve somut düzenin yasa biçimi altında örtülmesi; Hayek'te ise genel ve soyut davranış kurallarının amaçsal ve örgütsel düzenlemeler içinde aşınmasıdır. Böylece iki düşünür birlikte okunduğunda, hukuk ile yasa, yasa ile emir ve norm ile irade arasındaki ayrımlar yeniden düşünülür hâle gelir. Bu nedenle *nomos-thesis* ayrımı, Schmitt ve Hayek'i uzlaştıran ortak bir hukuk teorisi sunmaz. Aksine, modern hukuk devletinde yasa, emir, karar, düzen ve özgürlük arasındaki gerilimi görünür kılan karşılaştırmalı bir eksen sağlar. Çalışmanın temel sonucu, Schmitt ve Hayek arasındaki ilişkinin benzerlik ya da karşıtlık ikiliğine indirgenemeyeceğidir. Bu ilişki, hukukun iradî tasarım ve amaçsal yönetim tekniğine indirgenmesine karşı yöneltilmiş iki farklı fakat kesişen eleştiri olarak anlaşılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aristoteles. (2017). *Politika* (Furkan Akderin, Çev.; 3. bs). Say Yayınları.
- Burckhardt, W. (1976). *Einführung in die Rechtswissenschaft* (2. Aufl. mit e. Vorw. von Hans Huber, Neudr. der Ausg. Zürich 1948). Schulthess.
- Burnet, J. (1897). Law and Nature in Greek Ethics. *The International Journal of Ethics*, 7(3), 328-333. <https://doi.org/10.1086/intejethi.7.3.2375525>
- Cristi, R. (1984). Hayek and Schmitt on the Rule of Law. *Canadian Journal of Political Science*, 17(3), 521-535.
- Davies, B. (2014). *Thomas Aquinas's Summa theologiae: A guide and commentary*. Oxford University Press.
- Dicey, A. V. (1985). *Introduction to the study of the law of the constitution* (10. ed., reprinted). Macmillan.
- Dyzenhaus, D. (2014). *The Concept of the Rule-of-Law State in Carl Schmitt's Verfassungslehre* (J. Meierhenrich & O. Simons, Ed.; C. 1). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199916931.013.019>
- Hayek, F. A. (2012). *Hukuk, Yasama ve Özgürlük* (Atilla Yayla, Mustafa Erdoğan, & Mehmet Öz, Çev.; 1. Basım). Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Hayek, F. A. (2013). *Özgürlüğün Anayasası* (Yusuf Ziya Çelikkaya, Çev.; 1. bs). BigBang Yayınları.
- Hayek, F. A. von. (1968). *The confusion of language in political thought, with some suggestions for remedying it*. Institute of Economic Affairs.

- Hollerbach, A. (1966). Zu Leben und Werk Heinrich Triepels. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 91(4), 417-441.
- Jellinek, G. (1887). *Gesetz und Verordnung: Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*. J. C. B. Mohr. Bayerische Staatsbibliothek – Digitale Sammlungen (bsb11127294). <https://www.digitale-sammlungen.de/en/details/bsb11127294>
- Jones, J. W. (1969). *Historical introduction to the theory of law*. A.M. Kelley.
- Kansu, A. (2002) "Carl Schmitt'in Modern Anayasacılık Eleştirisinin Friedrich August von Hayek Üzerinden Düşünülmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2), 411-421. <https://doi.org/10.21492/0nuhfd.742430>.
- Loughlin, M. (2015). Nomos. İçinde D. Dyzenhaus & T. M. Poole (Ed.), *Law, liberty and state: Oakeshott, Hayek and Schmitt on the rule of law* (ss. 65-95). Cambridge university press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781316144930.004>
- Maurer, A. A. (2000). *Medieval Philosophy*. Pontifical Institute for Medieval Studies.
- Miller, E. F. (2010). *Hayek's the constitutions of liberty: An account of its argument*. Inst. of Economic Affairs.
- Neuman, G. L. (2000). The U.S. Constitutional Conception of the Rule of Law and the Rechtsstaatsprinzip of the Grundgesetz. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.195368>
- Özenç, B. (2014). *Hukuk devleti: Kökenleri ve küreselleşme çağındaki işlevi* (K. Ünüvar, Ed.; 1. baskı, 2014, İstanbul). İletişim Yayıncılık.

- Özenç, B. (2022). *Demokrasîyi ve Anayasayı Korumak: Kelsen Schmitt'e Karşı* (1. bs). İletişim Yayınları.
- Paley, W. (2002). *The principles of moral and political philosophy*. Liberty Fund.
- Plato. (1997). Gorgias (Donald J. Zeyl, Çev.). İçinde J. M. Cooper & D. S. Hutchinson (Ed.), *Complete Works* (ss. 791-870). Hackett Publishing Company, Inc.
- Plato, Cooper, J. M., & Hutchinson, D. S. (1997). *Complete Works*. Hackett Publishing Company, Inc.
- Rosenfeld, M. (2008). Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti. İçinde Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, & Adnan Küçük (Ed.), *Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal*. Adres Yayınları.
- Sarangi, P. (1995). State As Spontaneous Order: An Analysis Of Hayek's Thought. *The Indian Journal of Political Science*, 56(1/4).
<https://www.jstor.org/stable/41855724>
- Schmitt, C. (2012a). *Legalität und Legitimität* (8th ed).
- Schmitt, C. (2012b). *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre* (4th ed). Duncker & Humblot.
- Schmitt, C. (2016). *Der Hüter der Verfassung* (Fünfte Auflage). Duncker & Humblot.
<https://doi.org/10.3790/978-3-428-54921-4>
- Schmitt, C. (2017). *Verfassungslehre* (Elfte Auflage). Duncker & Humblot.
<https://doi.org/10.3790/978-3-428-55206-1> (Original work published 1928, Duncker & Humblot)

- Schmitt, C. (2021a). *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (Elfte, korrigierte Auflage). Duncker & Humblot.
- Schmitt, C. (with Maschke, G.). (2021b). *Staat, Großraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916-1969. Hrsg., mit einem Vorwort und mit Anmerkungen versehen von Günter Maschke. 2., unveränderte Auflage* (2nd ed). Duncker & Humblot.
- Schmitt, C. (2023). *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens: Vierte, korrigierte Auflage* (4th ed). Duncker & Humblot.
- Silivigni-Cinelli, L. (2014). Imago Veritas Falsa: For a (Post-)Schmittian Decisionist Theory of Law, Legal Reasoning, and Judging. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 39, 118-141.
- Zartaloudis, T. (2019). *The birth of nomos*. Edinburgh university press.