



T. C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

SOSYOLOJİ ANABİLİM DALI

**DEĞERLERİNDEN ARINMIŞ HUKUK İÇİN BİR SAVAŞ:
HANS KELSEN VE SAF HUKUK TEORİSİ**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Yunus Emre KOÇAK

BURSA – 2018



T. C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

SOSYOLOJİ ANABİLİM DALI

**DEĞERLERİNDEN ARINMIŞ HUKUK İÇİN BİR SAVAŞ:
HANS KELSEN VE SAF HUKUK TEORİSİ**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Yunus Emre KOÇAK

Danışman:

Doç. Dr. Bengül GÜNGÖRMEZ

BURSA – 2018

T. C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Sosyoloji Anabilim Dalı'nda 701444001 numaralı Yunus Emre KOÇAK'ın hazırladığı "Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi" konulu Yüksek Lisans Tezi ile ilgili tez savunma sınavı, 29/05/2018 günü 17:00 saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin başarılı... (başarılı/ başarısız) olduğuna oybirliği (oybirliği/ oy çokluğu) ile karar verilmiştir.

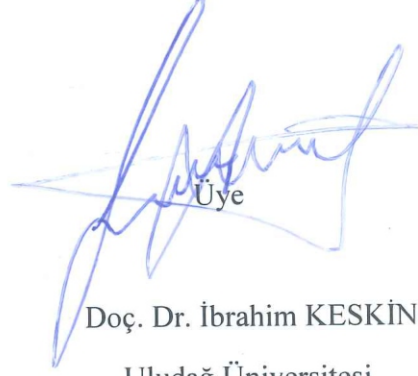


Üye

(Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)

Doç. Dr. Bengül GÜNGÖRMEZ

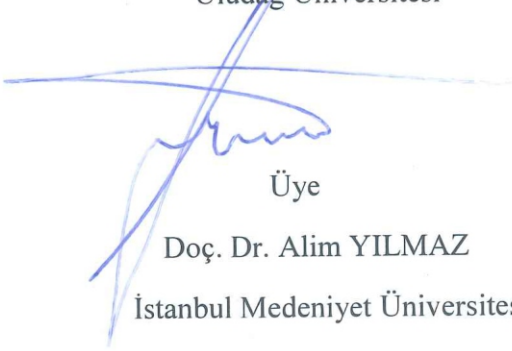
Uludağ Üniversitesi



Üye

Doç. Dr. İbrahim KESKİN

Uludağ Üniversitesi



Üye

Doç. Dr. Alim YILMAZ

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

29./05./2018

ULUDAG UNIVERSITY
SOCIAL SCIENCE INSTITUTE
THESIS ORIGINALITY REPORT

ULUDAG UNIVERSITY
SOCIAL SCIENCE INSTITUTE
TO THE DEPARTMENT OF SOCIOLOGY

Date: 08/05/2018

Tesis Title: Hans Kelsen's Pure Theory Of Law

According to the originality report obtained by myself by using the Turnitin plagiarism detection software and by applying the filtering options stated below on 08/05/2018 for the total of 112 pages including the a) Title Page, b) Introduction, c) Main Chapters, and d) Conclusion sections of my thesis entitled as above, the similarity index of my thesis is 10 %.

Filtering options applied

- 1- Bibliography excluded
- 2- Quotes excluded
- 3- Match size up to 5 words excluded

I declare that I have carefully read Uludag University Social Science Institute Guidelines for Obtaining and Using Thesis Originality Reports; that according to the maximum similarity index values specified in the Guidelines, my thesis does not include any form of plagiarism; that in any future detection of possible infringement of the regulations I accept all legal responsibility; and that all the information I have provided is correct to the best of my knowledge.

I respectfully submit this for approval.

Date and Signature


08.05.2018

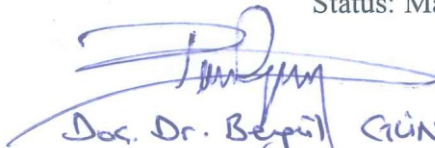
Name Surname: Yunus Emre KOÇAK

Student No: 701444001

Department: Sociology

Program:

Status: Master


Doç. Dr. Beyül GÜNGÖRMEZ
Uludağ Üniversitesi
Sosyoloji Bölümü

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ÖZGÜNLÜK RAPORU

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SOSYOLOJİ ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞINA

Tarih: 08.05./2018

Tez Başlığı: Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 112 sayfalık kısmına ilişkin, 08./05./2018 tarihinde şahsım tarafındanTuranlı..... adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 0.0'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kaynakça hariç
- 2- Alıntılar hariç/dahil
- 3- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Adı Soyadı: Yunus Emre KOÇAK

Öğrenci No: 701444001

Anabilim Dalı: Sosyoloji

Programı:

Statüsü: Yüksek Lisans


Dr. Dr. Begül GÜNGÖRMEZ

Uludağ Üniversitesi
Sosyoloji Bölümü

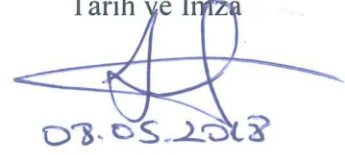
Tarih ve İmza

08.05.2018

Yemin Metni

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “Hans Kelsen’in Saf Hukuk Teorisi” başlıklı çalışmanın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntıların kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

Tarih ve İmza



08.05.2018

Adı Soyadı: Yunus Emre KOÇAK

Öğrenci No: 701444001

Anabilim Dalı: Sosyoloji

Programı:

Statüsü: Yüksek Lisans

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı : Y. Emre KOÇAK
Üniversite : Uludağ Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ana Bilim Dalı : Sosyoloji
Bilim Dalı :
Tezin Niteliği : Yüksek Lisans Tezi
Sayfa Sayısı : XIII + 102
Mezuniyet Tarihi : .../.../ 2018
Tez Danışman(lar)ı : Doç. Dr. Bengül GÜNGÖRMEZ

DEĞERLERİNDEN ARINMIŞ HUKUK İÇİN BİR SAVAŞ: HANS KELSEN VE SAF HUKUK TEORİSİ

Bu çalışma bir Kelsen biyografisi denemesidir. Elinizdeki metin sadece bir biyografi değil aynı zamanda bir entelektüelin yaşamının anlatımıdır. Çalışma, Avusturyalı hukuk adamı Hans Kelsen'i yalnızca 'kişi' ya da 'insan' olarak ele almıyor; aynı zamanda Kelsen'in fikirlerini bir biyografinin izin verdiği ölçüde tanıtmaya gayesi taşıyor. Bu sebepten ötürü Hans Kelsen'in temel metinlerine ve fikirlerine de odaklanıyor. Kelsen'in temel metinleri ile okuyucuya yansıyan hukuk felsefesinde, en fazla ilgi uyandıran ve hayal gücünün sınırlarını zorlayan 'saf hukuk' teorisini ise olabildiğince derinlemesine irdeleme gayreti gösteriyor. Hiç şüphesiz bu teorinin kararlı muhalifleri olduğu kadar, tutkulu hayranları da mevcut olmuştur. Her iki taraf da Kelsen'in teorisini açıklarken yürüdüğü belirsiz yola çok şey borçludur. Söz konusu belirsizlik sıkça eleştirilmiş ve teorinin bütününe sanki bir mitmişçesine kuşkuyla yaklaşılmasına neden olmuştur. Ancak, taraftarlarının eleştirileri savuşturmasına imkân veren de yine bu belirsizliktir. Bu kapsamda çalışmanın temel hedefi Kelsen'in bir insan ve entelektüel olarak yaşadığı hayatına ışık tutmak akabinde adeta kâşifi olduğu temel norm kavramı bağlamında geliştirdiği anayasacılık fikrini, hukuku diğer tüm sosyal bilimlerden ayrı tutma çabası ile irdelemek ve Kelsen'in bazı bildik hukuk felsefesi problemlerine cevaben önerdiği temel norm kavramı açıklamaktır. Kullanmış olduğu metodoloji, etkilendiği felsefi akımlar ekseninde belirtilecektir. Kelsen'in girişimi tüm yönleriyle başarıya ulaşmasa da, yetersizliğinin bile aydınlatıcı olduğu savunulacaktır. Esasında bu çalışmanın temel gayesi kapsamına aldığı meselelerin karmaşıklığına ve olası çözüm yollarına ışık tutmaktadır.

Anahtar Sözcükler:

Hans Kelsen Saf Hukuk Teorisi Metodoloji Normativizm Viyana Çevresi

ABSTRACT

Name and Surname : Y. Emre KOÇAK
University : Uludağ University
Istitution : Istitution of Social Sciences
Field : Sociology
Branch :
Degree Awarded : Master
Page Number : XIII + 102
Degree Date : .../.../ 2018
Supervisor (s) : Assoc. Prof. Bengül GÜNGÖRMEZ

A WAR FOR DEVOID OF VALUES LAW: HANS KELSEN AND PURE THEORY OF LAW

This work is a Kelsen biography test. The text in your hand is not just a biography, but an expression of the life of an intellectual. The study does not take Austrian law man Hans Kelsen as only 'person' or 'human'; as well as introducing Kelsen's ideas to the extent permitted by a biography. For this reason, focuses on Hans Kelsen's basic texts and ideas. In the philosophy of law reflected in Kelsen's basic texts and the reader, evokes more attention and push the boundaries of imagination 'pure law' theory shows the depth examine possible effort. There is no doubt that there are passionate fans as well as the determined opponents of this theory. Both sides owe much to the uncertain path that Kelsen's theory explains. This uncertainty has often been criticized, and it has led to the whole of the theory to be suspect in a myth. However, this ambiguity that allows its supporters to dissuade criticism. The main goal of working in this context is to shed light on Kelsen's life as a human and intellectual then to examine the notion of constitutionalism which has been developed in the context of the basic norm concept that it is almost certain to be followed by an attempt to separate the law from all other social sciences and to explain the basic norm concept Kelsen suggests in response to some known legal philosophical problems. The methodology used will be set out in the context of the philosophical currents influenced. It will be argued that Kelsen's initiative does not achieve success in all its aspects, but even the inadequacy is enlightening. In fact, it sheds light on the complexity of the issues that it is taking into account and the possible solutions.

Keywords:

Hans Kelsen Pure Theory of Law Methodology Normativis Vienna Circle

ÖNSÖZ

Öğrencisi olmaktan gurur duyduğum İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki ve yüksek lisans öğrenimi aldığım Uludağ Üniversitesi Sosyoloji bölümündeki eğitimim beni bir entelektüel çalışmaya sürükledi: hukuk-politika ilişkisi ya da politik hukuk veya politika olarak hukuk yahut hukuk olarak politika. Bu yüksek lisans teziyle, politik hukukun eleğinden geçmeyi denedim. Elinizdeki metin bu eşik atlama tecrübemi temsil ediyor. Bu, yüzme bilmeyen bir adamın denize atlamasından farksız. Bu çalışmamla birlikte önümde yapmam gereken çok şeyin bulunduğunun farkına vardım. Bu yolda yürümeyi öğrenmeliyim.

Azim ve garetle aynı zamanda çok çalışmam gerektiğini bilerek çıktığım bu yolda manevi desteğini hep hissettiğim annem, babam ve kardeşlerime, bu yola çıktığım andan itibaren yanımda olan kıymetli hocalarım Uludağ Üniversitesi Sosyoloji bölümü öğretim üyesi Doç. Dr. Bengül GÜNGÖRMEZ'e ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi bölümü öğretim üyesi Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ hocama, üzerimde çok emeği olan ve bu tezi yazarken bana destek olup yeri geldiğinde bir baba gibi sahip çıkan ancak şuan aramızdan ayrılmış bulunan değerli sosyolog Prof. Dr. Hüsamettin ARSLAN'a, yüksek lisans eğitimim boyunca bana maddi olarak yardımcı olan bilim ve bilim insanı destekçisi TÜBİTAK Bilim İnsanı Destekleme Grubuna ve çalışmamı nihayete erdirmemdeki en önemli teşvikçim olan biricik eşim Asuman KOÇAK'a teşekkürü bir borç bilirim.

BURSA – 2018

Y. EMRE KOÇAK

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No
TEZ ONAY SAYFASI.....	II
ÖZET.....	IV
ABSTRACT.....	V
ÖNSÖZ.....	VI
İÇİNDEKİLER.....	VII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HANS KELSEN'İN BİYOGRAFİSİ VE ENTELEKTÜEL KONTEKST

1. BİLGİ TOHUMUNDAN BİLGELİK ÇINARINA: İNSAN OLARAK HANS KELSEN.....	5
2. BİR HUKUK FİLOZOFUNU ENTELEKTÜEL KİŞİLİĞİ İLE TANIMAK.....	12
2.1. Hans Kelsen'in Fikri Tekâmülü.....	13
2.2. Kelsen'in Düşünceleri Üzerinde Viyana Çevresi'nin Tesiri.....	18
2.3. Kelsen'in Fikirleri İle Matematiksel Metodolojinin Benzerliği.....	22
2.4. Kant Felsefisi Bağlamında Hans Kelsen'in Fikir Dünyası.....	25

İKİNCİ BÖLÜM

KELSEN'İN POZİTİF HUKUK DÜNYASINA ARMAĞANI: SAF HUKUK TEORİSİ

1. HANS KELSEN'İ TEMEL METİNLERİ İLE ANLAMAK.....	33
2. SAF HUKUK TEORİSİNE GİRİŞ.....	35
2.1. Saf Hukuk Teorisi'nin Gayesi ve Anlamı.....	36
2.2. Saf Hukuk Teorisi'nin Pozitivist Karakteri.....	38

3. YÖNTEM KURUCUSU KELSEN'İN SAF HUKUK İDEALİ BAĞLAMINDA TEMEL TEORİLERİ.....	43
3.1. Normların Anası Olarak Temel Norm (Grundnorm).....	45
3.1.1. Temel Norm Öğretisinin Açıklanması ve Değerlerden Arınmış Bir Hukuk Araştırması.....	46
3.1.2. Doğal Hukukun Tek Alternatifi Olarak Temel Norm Yaklaşımı..	52
3.1.3. Temel Normun Ekseninde Anayasaların Meşruiyetine Kelsen'in Bakış Açısı.....	54
3.2. Normlar Hiyerarşisi Yaklaşımı.....	59
3.3. Politika ve Hukuk İlişkisine Kelsen'in Getirdiği Yorum.....	66
3.4. Kelsen'de Devlet İle Hukukun Özdeşliği Teorisi.....	70

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HANS KELSEN TARTIŞMALARI VE ELEŞTİRİLERİ

1. KELSEN METODUNUN FELSEFİ TEMELİNİN ELEŞTİRİSİ.....	78
1.1. Kelsen'in Metodunun Temel Niteliklerinin Eleştirisi.....	78
1.2. Kelsen'in Metodunun Temel Prensipleri Olan Saflık ve Birlik Konusundaki Düşüncelerinin Eleştirisi.....	80
2. KELSEN'İN HUKUKİ POZİTİVİZM FİKRİNİN ELEŞTİRİSİ.....	83
SONUÇ	87
KAYNAKLAR.....	95
ÖZGEÇMİŞ.....	102

GİRİŞ

Bu çalışma, pozitif hukukun kurucusu olarak kabul edilen Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen'in biyografik bir değerlendirmesidir. Türkçe olarak henüz Hans Kelsen hakkında yapılmış biyografik bir çalışma yoktur. Elinizdeki metnin en önemli özelliği, dilimizde Kelsen üzerine yazılmış az sayıdaki makalenin ötesine uzanması ve nispeten kapsamlı olmasıdır. Bu çalışma Hans Kelsen hakkında literatürde bulunan bir eksikliği tamamlamak üzere kaleme alınmıştır.

Gayemiz Kelsen'in hukuk düşüncesini bütünüyle ortaya koymak olsaydı onun bolca teorik hukuk bilgisi içeren, doğrudan doğruya politik, sosyolojik yönü olmayan eserlerinin neredeyse tamamının kapsamlı incelenmesi ve çalışılmasını hedefleyecektik. Böyle bir hedef bu çalışmanın sınırlarında ele alınamaz. Bu nedenle elinizdeki çalışmada bu öncü düşünürün yalnızca hayatı ve önemli fikirlerini mütalaa edeceğiz. Zira Kelsen bir yüksek lisans tezinin hakkını veremeyeceği kadar derin ve büyük bir düşünürdür. Bu nedenle çalışmamızı bir insan ve düşünür olması yönü ağırlıklı olarak Kelsen'in önemli teori ve fikirleriyle sınırladık. Elinizdeki metin, Batı hukuk düşüncesinde çok önemli yere sahip bir düşünürü yani Kelsen'i Türkiye'deki müstakbel okurlarına tanıtabilirse gayesine ulaşmış olacaktır.

Hiç şüphesiz yalnızca didaktik yönüyle ön plana çıkacak bir çalışma bu denli öncü fikirlerin sahibi bir hukukçuyu izah etmede son derece sığ kalırdı. Bu sebeple elinizdeki çalışmada Kelsen, kendi düşünce ufkuumuz çerçevesinde yaşadığı dönemin konteksti içerisinde ele alınacaktır. Kelsen'in ortaya koymuş olduğu saf hukuk teorisinin temel yapı taşları tespit edilecek ve çalışmaları hakkında genel bir değerlendirme yapılacaktır. Böylesine önemli bir teori ortaya atmış bir düşünürün teorileri hakkında bir tez ileri sürmek henüz araştırma hayatına yeni başlamış genç bir akademisyen adayı için fazla iddialı olurdu. Elinizdeki çalışma Kelsen'in teorilerine karşı bir tez ileri sürmekten çok söz konusu teorileri anlamayı ve değerlendirmeyi gaye edinmektedir.

Kelsen doğal hukuk geleneğinin pozitif hukuka evrildiği bir dönemde yaşamıştır. Hakim hukuk anlayışlarını irdelemiş ve Batı düşüncesinde pozitif hukukun temellerini atmıştır. Doğal ve pozitif hukuk geriliminde kendine bir saf tutmuş, netice olarak pozitivist bir hukuksal kavrayışın savunucusu olmuştur.

Kelsen'in savunucusu olduğu pozitif hukukun geleneğinden önce var olan doğal hukuk, hakkın doğadan alındığını, bağlayıcı ve evrensel ahlaki standartların olduğunu savunan hukuk felsefesinin adıdır (George, 2007: 172). Çoğu zaman 'ilahi' ya da tanrısal hukuk olarak da tanımlanır. Karşıtı olan pozitivist hukukun tersine, toplumlarca oluşturulan hukukun değil, evrensel ölçüde var olan hukukun savunucusudur. Yani doğada hâlihazırda bir hukuk vardır. Önceden kurulu düzeni keşfetmek amaçlanmalıdır (George, 2007: 173). Bu anlayış Aristoteles'ten Cicero'ya, oradan da Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'ne kadar hukuk felsefesinin başlıca akımı olmuştur.

Doğal hukuk filozofları insanların koydukları pozitif kanunların üzerinde yer alan kusursuz bir kanun olduğunu düşünmüştür. Doğal hukuk doğanın kanunlarının insanın doğasına kazındığını ve yaşayan her şeyin hukukuna temel oluşturduğunu savunur. Bu düşünce tarzı Antik Yunan filozoflarına kadar gitmekteyse de Stoacı filozoflar ile sistemleşmiş, Cicero ve Aquinas tarafından da Orta Çağ'a taşınmıştır. Maturidi, Hobbes, John Adams, John Locke, Thomas Jefferson, Madison, Leibniz, Vattel, Rousseau, Kant, Montesquieu gibi düşünürlerce çağdaş zamanlara dek sürdürülmüştür.

Doğal hukuk, hukuk ve adalet arasında esaslı bir bağ olduğunu savunurken pozitivist hukukça bu bağ mümkün olduğu ölçüde koparılmaya çalışılmıştır. Zira doğal hukuk akımı hukuki pozitivisminden farklı olarak, hukuk ve ahlâk arasında hukuki geçerlilik kriteri bakımından kavramsal, mantıksal ve zorunlu olarak temel bir bağlantı olduğunu iddia etmektedir (Yücel, 2003: 76). Hukuk ve ahlâk arasında zorunlu bir bağlantı olmasının sonucu 'adil olmayan hukuk, hukuk değildir' anlayışının ortaya çıkmasıdır (Wacks, 2013: 3). Dolayısıyla doğal hukuk açısından hukuk kurallarının içeriğinin ahlâka uygun olması gerektiği belirtilebilir (Uslu, 2004: 5).

Ne var ki çağlar boyu sağlam temellerle dillendirilen bu anlayış, hukuk filozofu Roscoe Pound'un, *An Introduction to the Philosophy of Law (Hukuk Felsefesine Giriş)* adlı eserinde Aristoteles'in doğal ya da pozitif hukuk ayrımı yapmadığını, yasaların doğa ile uyumlu olmasının gerekliliğini vurguladığını ifade etmesi ile sorgulanmaya başlar (Pound, 1922: 10). Pound ve sonraki düşünürlere göre Aristoteles, gerçekten de bir ayrım yapmamış, sadece doğal hukuk filozoflarına ilham veren doğanın yasalarını betimlemiştir.

Getirilen bu ilk eleştiri üzerine yapılan çalışmalar neticesinde 19. Yüzyılla beraber modern bilim (doğa bilimleri) adeta bir yeryüzü tanrısı haline gelmiştir (Friedmann, 1967: 163). Dönemin entelektüelleri bilimin büyüğü zaferlerinden fazlasıyla etkilenmişlerdir. Söz

konusu etki doğa bilimcileri olduğu kadar sosyal bilimcileri de tesiri altına almıştır (Arslan, 1995: 567).

Bu yeni yaklaşım pozitivist dönemin hâkim entelektüel yönelimi haline getirdi. Pozitivist mantık a priori varsayımları ve soyut idealleri küçümseyerek bunların yerine modern bilime imanı koydu (Arslan, 1995: 568).

Doğal hukuk fikri karşısında inkişaf eden pozitivist hukukun tartışılmaya başladığı bu dönemde bilimsel çalışmaların birçok alana yayılması ve bilimsel gelişmenin sonuç olarak insan davranışını da etkileyeceğine dair inanç, hukuk düşünürlerini de birçok bakımdan etkiler. Herbert Spencer, kendi hukuk teorisini biyolojik evrimden çıkarırken, Auguste Comte da kendi teorisini üç hal yasası ile izah etmektedir (Friedmann, 1967: 163).

Dolayısıyla zamanın egemen felsefesi olan pozitivism, hukuk konusundaki çalışmalara kadar genişlemiştir. Bunu takiben diğer bilimler gibi hukuk alanında da birçok pozitivist eğilim kendini göstermiştir. Söz konusu eğilimlerin ortak noktası hepsinin de metafizik teorilere ve ‘doğal hukuk’ kavramına karşı olmalarıdır (Barry, 2013: 32). Bu karşı oluş ilerleyen dönemlerde her şeyi gözlemlenebilir, ölçülebilir olması yönüyle ele alan bunun dışında varlık tanımayan boyutlara ulaşacaktır.

Üstelik geçen yüzyılda toplumsal, ekonomik ve teknik gelişmenin etkisi altında değişikliğe uğrayan şey yalnızca hukuk kurallarının içeriğinden ibaret değildir. Bu devrede, insanların hukuk ve hukukun temeli konusundaki düşünceleri de önemli değişiklikler geçirmiştir. Hukuk düşüncesinde 19. ve 20. yüzyıllara rastlayan büyük devrim, bilimsel düşüncedeki önemli değişikliklerin tesiri altında gerçekleşmiştir.

İşte bilimin bu denli tesirinde olan bir çağ ve fikir dünyasında hukukta hiç kuşku yok ki nasibini almıştır. Hukuk alanında pozitivistimin en temel göstergesi, monizm yani ‘tekçilik’ olmuştur. Monizm eşitlik görüşü veya tabiiyet görüşü ekseninde şekillenir yani uluslararası hukukla iç hukukun eşit mi yoksa birisinin birine tabi mi olacağı fikri tartışılmaktadır. Teklik söz konusu olduğu zaman hiyerarşi boy göstermektedir ve akıllara uluslararası hukuk mu iç hukuk mu üstün sorusu gelmektedir. Buda tabiiyet ve eşitlik görüşleri çerçevesinde çözülmeye çalışılmaktadır.

Hukuksal monizm yani ulusal ve uluslararası hukuku bir bütün olarak gören yaklaşım, doğal hukukun pozitivist yönünü ele alır. Hukuki monizmin en ateşli savunucularından biri de Hans Kelsen’dir. Kelsen hukukta ayrımı kabul etmez, hukuku bir bütün olarak görür; ona göre

uluslararası hukukta iç hukukta tek bir düzen içerisinde, birden fazla düzen içerisinde değildir.

Kelsen'in ulusal ve uluslararası hukukun bütünlüğü ekseninde getirdiği yeni yaklaşımlar, filizlendirdiği hukuk argümanları tamda bilimin başat rol almaya başladığı yeni bir toplum düşüncesinde neşvünema bulmuştur. Bu çalışmanın amacı da Kelsen'in hayatından hareketle, fikirlerine, teorilerine ve entelektüel kişiliğine ışık tutmaktır.

Elizindeki çalışma 3 ana bölümden oluşmaktadır. 'Hans Kelsen'in Biyografisi ve Entelektüel Kontekst' başlıklı birinci bölümde ilk olarak bir insan olması perspektifinde Kelsen'in hayatı, tecrübeleri, içinde bulunduğu fikir ortamı hakkında bilgiler verilecek ve yaptığı çalışmalar bu pencereden ele alınacaktır. İkinci olarak Kelsen'in özel manada saf hukuk teorisi genel manada ise hukuk düşüncesinde etkili olan felsefi yaklaşımlar ve fikir çevreleri belirtilecektir.

Teorik çatıyı oluşturan diğer bölüm olan 'Kelsen'in Pozitif Hukuk Dünyasına Armağanı: Saf Hukuk Teorisi' başlıklı 2. Bölümde ise kaleme aldığı temel metinleri kronolojik sırasıyla ifade edilecek olup metinlerinde ele aldığı hususlara değinilecektir. Ardından adeta kâşifi olduğu temel norm kavramı bağlamında geliştirdiği anayasacılık fikri, hukuku diğer tüm sosyal bilimlerden ayrı tutma çabası ile irdelenecektir. Ayrıca Kelsen'in bazı bildik hukuk felsefesi problemlerine cevaben önerdiği temel norm kavramı açıklanacaktır, izlemiş olduğu metodolojik yöntem etkilendiği felsefi akımlar ekseninde belirtilecektir. Kelsen'in girişimi tüm yönleriyle başarıya ulaşmasa da, yetersizliğinin bile aydınlatıcı olduğu savunulacaktır. Aslında amaç, Kelsen'in temel fikirleri ve hukuk teorileri önderliğinde kapsamına aldığı meselelerin karmaşıklığına ve olası çözüm yollarına ışık tutmaktır.

Çalışmanın 3. bölümünde ise önce Kelsen hakkında tartışmalara değinilecek, eleştirilere yer verilecektir; fakat eleştiri kısmının ilgili metinlerin hepsine sıkı sıkıya bağlı olması mümkün gözükmemektedir. Değerlendirmeye alınan metinlerde öyle anlatım bozuklukları ve çelişkiler vardır ki, bunlar, ustalıkla bir yorumla dahi yok edilemeyebilir. Kaldı ki, bu tezde teorinin gelişiminin izini sürmek veya tüm metinleri ayrıntılı biçimde tartışmak amaçlanmamaktadır. Bu açıklamaları takiben saf hukuk teorisine yöneltilen eleştiriler ile bir anlamda teorinin eksik olarak değerlendirilen yanları ifade edilirken diğer yandan onun hukuk dünyasındaki öncü konumu gözler önüne serilecektir.

Bununla beraber Kelsen'in uluslararası hukuk alanındaki görüşlerinin incelenmesi çalışma kapsamının dışında bırakılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

HANS KELSEN'İN BİYOGRAFİSİ VE ENTELEKTÜEL KONTEKST

1. BİLGİ TOHUMUNDAN BİLGELİK ÇINARINA: İNSAN OLARAK HANS KELSEN

Bu biyografi, Kelsen'in parçalanmış aile hayatını, erken dönemlerde üzerinde etkili olan kişileri, Kant'a olan eleştirel bağlılığını, Viyana Çevresi ile kişisel etkileşimini, Nietzsche ile kararsız ilişkisini, hukukun felsefesi yönlerinin tanınması için verdiği mücadeleyi ve geç gelen şöhretine karşı tavrını içeren bir portre sunmaktadır.

Hans Kelsen, norm koyucu bir rol üstlenen hukuki pozitivism çerçevesinde hukukun ne olduğu sorusuna cevap arayan Avusturyalı bir hukukçudur (Güriz, 2003: 235). 11 Ekim 1881 yılında, o zamanlar Avusturya-Macaristan Krallığının Avusturya bölümünde bulunan Prag'da doğmuştur (Jablonek, 1998: 368).

Yahudi kökenli fakat ana dil olarak Almanca konuşan bir ailenin çocuğu olarak Kelsen bir Alman Yahudi'si olarak hayata gözlerini açmıştır. Üç yaşında ailesi ile birlikte Viyana'ya göç eden Kelsen, öğrenim hayatı boyunca hukuk eğitiminin yanı sıra hem matematik hem felsefe hem edebiyat hem mantık hem de fen bilimleri gibi çeşitli konularda eğitim almıştır. Almanların disiplini ve çalışmayı ön planda tutan eğitim hayatının tipik özelliklerini taşımaktadır ve çeşitli disiplinlerde aldığı bu eğitim fikir dünyasının zenginlik kaynağıdır.

Henüz iki yaşındayken ailesi ile birlikte Viyana'ya taşınmıştır. Daha sonradan Viyana Üniversitesi'nde hukuk öğrenimi görmüştür. Hukuk doktoru unvanını 1906 yılında kazanmış olan Kelsen'in söz konusu çeşitli bilimlerde edinmiş olduğu altyapının etkileri hayatının sonuna kadar yaptığı bütün çalışmalarda açıkça kendini göstermektedir (Ladavac, 1998: 391). Felsefe, hukuk, edebiyat gibi farklı alanlarda almış olduğu eğitim adeta onun düşünce ufku genişletmiş, özgün fikirler ortaya koymasına öncülük etmiştir.

Kelsen'in hayat hikâyesindeki en unutulmaz bazı bölümler, misafir olduğu ülkelerin tarihine, bilimlerine ve sosyal çalışmalarına adeta renk katan öncü fikirlerden oluşmuştur. Çekişmeci bir karaktere sahip olan ve fikirleri nedeniyle kendisini eleştirenlerle sık sık polemiklere giren Kelsen'in Yahudi kimliği hayatına yol haritası çizerken en önemli yapı

taşlarından biri olmuştur. Ömrünün büyük kısmını anayurdundan uzakta, kendini daha özgür hissettiği Viyana, Cenevre, Amerika gibi farklı ülkelerde geçirmiştir. Çok fazla kitap okumuş, Avrupa'nın bilim ve felsefe camiasıyla ilişkisini sıkı sıkıya sürdürmüş ve önde gelen fikir çevrelerinde kendine yer edinmiştir. Coğrafi olarak tecrit edilmiş, çekişmelerle dolu bir yaşamın burukluğuna rağmen matematik, felsefe ve hukuk dehasını tüm dünyaya sergilemekten geri durmamıştır.

Önceleri kararlı bir Yahudi olmasına rağmen, 1905 yılında uyum problemlerinden kurtulma girişimi olarak Katolik olmuştur (Ladavac, 1998: 391). Bu kararında en önemli etken ise ailesinin Yahudi geçmişinin üniversitede ders verme imkânını tehlikeye atabileceği kaygısıdır. Ancak çözüm olması beklenen bu kararın amacına ulaştığını söylemek neredeyse imkânsızdır; zira Kelsen bu karardan sonra Almanya'ya göç etmek zorunda kalmıştır. 1930 yılında Almanya'ya göç edene kadar Kelsen, Yahudi geçmişi nedeniyle çok ciddi engellerle ve sorunlarla karşılaşmıştır. Üniversite ortamında fikirlerine bu sebepten ötürü ön yargılı yaklaşmış, ailesi tıpkı Batı Avrupa'daki diğer Yahudi aileler gibi öz vatanını terke zorlanmıştır. Almanya'daki diğer Yahudilerle aynı kaderi paylaşmış ve inançlarından ötürü karşı konulması güç bir baskıyı tecrübe etmiştir.

1905 yılı itibariyle Kelsen fikirlerini yazıya dökmeye başlar. Elinizdeki metnin bu bölümünde Kelsen'in metinlerinden bahsederken söz konusu metinlerin hikâyeleri anlatılacaktır, kitaplardaki teoriler sadece zikredilecektir. Zira ilerleyen bölümlerde teorilere ve Kelsen'in fikirlerine ayrıca değinilecektir.

1905 yılında Kelsen'in ilk kitabı olan *'Die Staatslehre des Dante Alighieri (Dante Alighieri'nin Devlet Eğitimi)'* yayınlanmıştır. Kelsen bu çalışmalarının ardından 1908 yılında Heidelberg'de George Jellinek yönetiminde düzenlenen seminere 'Kamu Hukuku' otoritesi olarak katılmıştır. 1911 yılında 700 sayfalık *'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Kamu Hakları Eğitiminin Temel Problemi)'* kamu hukuku araştırması ile Viyana Üniversitesinde kamu hukuk ve hukuk felsefeleri öğretmek üzere öğretim üyesi statüsü kazanan Kelsen, 1914 yılında *'Austrian Journal of Public Law (Avusturya Kamu Hukuku Dergisi)'* isimli kitabı, eserin editörlüğünü de yaparak üç cilt halinde yayınlamıştır (Ladavac, 1998: 392). Bu eser sonraki dönemlerde Avusturya hukukunun adeta can damarı olacak ve birçok hukuki düzenlemeye kaynak teşkil edecektir.

Kelsen, Birinci Dünya Savaşı boyunca Avusturya ordusu komutanına danışmanlık yapmış ve aynı zamanda adliyenin de yönetimini üstlenmiştir. 1918 yılında Viyana

Üniversitesi'nden hukuk doçenti unvanı alan Kelsen, profesörlük unvanını bir yıl sonra elde etmiştir. Kelsen'in sonraki on yılda araştırma ve öğretim çalışmaları oldukça verimli geçmiştir. Bu dönemde aralarında; Adolf Merkl, Felix Kaufmann, Alfred Verdross, Fritz Sander, Erich Voegelin, Alf Ross, Charles Eisenmann, Luis Legaz Lacambra ve Franz Weyr gibi isimlerin de bulunduğu birçok öğrencisi, ilerleyen yıllarda önemli teorisyenler konumuna gelmişlerdir. Kelsen ve onun yetiştirdiği bu entelektüeller '**Viyana Okulu (Alm. Wiener Schule)**' olarak anılan ekolün temsilcileri olmuşlardır. Öte yandan Kelsen; Otto Bauer, Max Adler, Joseph Schumpeter ve Ludwig Van Mises gibi isimlerle sürekli işbirliği ve irtibat içerisinde olmuştur (Ladavac, 1998: 392).

Kelsen'in fikri alt yapısında önemli derecede tesiri olan Viyana Okulu bilimsel dil ve bilimsel metodolojiyi sorgulamak üzere 1920'lerde Viyana'da düzenli aralıklarla bir araya gelen felsefeci, bilim adamı ve matematikçilerin oluşturduğu bir gruptur. Grubun kurucusu ve önderi bilgi ve bilim ve felsefecisi Moritz Schlick'dir. Topluluk, fizikçi ve felsefeci Moritz Schlick'in önderliğinde 1924'ten 1936'ya kadar, düzenli olarak haftalık toplantılar yapmıştır. Viyana Okulu'nun Kelsen'in hayatı ve fikirlerindeki tesirine metnin ikinci bölümünde ayrıntılı olarak yer verilecektir. Bu sebepten şimdilik Kelsen'in hayatındaki yerinin vurgulanması yeterli görülmüştür.

Bilim konusundaki tartışmaların yapıldığı bu çevreyle yakın irtibatlı olması dışında Kelsen, siyasi görüş olarak sosyal demokrat görüş sempaticisi olmasına rağmen tarafsız kalmaya ve hiçbir siyasi partiye üye olmamaya özen göstermiştir (Ladavac, 1998: 392). Bu tavrı kuşku yok ki onun hukuk alanında öncü konuma gelmesinde ve çalışmalarıyla hukuk düşüncesinde tabiri caizse bir dönemi kapatıp başka bir dönemi açmasında etkili olmuştur.

1919 yılı Kelsen açısından özel önem taşır. Bu yıldan itibaren editörlüğünü de yaparak 24 cilt halinde çıkarmış olduğu '*Journal of Public Law (Kamu Hukuku Dergisi)*', kariyerinde önemli bir aşamayı teşkil etmiştir. Diğer taraftan aynı yıl Avusturya'nın yeni Anayasasının oluşturulması görevinin ona verilmiş olması Kelsen'i Avusturya tarihi için önemli bir kişilik konumuna getirmiştir. Bu Anayasa kabul edildiği 1920 yılından itibaren temel prensiplerinde değişikliğe uğramadan günümüze kadar geçerliliğini sürdürmüştür (Ladavac, 1998: 393). Hiç şüphesiz bu durum Kelsen'in teorik altyapısının ne denli sağlam temeller üzerine kurulduğunun göstergelerinden yalnızca biridir.

Bu ilk anayasa çalışmalarında Kelsen'in teorisinin en özgün noktalarından biri 'Temel Norm' fikridir. Bu konudaki açıklamalar bir sonraki bölüm olan Kelsen'in entelektüel kişiliği

ele alınırken yapılacaktır ancak bu aşamada kısa bir açıklama yapmak Kelsen'in hayatını daha bütüncül bir şekilde kavramak adına yerinde olacaktır.

Kelsen'e göre eğer söz konusu anayasa, tarihsel olarak ilk anayasa ise ve bu anayasanın geçerliliğinin nedeni olarak pozitivist hukuk teorisine göre bir ilah ya da insan üstü bir irade tarafından yaratılmış üstün bir düzenin belli bir bireyi ya da bireyler topluluğunu anayasa çıkarmak üzere yetkilendirdiği kabul edilmiyorsa anayasanın ve dolayısıyla anayasayı temel alan yasaların, idari işlemlerin ve yargısal kararların geçerliliğinin nedeni sadece, bizim varsaydığımız bir norm olabilir.

Saf Hukuk Teorisine göre temel norm, içeriği ne olursa olsun, beşeri varlıkların etkinlikleri ile kurulmuştur. İşte bu tercih ile temel yasaya beşeriyet kudreti atfeden Hans Kelsen, 1920 yılında ilk anayasayı hazırlayarak önemli bir çalışmaya imza atmıştır.

1921 yılında Anayasa Mahkemesi Üyeliğine seçilen Kelsen, hazırlanmasında başrol oynadığı söz konusu Anayasa'da, Anayasa Mahkemesi Üyeleri'nin de yargılanabilir olmasına özel bir önem vermiştir (Ladavac, 1998: 393). Birinci dünya savaşından sonra 1 Ekim 1920 tarihli anayasa Kelsen'in fikirlerinin de tesiriyle geniş yetkili bir **Anayasa Mahkemesi (Verfassungsgerichtshof)** ihdas etmiştir. Mahkemenin vazifeleri ve teşkilatı farklı zamanlarda muhtelif değişikliklere uğramış olsa da Kelsen için bu müessese adına önem arz eden konu mahkeme üyelerinin de yargı karşısına çıkarılabilecek olmasıdır.

Kelsen, hukuk derecesini aldıktan sonra 1919'dan 1930'a kadar Viyana Üniversitesinde Devlet ve Yönetim Hukuku Profesörü olarak çalışmıştır (Jablonek, 1998: 368). 1930 yılında Hıristiyan Sosyal Parti'nin de baskıları sonucunda Kelsen'in Anayasa Mahkemesi üyeliği düşürülmüştür. Bu dönemden itibaren üzerinde artan politik baskılar nedeniyle, 1930 yılında Köln Üniversitesi'nin davetini kabul ederek Avusturya'dan Almanya'ya göç etmiştir (Ladavac, 1998: 393). Aynı zamanda bu ilk Anayasa Mahkemesi Alman işgali altında tabiatıyla büsbütün yok olduktan sonra 1945 yeni Avusturya devleti kurulunca tekrar ihdas edilmiştir.

1934 yılında en meşhur eserlerinden birisi olan, *Reine Rechtslehre (Saf Hukuk Teorisi)*'yi yayınlamıştır. 'Normlar hiyerarşisi (normlar piramidi)', 'devlet hukuku ve uluslararası hukuk özdeşliği' ve 'haklar ve ödevler' teorileri bu eserin en dikkat çekici unsurları olarak ön plana çıkmaktadır. Bu dönemde Kelsen, söz konusu normlar hiyerarşisinin bir güvencesi olarak anayasa yargısı teorisini ortaya atarak anayasa yargısını sistematize

etmiştir (Kabaloğlu, 1998: 22). 1934 yılında okuyucusuyla buluşan bu eser o dönem itibariyle kendine has bir yaklaşıma sahip olarak geçerliliğini ve hukuk dünyasındaki yerini günümüze kadar muhafaza etmiştir. Bugün hala birçok pozitivist hukuk teorisi açık veya zımni şekilde Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi'nden esintiler taşımaktadır.

Kelsen'in 1930 yılında göç ederek başladığı Köln Üniversitesi'ndeki kariyeri Almanya'da Nazilerin baskılarının artması nedeniyle çok uzun sürmez. Yahudi bir aileden gelen Kelsen, Köln'deki hayatını Hitlerin iktidara gelmesi ile sonlandırır (Kayıkçı, 2003: 12) ve ailesiyle birlikte Cenevre'ye göç eder. Bu dönemde 1933-1936 yılları arasında Cenevre'de Institut Universitaire des Hautes Etudes'te ve 1936-1940 arasında Prag Üniversitesi'nde de hukuk dersleri verir.

Fakat 1940 yılında İkinci Dünya Savaşı patlar, Kelsen tekrar yer değiştirmek zorunda kalır. Nazilerin Avrupa'daki yürüyüşü ile birlikte Almanya Avusturya'yı ilhak eder ve Kelsen 1940'da yok denecek kadar az bir İngilizce bilgisi ile A.B.D.'ne göç eder.

1940-1942 yıllarında araştırmacı olarak Harvard Hukuk Okulunda dersler verir. 1942 yılında dönemin Amerikalı ünlü hukukçularından Roscoe Pound'un da desteğiyle Berkeley Kaliforniya Üniversitesi Siyaset Bilimi bölümüne profesör olarak atanır. Aynı yıl A.B.D. vatandaşlığına da geçerek alanında önceki dönemlere göre daha serbest çalışma imkânı bulur (Ladavac, 1998: 393). Bu siyasal tesirden uzak çalışma ortamı Kelsen'e verimli bir akademik dönemin kapısının anahtarını sunmuştur. Zira Amerika'daki dönemimde bilhassa ulusal ve uluslararası hukukun ayrıklığı veya özdeşliği üzerine olmak üzere çok sayıda eser kaleme almıştır.

A.B.D.'nde de yoğun olarak uluslararası hukuk dersleri veren Kelsen, 1944-1945 yıllarında '*Peace Through Law (1944) (Hukuk Yoluyla Barış)*' ve '*General Theory of Law and State (1945) (Devletin ve Hukukun Genel Teorisi)*' isimli eserlerini yayımlar ve aynı zamanda 1945 yılında Washington'da 'Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu' danışmanlığına getirilmiştir. Bu süreçte, özellikle 'Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi' ekseninde bir dizi çalışmalar yapar, söz konusu çalışmalarını da 1950'de '*The Law of the United Nations (Birleşmiş Millet Hukuku)*' kitabında toplar. Şu anda güncelliğini yitirmiş olmasına rağmen, bu kitap yayınlandığı dönemde alanında en kıymetli eserlerden birisi konumunda idi (Ladavac, 1998: 393).

Hans Kelsen, 19 Nisan 1973 yılında, arkasında birçok farklı dilde çevirisi yapılan 400 civarında kitap ve makale bırakarak, Berkeley’de hayata veda eder. 1971 yılında henüz kendisi hayattayken Avusturya hükümeti Kelsen’in kültürel mirasını yaşatmak üzere bünyesinde Kelsen’in orijinal yazmalarının da bulunduğu ‘Viyana Hans Kelsen Enstitüsünü’ kurmuştur (Ladavac, 1998: 394). Söz konusu enstitü halen araştırmacı ve ziyaretçilere açık olup Kelsen’in mirasına kültürel anlamda elçilik yapmaktadır.

Kelsen önceleri çalışmalarını hukuka ve devlete ilişkin temel sorunlar üzerine yoğunlaştırmışken daha sonraki yıllarda ilgi alanını siyasi düşüncelerin ve sitemlerin tarihsel ve felsefi çözümlenmesine yöneltmiş, parlamenter yönetim, demokrasi, sosyalizm, komünizm üzerine incelemeler yapmıştır. Viyana’da Sigmund Freud’la tanışması yaşamı boyunca psikolojiye ilgi duymasına neden olmuştur. Sosyoloji ve sosyal psikolojinin hukuk ve devletin temel kavramları üzerindeki ilişkisi üzerine fikirler beyan etmiştir. Ayrıca yaşamının sonuna doğru antropolojiye ve ilk çağların incelemesine ağırlık vermiştir.

Hukuk biliminin yanı sıra matematik, felsefe, edebiyat, mantık, fen bilimleri gibi çeşitli konularda da çalışmalar yapmıştır. Söz konusu çalışmalara ilerleyen bölümlerde Kelsen’in entelektüel kişiliği tartışılırken kapsamlı şekilde yer verilecektir.

Hans Kelsen’in çalışmalarından ‘Saf Hukuk Teorisi’, ‘Hukuki Pozitivizm (anayasal hukuk ve uluslararası hukuk)’, ‘Hukuk Felsefesi’, ‘Siyaset Bilimi (demokrasi, sosyalizm, bolşevizm)’ kavramları günümüz bilim literatüründe hala çok önemli kaynaklar olarak özelliğini korumaktadır (Dağdelen, 2004: 7). Sosyal bilimlerin birçok disiplini bahse konu teorileri irdelemekte ve tartışmakta, Kelsen’in teorilerine yeni bakış açılarıyla yorumlar getirmektedir.

Hans Kelsen yaşamı, inançları, çalışmaları dolayısıyla birçok farklı ülke ve kültürü tecrübe etmiş, yaşadığı dönemin sosyal koşullarından kimi zaman doğrudan kimi zamansa dolaylı olarak etkilenmiş ve hukuk dünyasında yeni ufuklar açmış bir pozitivisttir. Anayasa düşüncesinin babası olarak anılan Kelsen ve çalışmaları, hukuk ve hukukun sosyal bilimlerle olan ilişkisinin şuan ki kadar bütüncül kavranmasına büyük katkı sağlamıştır. Sonuçta o kısacık ışıltıdan geriye kalan ise etkisini günümüzde dahi sürdüren çok sayıda makalesi, kitapları ve konuşmalarıyla ‘gerçek bir hukuk tanrısı’ halini gösteren eşsiz fotoğrafıdır.

2. BİR HUKUK FİLOZOFUNU ENTELEKTÜEL KİŞİLİĞİ İLE TANIMAK

Fikir adamları yani mütefekkirler, düşünce üreten insanlardır. Bir yandan yazın (edebiyat) üzerine, bir yandan musiki üzerine, bir yandan politika üzerine yazarlar. Kuşku yok ki fikir adamı, bilim adamı değildir. Fikir adamı düşünce üretir, düşünceninse sınırı yoktur.

Bu sınırsızlık ekseninde kimi fikir insanları ortaya koydukları fikirleri ile hayat hikâyelerini gölgede bırakır. Bazı düşünürlerin hayat hikâyelerini şu tarihte doğdu, yaşadı ve şu tarihte öldü diye okuruz. Bazısının ise hayat hikâyeleri, düşünceleriyle enfes bir ahenk içinde bir arada ve yan yana anlatılır. Kelsen de bu az rastlanan düşünürlerden biridir.

Hans Kelsen, her şeyden önce hem tarihsel hem entelektüel olarak çok önemli değişikliklerin yaşandığı bir dönemin insanıdır. Yaşadığı dönemde doğal hukuk karşısında pozitif hukuk inkişaf etmekte, dini ve etnik ön yargılar büyük kitleleri mağduriyetlere sürüklemektedir. Siyasal açıdan şekillenmesini henüz tamamlamamış ve bu nedenle bölgesel savaşların kıyasıya sürdüğü bir Avrupa (Roma hukuku ile yerel hukuklar arasında henüz galibi belli olmayan öncelik ve üstünlük mücadelesi olan) ile beraber hukuk ve ahlak konusunda öne sürülen farklı yaklaşımların olduğu bir ortam mevcuttur. İşte tüm bu cereyan eden hadiseler Kelsen'in hayatının seyrini ama az ama çok etkilemiş ve fikirlerinin şekillenme sürecine eşlik etmiştir.

Avrupa tarihinin en kargaşalı devirlerinden 20. yüzyılda, kendini fırtınanın içinde bulan Hans Kelsen, çeşitli baskılara ve tehditlere maruz kalmış, yaşamı tehlikeye girmiş, bu yüzden Avusturya'yı terk edip yıllarca Almanya ve Amerika'da yaşamıştır. Bu çalkantılı yaşamını, tutkuyla bağlı olduğu hukuk uğraşına adanmış Kelsen, pozitivist düşüncenin bilim dünyasına yayılışından sonra Avrupa'da gelişen hukuk felsefesinin kurucularından biri kabul edilir. Köln'de kaleme aldığı Saf Hukuk Teorisi adlı eseri hukuk tarihinin tartışmasız en önemli yapıtlarından biri olmuştur ve normlar hiyerarşisi gibi yeni hukuki alanları açarak, sonraki kuşakların düşüncesinde derin izler bırakmıştır.

Ülkesine, kıtasına ve hukuk dünyasına katkıda bulunmak için hayli çalıştıktan ve dünyanın en ünlü hukukçularından biri olduktan sonra da Amerika'da özellikle uluslararası hukuk alanında çalışmalarına devam etmiştir. Hep özlemini çektiği huzurlu ve sakin çalışma ortamına ancak ömrünün sonlarına doğru burada kavuşabilmiştir. İster hükümette ister muhalefette olsun, kararlılıkla izlediği aktif tarafsızlık politikasıyla küçük bir ülke olan

Avusturya'yı dünya sahnesinde özellikle hukuk âleminde son birkaç yüzyıldır olmadığı kadar etkin hale getirirken, kendisi de dünyanın her köşesinde gerek kaleme aldığı eserleri gerekse de ortaya attığı teorileri ile tanınmıştır. Hukuk, fikriyat ve şahsiyet açısından 20. yüzyılın en dikkate değer isimlerinden biri olan Kelsen'in hayatını, dünyayı şekillendiren temayüllerin makro ve hukuk çalışmalarını biçimlendiren eğilimlerin mikro çerçevesi içine hakkıyla yerleştiren hayat hikâyesi, aynı zamanda dünya genelinde hukuk düşüncesinin sağlam ve tutarlı bir zemine oturuşunun zengin bir öyküsüdür.

Bu öykü içerisinde Kelsen'in düşünceleri yalnız döneminin bağlamında (Nazi istilası, pozitif bilimlerin inkişafı, viyana çevresi tesiri) ele alındığında öncü ve ilk olma özelliği taşımakla kalmamış kendinden sonra yüzyıllar boyu sürecek bir anayasacılık fikrinin temellerini teşkil etmiştir.

Elinizdeki metnin bu bölümünde irdelenecek olan Kelsen'in fikri tekâmülünü ifade çabası, düşünce tarihinin önemli köşe taşlarından biri olan bu önemli düşünürün yaşamına ışık vermekle kalmıyor, Avrupa bilim tarihinde büyük dönüşümlere gebe, çalkantılı ve yenilikçi bir çağın da nabzını tutmayı amaçlıyor.

2.1. Hans Kelsen'in Fikri Tekâmülü

Hukuk, en sade, öz ifadesiyle normatif bir yapıdır. Aynı zamanda bireylerin ve bireylerin meydana getirdiği toplumun düzene sokulmasında, hareket sınırlarının çizilmesinde, güvenliğin, barışın ve huzurun sağlanabilmesinde en birincil rol oynayan, formel bir sosyal kontrol mekanizmasıdır.

Modernleşme süreci ile birlikte tesirini belirgin bir şekilde hissettirmeye başlayan ve önemi daha da artan kavramlardan biri olarak karşımıza çıkan bu sosyal kontrol vasıtası, çağımızın en temel yol göstericilerinden biri haline gelmiştir. Zaman içerisinde hukuka ve bilhassa yasalaşma sürecinden geçmiş kanuni metinlere verilen önemin artması ile beraber toplumsal hayatta bir takım yeniliklerin ortaya çıkması söz konusu olmuş, buna bağlı olarak gündelik hayatta hukuk kavramı önemli bir dayanak noktası teşkil eden bir nitelik kazanmıştır. Çünkü hukuk, sistematik ve belirli bir yöntemle kabul gören fikirlerle, kararlarla beslenmeye ve gelişmeye devam etmiştir. Bundan dolayı hukukun taşıyıcıları olan yargısal sistemin aktörleri her zaman toplumsal tabakalaşma katmanlarının üst basamaklarında yer almış ve toplum tarafından adaletin temin edicileri olarak algılanmıştır.

Orta Çağ'da kendine sorgusuz sualsiz aşkınlarca taraftar bulan teoloji, modern toplumla beraber yerini hukuka devreden bir seyir izlemektedir. Adeta modern toplumun teolojisi hukuk olmaktadır. Bu noktada Orta Çağ'dan günümüz modern toplumlarına gelen süreçte toplumun sosyal yaşamının merkezinde yer alan temel kavramlar teoloji üzerine şekillenmekten ziyade hukuk üzerine inşa edilir bir hal almıştır.

Modern Çağ ile birlikte teolojiye en büyük alternatif olarak inkişaf eden hukuk, geniş kabul ve saygı gördüğü kitlelerine rağmen zaman zaman adaleti sağlama noktasında çaresiz kalmaktadır. Bu noktada ise kendi meşruluğunu ritüeller ile sağlama gayreti içerisine girmektedir. Zira teoloji için hiçbir zaman böyle bir çıkmaz gündeme gelmemiştir çünkü her daim kendisini tanrısal boyutuyla topluma sunmuştur. Bu noktada hâkimlerin cübbeleri, fezlekeler, duruşma salonları, kanun metinleri modern toplumun teolojisi olan hukukun silahları olarak ön plana çıkmaktadır. Hiç şüphesiz söz konusu araçlar hukukun sosyal yaşam üzerinde hâkim ideoloji olma misyonuna destek olmaktadır. Teoloji bu argümanlar karşısında hızla taraftar kaybetmekte ve geniş kitlelere hitap ettiği şaşalı günlerinin aksine hukuka imanın oluşturduğu tesirin gölgesinde kalmaktadır.

Modern toplumla beraber evrilen bu hukuk anlayışında Avusturyalı hukukçu Kelsen'in hukuk nazariyesi ve fikirleri, son zamanların en fazla üzerinde durulmuş ve münakaşa edilmiş nazariyelerindedir. Gerek Almanya'da gerekse merkezî Avrupa'da ve Amerika'da söz konusu görüş tarzı büyük yankılar oluşturmuştur.

Kelsen'in fikirleri ve hukuk sistemi, giriş bölümünde tanımlarına ve ilişkilerine yer verdiğimiz hukuk tarihine yön vermiş iki önemli hukuk teorisi olan pozitivist ve doğal hukuk yaklaşımları açısından yeni ufuklar çizmiş ve fikir tartışmalarına kaynak teşkil etmiştir. Bu teorilerin âdeta yeni baştan ele alınmasına öncülük yapmıştır. Şunu ifade etmek gerekir ki Hans Kelsen'in fikri tekâmülünü kavramak yalnız ve yalnız pozitivist teorileri tartışmak ve ifade etmekle asla mümkün değildir. Kendisi doğal hukuk anlayışı karşısında pozitif hukukun temellerini atan ilk düşünürlerden birisi olması hasebiyle hiçbir zaman doğal hukuku tümenden yok saymamıştır. Kelsen için pozitif hukuk kadar doğal hukukta göz önünde bulundurulmaları, eksik ve çaresiz kaldığı noktalar irdelenmeli ve pozitif bir yaklaşımla daha sağlam hukuk nosyonları ortaya atılmalıdır. Bu sebepten ötürü Hans Kelsen'in düşünce yapısı tartışılırken ilk olarak doğal hukuk noktasındaki fikirleri, eleştirileri ve tespitlerinden yola çıkılacak olup varılacak menzile ise pozitif hukuka getirdiği yenilikçi soluk olacaktır.

Söz konusu iki büyük hukuk ekolünü ekseninde Hans Kelsen'in fikri tekâmülünü kavrayabilmek adına ilk olarak şu noktayı aydınlatmak gerekir ki, eski çağ tabî (doğal) hukukçularının savunduğu adalet anlayışını bugünün tabî hukukçularının kendileri dâhil kimse savunmamaktadır. Biyolojik tabiata, yani insanların da dâhil olduğu bütün hayvanların ortak doğasına uygun olan şeyin adil, aykırı olan şeyin ise gayri adil olduğu anlayışını bugün savunmak mümkün değildir (Gözler, 2008: 82). Böyle bir anlayışın Kelsen'in kavrayışında karşılık bulabilmesi ancak bazı şartlar altında mümkündür.

Biyolojik tabiata uygun olanın adil olduğu anlayışı Hans Kelsen için ancak, bir kere Tanrının var olduğu, ikinci olarak insan dâhil bütün doğanın Tanrı tarafından yaratılmış ve yönetiliyor olduğu ve üçüncü olarak da Tanrının adil olduğu varsayımı üzerine kuruludur. Bu üç varsayım ise metafizik niteliktedir. Kelsen'e göre bunların bilimsel olarak ispatlanması mümkün değildir. Böyle bir ispat yapılmadıkça da Orta Çağ tabî hukukunun adalet anlayışının doğru olduğu savunulamaz (Gözler, 2008: 83). Hans Kelsen bu konuda aşağıdaki ifadeyi kullanmış ve tabiattan çıkan adil hukukun varlığı konusunda adil bir Tanrı ön kabulünün zorunluluğuna işaret etmiştir:

“Eğer tabiatın âdil bir Tanrı tarafından yaratıldığına inanılmaz ise, tabiattan çıkan âdil bir hukukun varlığını da mantiken kabul etmek mümkün değildir (Kelsen, 1957: 74).”

Kelsen her ne kadar bahsettiği ön şartlar gerçekleşmeksizin ortaya atılan hukuk anlayışının adaletli olmayacağı inancında olsa da hukuk çalışmalarının büyük ölçüde doğal hukuk teorisi tesirinde olduğu görüşündedir. Hiç şüphesiz bu kadim hukuk geleneğini yok saymak hukuka bir ihanetten başka bir şey olamaz. Ancak doğal hukuk anlayışı artık Kelsen'e göre misyonunu tamamlamış ve adaleti sağlama noktasında yetersizliği ayan beyan ortaya çıkmıştır. Nihayetinde 19. yüzyılda vuku bulan liberal burjuvazinin zaferi, Kelsen'e göre, metafiziğe ve doğal hukuk teorisine yönelmiş tepkinin dile getirilişidir. Empirik bilimlerdeki gelişme ile metafizik düşünüşün yıkılışı, hukuk bilimi çalışmalarını doğal hukuktan hukuki pozitivismeye doğru kaydirmiştir. Ne var ki doğal hukukun izleri tümüyle silinmemiştir. Bir şeye hukuki nitelmesi yapılabilmesi için pozitif devlet sisteminin adaleti belli bir ölçüde dikkate alması gerektiği, hukukun asgari etikten başka bir şey olmadığı yahut en azından asgari etiğe ulaşmaya çalışması gerektiği, doğru hukuk olmak için adil hukuk olmak gerektiği gibi düşünceler halen hukuk biliminde kendine yer bulmaktadır ve tartışılmaktadır.

Doğal hukuku tümenden reddetmemekle birlikte Kelsen'in, hukuk bilimi ile hukukun konusunun doğal hukukça karıştırıldığı eleştirisini de dile getirdiği görülür (Işıқтаç, 2004:

281). Kelsen'e göre; genel itibariyle pozitivist karakterli olmakla birlikte doğal hukuk izini taşıyan hukuk bilimindeki sorun, hukuku normlardan, daha doğrusu 'olması gereken' ifadelerinden ibaret görmektir. Bu teori, merkezine hukuk normları olarak 'olması gereken'i almıştır ama unutmamak gerekir ki ahlaki norm da bir olması gerekendir (Kelsen, 1989: 60). Söz konusu yaklaşım, ahlakın karakteristiği olan mutlak değerlerin bir kısmının hukuk normuna veya hukuki olması gerekene yüklenmesi sonucunu doğurur. Buda beraberinde bir çelişkiyi getirir.

Bu çelişki içerisinde Kelsen bahsedilen eleştirisinde Descartes'in bilimin konusu ile öznenin ayrılması görüşüne dayanır. Kelsen'e göre doğal hukuk, hukukun bu önceden verili oluşuna dayanarak çelişkiye düşmektedir (Işıқтаç, 2004: 281). Bu aşmanın yolu ise önceden verili olanı tüm nitelikleriyle somut bir şekilde ortaya koymak yani soyutluğu bertaraf etmekten geçer. Bu konu da Kelsen'in tüm hukuk dünyasını sarsacak bir çözüm önerisi mevcuttur, saf bir hukuk teorisi inşa etmek. Hans Kelsen'in bu konudaki çözüm önerisi ikinci bölümde, elinizdeki metnin temelini teşkil edecek şekilde etraflıca açıklanacaktır.

Kelsen'in doğal hukuka yönelttiği bir başka temel eleştiri ise doğal hukuk teorisinin mutlak bir adalet teorisi kurma iddiasıdır. Doğal hukuk teorisi, bu iddiasını açık bir adalet tanımına dayandıramadığı için de çelişkiye düşmüştür. Kelsen, ister rasyonel ister teolojik olsun, adalete ilişkin doğal hukukçu açıklamalar net ve başarılı bir adalet tanımına ulaşamamışlardır, demektedir (Kelsen, 1989: 62). Bununla birlikte Kelsen'e göre hukuk normu hiçbir zaman iyi, haklı ve adil gibi nitelermelerden kurtulamaz (Kelsen, 1992: 21).

Hans Kelsen doğal hukuka yönelik yaptığı bu değerlendirmeler ile on dokuzuncu yüzyıl pozitivizminde, kavramsal bir değişikliklerle hukuk sistemlerini yeni bir pencereden ele almaya çalışmıştır. Hukuka yönelik kavrayışta yaşadığı bu değişim onun doğal hukuk limanından ayrılarak sağlam, somut, objektif nitelikli pozitif hukuka varmasına yardımcı olmuştur.

Kelsen'e göre doğal hukuka yönelik bu tartışmalar, hukuk felsefesi içinde belki anlamlı olabilir, ancak bir bilim olarak hukukun konusu pozitif hukuktur ve bununla sınırlı kalmalıdır (Işıқтаç, 2004: 281). İnancı bu yönde olan Kelsen doğal hukuktan kopuşuyla beraber ilk olarak pozitif hukukun en temel yapı taşı olan **norm kavramını** özellikleriyle beraber tanımlama yoluna gitmiştir. Çünkü doğal hukuk bağlamında yapılan hukuk bilimi ve hukukun konusunun farklı olduğu tartışmasında hukuka objektiflik kazandıran ve ahlakla

bağını koparan enstrümanlardan en önemlisi Kelsen'e göre normdur. Norm kavramı Kelsen'in düşünce sisteminde en merkezi konumlardan birini teşkil etmektedir.

Kelsen 19. yüzyıl hukuk teorisinin, hukuk normunu büyük oranda cebri bir norm yani cebir ortaya çıkararak bir norm olarak ele aldığını düşünür (Kelsen, 1992: 26). Bir insan davranışını hukuka aykırı yapan içkin bir nitelik veya hukuk ötesi, ahlaki, değerlerle ilgili bir normla bağlantı değildir. Belli bir davranışı hukuka aykırı yapan sadece ve sadece yeniden inşa edilmiş hukuk normunda belli bir sonucun koşulu olarak belirlenmiş olmasıdır (Uzun, 2014: 56). Kelsen'in bu düşüncesi ile davranışa norm bağlamında değer atfettiği görülür. Zira artık pozitif hukukun sınırlarında kalınması inancını taşıyan Kelsen için hukuka aykırılıkta ancak yasa koyucunun getirdiği normlar çerçevesinde anlam kazanır.

O'na göre hukuka aykırı eylemin hukuka aykırılığı, ahlaki veya dini açıdan kötü olmasında, sosyolojik açıdan topluma zarar vermesinden kaynaklanmaz. Hukuka aykırı eylem, hukukun çiğnenmesi veya ihlali değildir. Hukuk, hukuka aykırı eylemle ne çiğnenebilir ne de ihlal edilebilir. Hukuk asli fonksiyonunu ancak hukuka aykırı eylem vasıtasıyla icra edebilir. Hukuka aykırı eylemin gerçekleşmiş olması hukuku kesintiye uğratmaz, aksine durum tam tersidir: hukukun varlığının kendini kanıtlaması, ancak hukuka aykırı eylemin varlığıyla ortaya çıkar. Zira hukukun geçerliliğini gösterecek olan 'olması gereken', sadece hukuka aykırı eylem koşulu ortaya çıktığı zaman gerçekleşecektir (Kelsen, 1992: 26). Hukuka daha özel manada hukuk normlarına aykırı eylem neticesinde olması gereken kavramı anlam kazanır.

Bu noktada Kelsen'in hukuka bir bilim olarak, bilim penceresinden yaklaşımı ortaya çıkar. O'nun olması gereken, bilgi, bilim, hukuk gibi kavramlar arasında kurduğu ilişki genel anlamda düşünce sisteminin özel anlamda ise saf hukuk teorisinin temelidir adeta. Hans Kelsen'in hukuka dair bu nesnel ve bilimsel arka planında ise yaşadığı dönemde sık sık ziyaret ettiği Viyana Çevresi etkili olmuştur.

Viyana ekolü yani mantıkçı pozitivistin; kendine ait bir konusu olan, genel geçer, evrensel, ampirik gözlemlere dayanan sistemli bir bilgiler bütünü olarak ifade ettiği bilim tanımı tesirinde olan Kelsen; nesnel, genel geçer, her türlü değer yargısından arınmış bir hukuk bilimi yaratmayı düşler. Mantıkçı pozitivistin bilim anlayışını, sosyal bilimlere de—uygulanmaya çalışır. Kelsen bunu yaparken ise hukukta bilimsel bir bilgiye ulaşmak için yöntem arayışındadır.

Yöntem yani metot Hans Kelsen için arzuladığı saf hukuka ulaşmada hayati bir öneme haizdir. Kelsen bilginin konusunu bilgiyi elde etmek için kullanılan ‘metodun’ yaratacağı fikrini hareket noktası olarak kabul etmektedir (Güriz, 2003: 336). Bu açıdan hukuk bilimini gerçek bir bilim kimliğine kavuşturma çabasının temelinde hukuk bilimine ilişkin ‘**metodun saflığını**’ sağlama gayesi bulunmaktadır (Aral, 1978: 3). Saf bir metod Kelsen için saf hukuka erişmede olmazsa olmaz bir nitelik arz eder. O’na göre usul esasa ulaşma noktasında kritik bir öneme sahiptir. Bu sebepten ötürü saf hukuka ancak ve ancak metodun da saflığını sağlayarak erişilebilir.

Adnan Güriz’e göre Kelsen, metottaki saflaşmayla beraber hukuku ‘yabancı’ unsurlardan ayıklanmak istemektedir. Hukukun nihai ödevi hukuk için gerekli ve sürekli olan unsurların bir araya getirilmesi, değişen ve geçici unsurların ise bir yana atılmasıdır (Güriz, 2003: 335). Kelsen hakkında Güriz’in yaptığı bu değerlendirme Kelsen’in düşünce dünyasının bir özeti niteliğindedir.

Saf bir hukuk elde etme gayesinde olan Kelsen, hukuk bilimini gerçek bir bilim düzeyine yükseltmek ve bütün bilimlerin ideali olan objektiflik ve kesinliğe ulaştırmak istemektedir. Kelsen hukuku bir bilim haline getirmek niyetini ortaya koyarken şunları savunur; hukuk, başka bilimlere ait olan konuları dışlayıp, sadece hukuk ile ilgili konularla ilgilenmelidir. Hukuk dışı (yani meta-jüridik) alanların hukuk biliminin konusundan dışlanması gerekir. Neyin hukuk içi, neyin hukuk dışı olduğunu tespiti için biçim ve içerik bakımından bir ayırım yapılmalıdır.

Bu noktada Kelsen’e göre Marx’ın aksine, ekonomik alan, hukuk dışıdır. Keza, siyaset, sosyo-kültür değişkenler ve bilhassa ahlak hukuk dışı alanlardır ve hukuk biliminin dışında tutulmalıdır. Diğer bilimlerden arınmış bu yalın, sade ve belirli hukuk tasavvuru tamda Kelsen’in dilediği hukuk yaklaşımını yansıtır.

Bu çerçevede O’nun fikri tekâmülü şöyle özetlenebilir ki; Hans Kelsen günümüzde hala sosyal bilim çalışmalarına yön veren düşünce sisteminde; hukuku bilim kılmak için, içerikten (metafizik değerlerden örneğin adalet gibi) arındırmaya çalışıp, biçime yönelmiş, geçerliklerini de normlar hiyerarşisine dayandırmış ve ilk hukuki normu da sadece ‘egemenin iradesine dayandırarak’ en gerçek ve en acı temellendirmeyi yapmış hukuk adamdır.

2.2. Kelsen'in Düşünceleri Üzerinde Viyana Çevresi'nin Tesiri

Avrupa'da Rönesans hareketleri ile alevlenen din ve bilim çatışması, Rönesans sonrası aydınlanma çağında bilimin kendini dinden soyutlaması ve bilimle beslenen inancın gittikçe dini normlara olan inançların yerini alması ile devam etmiştir. Söz konusu değişim toplumsal hayatın her alanında kendini göstermiştir. Bilhassa ortaya atılan yeni düşünce teorileri, dinden bilime evrilen fikirsel kavrayıştan nasibini almıştır. Pozitivist teoriler ise bu değişimi en somut haliyle yansıtan teorilerden olmuştur.

Bu değişimle ekseninde Galileo'dan başlayarak gelişen pozitivist yaklaşımlar bütün gelişmelerin temelinde aklın üstünlüğü faktörünü yerleştirmiştir. Bu noktada ise günümüz de yaygın bir kanaat olarak hüküm sürmekte olan; 'insanoğlunun en değerli rehberinin bilim ve bilim yaratıcısı olan akıl olduğu' düşüncesinin oluşmasında 20. yüzyılın iki entelektüel akımı Frankfurt Okulu ve Viyana Çevresi'nin önemli katkısı olmuştur (Dağdelen, 2004: 17). Söz konusu iki ekol din karşısında bilimin özellikle aklın önemini en gür seda ile haykırmışlardır.

Frankfurt Okulu ve diğer bir adlandırmayla Eleştirel Teori; temel olarak doğaya üstünlük atfeden, insanları efsane ve mitlerle düşünmeye davet eden ve neticede bireyi, insani olmayan belirlenmiş ilişkiler yasasına mahkûm eden aydınlanma geleneğine yönelttiği totaliterlik iddiaları ile düşünce dünyasında yerini alır. Eleştirel teorisyenlere göre dünyanın büyüünün bozulması ve efsanelerden kurtarılmasının bedeli, yeni efsanelerin yaratılması ve insani olmayan güçlere yeni bir tür teslimiyetle ödenmiştir (Larrain, 1995: 80). Araçsal akıl aracılığıyla devreye sokulan bu yeni yabancılaşma, bilim alanına da sirayet ederek her şeyi teknik yararlılık ve kişisel çıkarı indirgemıştır.

Bahse konu okul Batı Marksizm'i olarak bilinen ve öz eleştiriyle teoriye yorum getirmeye çalışan, teorik eğilimli Marksizm'in ana akımlarından birisini oluşturur. Toplumsal düzenin kaynağı olarak Marksizm'in altyapı-üst yapı eleştirisi ile kemikleşmiş Ortodoks anlayışını değiştirmek ve yerine estetik kökenli insan düşüncesini ikame etmek ister. Hegel'in diyalektiği (sosyalizmin gerçek eleştirisi ve diyalektik olarak muhalefetin oluşturulması), Marksist (toplumsal) ve Freuden (psikoanaliz) anlayışla düşünce ve pratiğin örtüştüğü bir kuramı temel alarak zamanla Marksizm'e mesafeli olmaya ve gittikçe Weber'in etkisine girerek eleştirel teoride yeni sol kavramının ortaya çıkmasına öncülük etmiştir.

Frankfurt okulunun zamanla evrilen bu yaklaşımından farklı olarak **Viyana Çevresi** kapitalizme karşı değildir. Viyana Çevresi indeterminist Ernst Mach'ın fikir babalığında kurulmuştur. Kelsen'in fikri alt yapısında önemli derecede tesiri olan bu okul, bilimsel dil ve bilimsel metodolojiyi sorgulamak üzere 1920'lerde Viyana'da düzenli aralıklarla bir araya gelen felsefeci, bilim adamı ve matematikçilerin oluşturduğu bir gruptur.

İlk pozitivist entelektüel okul olarak anılan Viyana Çevresi'nin oluşumunda Bertnard Russell ve onun öğrencisi Wittgenstein'in öncü çalışmaları önemli rol oynamıştır. Çevrenin resmi önderi ise aslen Alman olan ve Viyana'ya 1920'de yerleşen bilgi ve bilim felsefecisi Moritz Schlick'tir (Türkdoğan, 2000: 117). Topluluk, fizikçi ve felsefeci Moritz Schlick'in önderliğinde 1924'ten 1936'ya kadar, düzenli olarak haftalık toplantılar yapmıştır. Belli başlı temsilcileri arasında Rudolf Carnap, Neurath, H. Feigl, Gödel, F. Waisman, F. Kaufmann gibi matematik ile bilim formasyonuna sahip mantıkçı düşünürler ve toplum bilimcilerinin yer aldığı Viyana Çevresinin temsilcileri aynı zamanda '**mantıkçı pozitivistler**' olarak anılır (Türkdoğan, 2000: 120).

Viyana Çevresi tarafından geliştirilen fikrîsel akımın esaslarını pozitivism, bilimcilik, akılcılık, özgür düşünce ve metafiziğin reddedilmesi oluşturur. Çevrenin çalışmaları ve tartışmaları 19. yüzyılın sonundan 20. yüzyılın başlarına yayılan dönemde özellikle mantık, matematik ve fizik alanında gerçekleşen ilerlemelerin ışığında deneyciliği ve bilimi yeniden şekillendirmek üzerine kurulmuştur.

1929 yılında, Avrupa'da metafiziğe ilişkin çok yönlü ve sıkı tartışmaların yapıldığı bir dönemde, Ernst Mach Topluluğu ve Deneysel Felsefe Topluluğu Prag'da bir araya gelerek, 'Kesin Bilimlerde Epistemoloji' üzerine bir konferans düzenler ve *Wissenschaftliche Weltauffassung: Der Wiener Kreis (Dünyanın Bilimsel Kavranışı: Viyana Çevresi)* adı altında kendi fikirlerini tanıtan bir yazının yayınlanmasını kararlaştırır (Barnes, 1990: 23). Böylelikle 20. yüzyılın ilk çeyreğinin bitiminde kendini Viyana Çevresi adıyla tanıtarak ortaya çıkan bu felsefe topluluğunun benimseyip geliştirdiği felsefe ve bilim anlayışında, metafizik farklı bir açıdan ele alınarak yeni bir dönemin başlangıcı gerçekleştirilir. Bu yeni düşünce yapısı çağdaş birçok fikir akımının aksine merkezine dini değil bilimi ve akli almıştır.

Viyana Çevresi, devrim niteliğinde şu üç gelişmeden doğmuştur: Mantıkta, matematiğin temelinde ve fizikte ilerlemeler. Bunlar o zamana kadar tartışılmakta olan bilgi teorisinin temellerini sarsmış, Kantçılığı gözden düşürmüştür; felsefede yeniliği gerekli kılmıştır. Çevre filozoflarının ortak amaçları felsefede dönemeci gerçekleştirmektir. Bunun

için yapılması gerekenler de şunlardır: Bilginin sınırlarını yeniden çizmek; dünyayı sadece bilimsel tarzda kavramaya çalışmak, olguları anlamlılık ölçütlerine göre düzenlenmiş kalıp kelimeler aracılığıyla betimlemek; insan bilimlerini ve doğa bilimlerini birleştirmek (Özcan, 2012: 13).

İşte bu yol haritasını belirleyerek çalışmalarını sürdüren Viyana Çevresi kültürel hareketi 1922 ve 1938 yılları arasında en parlak dönemini yaşarken, hareketin bir temsilcisi olarak 1930 yılına kadar akademik hayatını Viyana Üniversitesi'nde sürdürmüş olan Hans Kelsen'in fikirleri ve metodolojisi söz konusu hareketten ciddi bir biçimde etkilenmiştir. Kelsen Viyana Çevresi'nden esinlenen pozitivist teori çerçevesinde çalışmalarını gerçekleştirmiştir.

Viyana Çevresi'nin birçok önde gelen ismi Yahudi asıllıdır. Kelsen'in Viyana Çevresi'ne yönelmesinde bu çevrede kendisi gibi Yahudi asıllı düşünürlerin var olmuş olduğu iddiasının doğruluk payı olabilir. Zira dönemin Avrupa'sının konjonktürel durumunda Kelsen'in inançları ve fikriyatı göz önüne alındığında hayatına yön veren durumlardan birisi de elbette ki Yahudi kimliği olmuştur. Hans Kelsen'in kendi dini ve fikri inançlarıyla örtüşen bu çevreden önemli ölçüde etkilenmesi gayet doğal gözükmektedir ki kendisi belki bu durumun belki de başkaca etmenlerin tesiriyle Viyana Çevresi düşünce tutumunun en sağlam örneklerinden birini teşkil etmiştir.

Avusturyalı siyasetçi Engelbert Dollfuss gibi bazı düşünürler, Viyana Çevresi ve Kelsen'in bilimin dışındaki soyut fikirlere ve metafiziğe karşı oluşlarındaki tavizsiz tutumun temelinde siyasi eğilimlerin önemli rol oynadığı kanısındadırlar. Zira sosyalistler ile sağ kanatta Dollfuss'un önderliğindeki siyasi eğilim arasında çatışmanın yaşandığı o dönemde, birçok Viyana Çevresi üyesinin işgal ettiği mevkiinin siyasi bir yönü de vardır. Kelsen ise sosyal demokratlara sempati duymasına ve onlarla etkileşim içerisinde olmasına rağmen herhangi bir siyasi partiye üye olmaktan bilim adamı kimliği ile bağdaştıramadığı iddiası ile özellikle kaçınmıştır (Jablonek, 1998: 371).

Bahsedilen siyasi bloklaşma ortamında Kelsen, aktif siyasetin içinde yer almamış ancak dönemin önde gelen sosyal demokrat teorisyenlerinden olan Otto Bauer, Karl Renner ve Max Adler gibi isimlerle sürekli irtibat halinde olmuştur. Öyle ki 1918 yılında Karl Renner Avusturya-Macaristan hükümet yetkilisi olarak Kelsen'i Federal Anayasayı hazırlamakla görevlendirmiştir (Jablonek, 1998: 371).

Renner ile Kelsen arasındaki etkileşim sadece bununla sınırlı kalmamıştır. Aynı zaman da Kelsen'in saf hukuk teorisinin oluşumda kullandığı formalist (biçimci) yaklaşım Renner'in yaklaşımları ile paralellik göstermektedir. Daha da önemlisi, Avusturya'da dönemin sosyal demokratları siyasi ideolojilerini kısmen geleneksel bir Karl Marks retoriği üzerine inşa etmiş olmalarına rağmen, Kelsen ve Renner'in Marksizm'in devlet öngörüsüyle çelişen 'Devletin Tarafsızlığı (Neutrality of State)' önermeleri birbiriyle örtüşmektedir. Yani, Kelsen ve Renner dönemlerinin diğer sosyal demokratları gibi Marksist felsefeye yakın olmalarına karşın Karl Marks'ın devletin egemen sınıfların baskı aracı olduğu ve ileride yok olacağı iddiasının karşısında durmuşlardır (Jablonek, 1998: 372). Kelsen'in Marksizmin politik teorisine yapmış olduğu bu eleştiri aynı zamanda saf hukuk teorisi ile dönemin sosyal demokrat ideolojisi arasındaki ara yüzün esasını teşkil eder.

Renner ve Viyana Çevresi filozofları ile Hans Kelsen arasındaki ilişki 1938'de II. Dünya Savaşı'nın patlak vermesiyle sekteye uğrar zira gruba yönelik siyasi baskılar Viyana Çevresi'nin dağılmasına neden olur. Üyelerinin birçoğu ABD'ye, bir kısmı da İngiltere'ye göç etmek zorunda kalır. Kuşkusuz bu durumun oluşmasında yukarıda da bahsedildiği üzere söz konusu çevrenin üyelerinin birçoğunun Yahudi olmasının tesiri oldukça fazladır.

Viyana Çevresi, bir topluluk olarak artık günümüzde bulunmasa da görüşleri hala etkilidir. En etkili görüşlerinden biri de bugün hala birçok bilim çevresi tarafından bütünleştirme çabalarına rağmen metafiziğin kesin olarak terk edilmesi konusundaki yaklaşımıdır (Özcan, 2012: 13). Söz konusu çevre ve Kelsen, metafiziği reddiye noktasında ortak düşünceleri paylaşmıştır. Hans Kelsen Viyana Çevresi'nin Saf Hukuk Teorisine yaptığı tesir ile tüm doğaüstü öğelerden arınmış bir hukuk fikrinin kâşifi olmuştur.

2.3. Kelsen'in Fikirleri İle Matematiksel Metodolojinin Benzerliği

Matematik, yapıların formlarını, değişim ve uzayı inceleyen bilim dalıdır. Daha genel anlamıyla nicelik ve zamanla ilgili sembollerini inceler. Diğer bilimlerin doğruları ile matematiksel doğrular kıyaslandığı takdirde bu doğruların daha genel ve kesin bir yapıya sahip oldukları kolayca görülebilir.

Akıl katıksız ürünü olan matematiksel önermeler aynı zamanda analitiktir ve soyuttur. Önermelerin genellikle içeren yapısı onlara kesinlik, soyutluk ve doğruluğu temin eder. Söz konusu önermelerin birçoğu mantıksal yapıları ile geçerli ve gerekli önermelerdir.

Bilindiği üzere matematik disiplini, temel kavramlarını başta ‘sıfır’ sayısını ve diğer sayıları olmak üzere kendisi tanımlar ve yine bu sayılar üzerinden tanımlanan fonksiyonlar ve işlemler üzerinden türetilerek bu disiplin geliştirilir. Yani söz konusu disiplin diğer hiç bir disiplinin kavramlarını ya da yöntemlerini kullanmayarak sadece kendi içerisinde yükselir.

Matematiğin bahse konu kavramlarının veya metodunun kökeni, metafizik olmadığı gibi görgül incelemelerin (ampirizm veya deneycilik) sonucu olarak da oluşturulmamıştır. Aksine, matematiğin metot ve kavramları zihinden gelir. Bütün bunların doğrultusunda matematik disiplininin normatif (analitik) ve formalara dayalı (formalist) bir metodu vardır (Dağdelen, 2004: 11).

Hukuk disiplinine saf bir metodoloji kazandırmak amacı ile yola koyulan Kelsen’in önünde, aşağdaki tabloda da (bkz. Tablo 1) gösterildiği üzere iki temel seçenek mevcuttu. Birincisi; matematik disiplinin ve sonraki bölümde değinilecek olan Kant Felsefesi’nin kullanmış olduğu **normatif metot**, ikincisi ise sosyoloji, siyaset bilimi, psikoloji, fizik gibi disiplinlerin kullandığı ampirik (deneyci) metot. Kelsen, bu iki alternatif arasından birincisini tercih ederek saf hukuk teorisi vasıtası ile hukukun genel teorisini oluşturma yoluna gitmiştir (Dağdelen, 2004: 11).

Tablo 1. Hans Kelsen'in Yaşadığı Dönemin Başlıca Pozitivist Disiplinleri ve Metotları

Sosyoloji Siyaset Bilimi Psikoloji Fizik	Matematik Kant Felsefesi ...	Kelsenci Hukuk (Analitik Hukuk= Saf Hukuk Teorisi = Hukukun Genel Teorisi)
Deney Gözlem Kelsen bu yöntemlerin hukukun disiplini metodunda kullanılmayacağını söyler.	MATEMATİK: '0' sayısı, sayılar fonksiyonlar, işlemler, $f: R \rightarrow R$ $f(x)= g(x)$ $f(x)= p(x)+h(x)$ $f(x)= q(x)*p(x)$ Normatif / Analitik Aklın Ürünü Türetmeci KANT FELSEFESİ: Formalist Transandantal İdealist Akılcı (Rasyonalist)	Temel Norm, Normlar, Devlet=Hukuk, Korporasyonlar, Özel Kişilikler, Tüzel Kişilikler Matematik ve Kant Felsefesi ile aynı şekilde: Normatif / Analitik Aklın Ürünü Türetmeci Formalist İdealist ... Temel Norm

Kelsen'in geliştirdiği özgün hukuk biliminin temel yapı taşı yukarıdaki tablo içerisinde temel normun hemen altında kendine yer bulan '**norm**' kavramıdır. Norm kavramının Kelsen'in yaklaşımındaki önemi, metodolojinin betimlenmesine kolaylık sağlaması bakımından, matematik disiplinindeki '**sayı**' kavramının matematiğin metodu açısından önemine benzetilebilir. Kelsen'in metodunun geliştirilmesinde önemli yer sahibi olan '**temel norm (İng. the basic norm)**', matematikteki '**sıfır**' sayısı gibi varsayılmıştır. Aynı benzerlik Kant felsefesindeki 'bilgi' kavramının bu disiplinindeki önemi ile de kurgulanabilir (Dağdelen, 2004: 11).

Hans Kelsen'in saf metodunun matematiksel metodoloji ile benzerliğini norm ile sayı, temel norm ile sıfır gibi terimsel benzerliklerin yanı sıra sadece kendi içlerine yönelmeleri noktasında da kendini gösterir. Zira Kelsen'in teorisi sosyoloji, psikoloji, siyaset bilimi ve daha birçok farklı disiplinden arınmış bir hukuk fikri öngördüğü gibi matematikte hiçbir disiplinin kavram ve tanımlamasına başvurmaksızın kendi içinde gelişim göstermektedir.

Adeta Kelsen'in fikirleri matematiksel metodolojiden ilham almış ve yalnızca kendi içerisinde yükselerek diğer başucu kaynaklarına başvurmayarak saf bir çizgi benimsemiştir.

2.4. Kant Felsefisi Bağlamında Hans Kelsen'in Fikir Dünyası

Immanuel Kant, bin yıldır uyuyan felsefeyi uyandıran büyük Alman filozofudur. Kant spekülatif felsefe alanında, özellikle epistemolojide açtığı eleştiri çılgırısı sayesinde kazandığı haklı ünle, felsefe tarihinin en büyük filozoflarından birisi olarak nitelendirilmeye hak kazanmış bir düşünürdür (Magee, 2008: 173).

Kapalı hayatı içinde döneminin önemli düşünsel, siyasi ve bilimsel gelişmelerini yakından izleyen, zamanının kültürel iklimiyle Amerikan ve Fransız Devrimlerinden etkilenerek görüşlerini şekillendiren dolayısıyla felsefesi hem küresel hem de yerel kaynaklardan beslenen bir filozoftur.

Immanuel Kant Yeni Çağ'da kendinden önce gelen rasyonalist filozofların baş tacı yaptıkları, deneyci filozofların ise boş bir levha gibi gördükleri akli, eleştirel bir süzgeçten geçirir. Bunun yanında O, bilimlerin kraliçesi olarak nitelendirilen metafiziği de eleştirir. Ancak bu eleştirisindeki gayesi; metafiziği yıkmak değil, aksine sağlam bir zemine oturtmaktır.

Bu Alman filozof getirdiği yeni çözümsel denemelerle, 19. yüzyılın ilk yarısında özellikle Schelling, Fichte, Hegel ve kısmen Schopenhauer ile bütünlük kazanan Alman idealizminin sarsılmaz bir sistem yaratma tutkusunun kurucusudur. Akli temel alan ahlak öğretisini hukuk, devlet ve tarih anlayışına taşıyan bu bilge, sakin yaşamı, çalışkan ve disiplinli kişiliği ve başta *Saf Aklın Eleştirisi*'yle düşünce tarihinin en devrimci tasarımcılarından (Kuehen, 2011: 18).

Bu yenilikçi filozofun metodolojisinin temel hedeflerinden birisi felsefenin sınırlarını yeniden tanımlayarak, onun sorgulama alanının diğer bilimlerin sınırları içerisine taşmamasını sağlamak olmuştur. Kant, felsefenin ne yalnızca birtakım kavramların, görüşlerin bilimi ne de bilimlerin bilimi olduğunu; felsefenin insanı hem doğal haliyle olduğu gibi hem de toplum içinde olması gerektiği gibi her yönüyle ele alan kendi başına bir beşer bilimi olduğunu ileri sürer (Güçlü, 2008: 24).

Siyaset, sosyoloji gibi birçok sosyal disiplinden azade bir hukuk tasavvuruna sahip olan hukuk dünyasının öncü filozoflarından Kelsen de teorilerinde her ne kadar ampirik filozoflar gibi bilginin temelde deney ve tecrübe kaynaklı olduğunu savunsa da yine de Platon

ve Descartes'in 'doğuştan gelen fikir' düşüncesini felsefesinde kullanan Kant'a düşünce dünyasında önemli bir yer ayırmıştır.

Mantıkçı-formalist tekniği ile hukuk bilimine yeni bir yaklaşım getiren Kelsen üzerinde Kant'ın fikirlerinin tesiri oldukça fazla olmuştur. Kelsen'in fikirsel metodolojisi bilinçli bir şekilde Kant metodolojisinin temel öğelerinin hukuk bilimine uyarlaması şeklindedir. Bu yüzden onun metodu, rasyonel ve transandantaldır (Aral, 1978: 4). Kelsen Kant'ın eleştirici yöntemini benimser, doğayı, hukuksal düzenin yapısını ve eleştirel bir hukuk bilimini tanımlayacak normatif bir bilgi teorisi yaratmayı amaçlar.

Hiç şüphesiz aralarında usta çırak ilişkisi olmamakla beraber bu iki büyük filozof fikir atlaslarında kimi zaman aynı noktalarda buluşmuş kimi zamansa birbirlerine temas etmişlerdir. Kant'ın ahlak üzerine olan genel düşünce yapısı Kelsen'in fikirleri ile paralellik arz eder. Öte yandan **Yeni-Kantçı** yaklaşımın da Kelsen üzerinde etkisi olması münasebetiyle öncelikle bu konuya değinilecektir. Ardından klasik Kant'çı anlayış çerçevesinde Kant'ın teorisinin **akılcı, transandantal, idealist** ve **formalist** olma nitelikleriyle ön plana çıkan metodolojisi açıklanarak Kelsen'in fikirleri ve saf hukuk teorisinde kullandığı metodoloji üzerinde ne derece tesirli olduğu mütalaa edilecektir. Son olarak bu iki öncü düşünürün **ahlak ve hukuk** konusunda getirdikleri ilişkili ama farklı arz eden yaklaşımları tartışılacaktır.

Yeni-Kantçılık (İng. Neo-Kantianism) 19. yüzyılın ortalarında başlayıp günümüze kadar devam etmiş olan bir felsefe akımıdır. Helmholtz ile Eduard von Hartmann'ın Kant'a yönelik yürüttükleri çalışmalar, Otto Liebmann'ın 'Kant'a dönüşüm' (zurück zu Kant!) çağrısı, Friedrich Albert Lange'nin Kant'ın bilgi teorisini değerlendiren çalışması, Yeni-Kantçılığın doğuşunda tesirli ve belirleyici olmuştur (Doğan, 2005: 19). Doğa bilimlerinin idealleştirilmesi, Sosyal Darwinizm'in yaygınlaşması ve pozitivist bilimin giderek güçlenmesine karşı, felsefe içinde gelişen tepki kendisini Yeni-Kantçılık olarak ortaya koyar. Yeni-Kantçılar ayrıca Hegelci idealizme olduğu gibi Marksist materyalizme de tepkilidirler (Doğan, 2005: 20). Yeni Kantçılık'ın pozitivist eğilime bir tepki olarak doğup geliştiği de belirtilebilir.

Yeni-Kantçı felsefe, kürsü felsefesi ya da akademik felsefe olarak da adlandırılır. Bunun başlıca sebebi bu akımın genellikle üniversite profesörü olan filozoflar tarafından geliştirilmiş olmasıdır. Yeni-Kantçılık doğa bilimleri eleştirisine paralel olarak bir kültür-bilimleri epistemolojisi önerir.

Yeni-Kantçı felsefede deneyden gelen maddi ögeler atılmakta, akılda mevcut transandantal kavramlara merkezi önem verilmektedir. Bu bakımdan, Kelsen'in metodolojisinin formalist yönü Yeni-Kantçı felsefenin doğal bir sonucudur (Aral, 1978: 24). Bu yaklaşımda akıl maddi ögeler karşısında öncü konumdadır.

Kelsen'in Yeni-Kantçı Okul ile ilk etkileşimi, Marburg Okulu adı da verilen bu akımın, başta Cohen, Husserl ve Rickert olmak üzere çeşitli temsilcileri ile olan münasebetleri dolayısıyla (Stewart, 1990: 284). Kant felsefesinin idealist karakterine yeni olgular katan Yeni-Kantçılar, özellikle bu açıdan Kelsen üzerinde tesir sahibi olmuşlardır (Aral, 1978: 19). Bizzat Kelsen de hukuk ve devlet teorilerini oluştururken kullandığı bilgi teorisine ilişkin olarak Cohen'den etkilendiğini ifade etmiştir (Kelsen, 1992: 72).

Bilginin konusunu o bilgiyi elde etmek için kullanılacak yöntemin yaratacağı görüşünü benimseyerek idealizme yönelen Kelsen, özellikle Hermann Cohen ve Ernst Cassirer gibi Yeni-Kantçılar'la yakın bir ilişki içinde olur, onlar gibi yöntemsel saflığa büyük önem verir, görünen ve görünmeyen olmak üzere iki varlık alanı olduğunu kabul eder.

Kant'ın felsefi öğretisini temel alan Yeni-Kantçılar ile Kelsen'in fikirleri üzerindeki bu örtüşmeden daha fazlası **klasik Kantçı anlayış** açısından mevcuttur. Zira Kant'ın teorisi akılcı, transandantal, idealist ve formalist olma yönü ile Kelsen'in düşünce sistemini doğrudan etkiler. Elinizdeki metnin bu kısmında sırasıyla bu nitelikler açıklanacak ve Kelsen'in bahsedilen nitelendirmeleri nasıl yorumlayıp teorilerinde yer verdiğine değinilecektir.

Öncelikle, kendi yaşadığı dönemde eski ve güçlü bir düşünce tarzı olarak varlığını sürdüren metafiziğin bütün bilimlerin en üstünü olduğu fikri ile alay eden Kant, diğer taraftan deneycilerin (ampiristler) gerekircilik (determinizm) ilkesinin deneyle kazanıldığı görüşünü reddetmiştir (Türkdoğan, 2000: 160).

Deneyciler, insanoğlunun doğayı gözlemleyerek neden-sonuç ilişkileri kurduğunu ve bu düşüncenin kaynağında yatanın da doğada kendiliğinden var olan bir düzen inancı olduğunu savunurlar. Oysa Kant'ın **akılcı** teorisi bunu reddederek gerekircilik ilkesinin deneyden değil (aposteriori), zihinden geldiğini (apriori) savunur. Felsefe'nin Kopernikus'u olarak anılan Kant'a göre doğadaki tüm olaylar arasında gözlenen neden-sonuç ilişkisi esasında doğanın değil, aklımızın ürünüdür. Kant insan aklını kategorize etmiş ve kategorilerden birinin gözlemlere dayanarak sebep-sonuç ilişkisi üreten bağlantı kategorisi olduğunu öne sürmüştür (Türkdoğan, 2000: 160).

Kant'ın felsefe biliminde akılcı karakterlerin deneysel öğeleri dışlamasına benzer şekilde Kelsen'in metodolojisi de akılcı yönü çerçevesinde deneysel öğeler ve diğer disiplinlerin deneyci yöntemlerini hukuk biliminin yönteminden dışlamaktadır.

Kelsen'in Kant'tan etkilendiği temel unsurlardan biri olarak, Saf Hukuk Teorisinin çıkış noktasını da teşkil eden 'olan' (Sein) ve 'olması gereken' (Sollen) ayrımı gösterilebilir (Zippelius, 1965: 21). Nitekim Kant'a göre, insan tabiatından ve ampirik âlemden zorunlu hiç bir ahlâk kanunu çıkarılamaz; çünkü her ahlaki tecrübenin ahlaki esaslara göre değerlendirilmesi ve bu sebeple de hayır idesinin her türlü tecrübeden önce gelmesi gerekmektedir (Vonlanten, 1965: 60).

Bu bağlamda Kelsen ile Kant arasında akılcı teori noktasında benzerlik kurulmasının önemli bir nedeni, her iki filozofun da doğanın kavranmasında rol oynayan nedensellik ilkesini ve hukuki sistemlerin idrak edilmesinde rol oynayan atfetme olgusunu karşılaştırmalı bir şekilde metodolojilerin de araç olarak kullanmalarındadır (Green, 2003: 389). Kelsen'e göre nedensellik ile atfetme birbirinden farklı olarak işlemektedir. 'Ateş olmayan yerden duman çıkmaz' tabiri ile ateş olan yerde duman arayan nedensellik düşüncesi 'ateş yanarsa duman çıkar' önermesi ile paralel olarak 'olan'ı yansıtırken, buna karşılık Kelsen'in hukuk normunda karşımıza çıkan 'ateş yanarsa duman çıkmalıdır' düşüncesinde ise akıldan türetilen 'olması gereken' duruma bir atıf söz konusudur. Nedensellik ve atfetme arasındaki karşıtlık, Kelsen'in saf hukuk teorisinin normatif niteliğinin dayanağıdır (Dağdelen, 2004: 19). Kelsen teorisinin tümünde tutarlı biçimde olanı değil olması gerekeni yeğler. Bu tercih üzerinde Kant'ın teorisinin akılcı karakteri baskın rol oynar.

Kant ve Kelsen'in metodolojisinde ortak şekilde rastlanan ikinci kavram olan **transandantal** (İng. transcendental) kavramının Türkçe anlam karşılığı bulunmak üzere araştırıldığında, kelimenin sözlüklerde 'üstün, aşkın, aşırı, öte', felsefi kullanımda ise 'deneyüstü, tecrübeden üstün olan, tabiatüstü, fizikötesi, doğrudan tecrübeyi aşan ama akılcı bilgiye karşı olmayan' şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Transandan (İng. Transcendent) kelimesi ise 'üstün, aşkın, insan aklından üstün, sıradan yaşantının sınırlarının ötesine taşan veya onu zorlayan', Immanuel Kant'ın felsefesindeki kullanımıyla 'mümkün olan bütün tecrübe ve bilgilerin ötesinde olan' gibi anlamlarla karşılanmaktadır (Dağdelen, 2004: 14). Transandantal kavramı bu yönüyle varlık üstü ancak akılla ilişkili bir nitelik arz eder.

Transandantal kavramının aynı zamanda bilginin kazanılması fiili ile de ilgisi mevcuttur. Bu kavram, genellikle bilginin olanağına ve mantıkla ilgili koşullarına yönelik bir

araştırmayı, bilginin mantığa dayalı olarak her türlü deneyden önce gelen zorunlu etkenleriyle ilgilenmeyi içeren bir incelemeyi ifade eder. Bu anlamda Kelsen de, transandantal felsefe dolayımı ile hukukun olanağını, bilgiye uygun koşullarını araştırmayı kendine amaç edinir. Yine aynı doğrultuda Kelsen, hukukun ve devletin olanaklarından söz eder (Aral, 1978: 13).

Sonuç itibarıyla, Kant'ın transandantal metodu metafizik ve deneycilik gelgitinden sıyrılarak bunların dışında akılla temelli, olan üzerinde değil, olması gereken üzerinde duran normatif, idealist, formalist bir felsefi çözüm önermektedir. Söz konusu çözüm önerisinin transandantal niteliği Kelsen'in metafizik öğeleri dışlayarak pozitivist bir çizgiye sahip olmasıyla çok büyük benzerlik teşkil eder.

Kant'ın felsefi metodolojisinde Kelsen için tesirli olan üçüncü nokta, Kant metodolojisinin **idealist** karakteridir. İmmanuel Kant çalışmalarıyla gerçekliği öznenin algısına indirgeyen ve adeta özne yoksa nesne de olamaz diyen idealizm düşüncesinin üstesinden geldiğine inanır. Ne var ki, Kant'ın tüm bu çabasına rağmen *Saf Aklın Eleştirisi*'nin ilk basımı sonrası çıkan değerlendirme metinlerinde dile getirilen durum, Kant'ın idealist bir düşünür olduğu yönündedir. Söz konusu değerlendirmelerden hiç de memnun olmayan Kant, kitabının ikinci basımında ısrarla idealist bir düşünür olmadığını ve dış dünyanın varlığını yadsımadığını okurlarına anlatmaya çalışır.

Saf Aklın Eleştirisi'nin ilk baskısı ile algılananın tam aksine Kant, Leibniz'in idealizmi, Descartes ve Spinoza'nın rasyonalizmi ile Hume'nin ampirizmini sentezleyecek bir görüş geliştirmek ister. Zira Aydınlanma yüzyılı olan 18. yy. Newton fiziğinin de etkisi ile bilime büyük değer verir.

Leibniz'in idealizm fikrini kendi düşünce ufkunda yorumlayan Kant'a göre insan zihninden ve düşüncesinden bağımsız gerçek bir nesne dünyası vardır. Ama biz onu tam gerçek şekliyle bilemeyiz. Biz, sadece algıladığımız şeyi biliriz. Gerçek dünyanın da özünü (numen) algılayamayız, sadece görünüşleri (fenomen) algılarız. Bilgi ediniminde dış dünya kadar insanın iç dünyası da etkili olur (Kuehen, 2011: 74). Bu yaklaşımı ile Kant, gerçek dünyanın var olduğunu kabul eder ama bizim onu tanımamız ve bilmemiz konusunda oldukça idealist davranır.

Kelsen'in metodolojisinin Kantçı manada idealist karakteri Saf Hukuk Teorisindeki metodu derinlemesine incelendiğinde kendini ayan beyan bir şekilde gösterir. Zira Kelsen metodunu, bir bilginin konusunu söz konusu bilgiyi elde etmek için kullanılan metodun

yaratacağı görüşünü benimsemek koşulu ile oluşturduğu için, kullandığı metodun idealist özelliği açıkça ortadadır. Nitekim Hans Kelsen'in, araştırma konusunun yani araştırma nesnesinin bilgi işlemine olan oranı ve ilişkisi sorununun açıklayış biçimi, onun idealist olarak adlandırılmasına neden olmuştur (Aral, 1978: 4).

Immanuel Kant, metodolojisinin Hans Kelsen ile benzerlik gösteren dördüncü yani son noktasında ise **formalist** bir yaklaşımında insan duyarlılığının ve anlama yetisinin biçimlerinin (formlarının) birleşmesinden doğan düşünsel özerkliğin belirtisi olacak ilkelerden kuşku duymaz; ancak insan duyarlılığının sınırlarının ötesindeyken geçerli olan metafizik kavrayışların özerk kaynağı olarak insan aklını gösteren tüm girişimlerin birer yanılısama olduğunun altını vurgulayarak çizer (Zolo ve Bobbio, 1998: 359).

Kant ve Yeni-Kantçı felsefenin zorunlu bir sonucu olan formalizm Kelsen'in metodunun karakteristik özelliklerindedir. Kant ve Yeni-Kantçı felsefi görüşlerin deneysel öğelerin atılmasını amaç edinmelerine benzer şekilde Kelsen'in çabası da bütün hukuk kavramlarından geriye yalnızca saf bir form kalıncaya kadar deneysel öğelerin uzaklaştırılmasını sağlamaktır. Kelsen'e göre genel bir hukuk teorisi, özel nitelikleri dikkate alınmaksızın sadece normlara ve onların bağlantılarına yönelik olarak ele alınmalıdır. Ancak, bu şekilde formal normatif metotla hukuk normları diğer normlardan ayrılabilir (Aral, 1978: 25).

Kant'ın yukarıda zikredilen dört nitelik ile felsefe bilimine ve bu bilimin konusuna yeni bir soluk getirirken kullandığı metodolojinin temel prensiplerini Kelsen aynı metodoloji ile hukuk bilimine uyarlar. Bu anlamda, her şeyden önce Kelsen'in, Kant'ın felsefe bilimi için denemiş olduğu saflaştırma ve ayırıştırma ilkesini, hukuk bilimi üzerinde gerçekleştirme uğraşı verdiğini, yani diğer bilimlerin yöntem, araç ve metodolojilerinin hukuk bilimine karıştırılmasını (İng. syncretism) engellemeyi amaçladığı görülür. Yani Kelsen sosyoloji, psikoloji, siyaset ve toplum bilimlerinin deneyci yöntemlerinin hukuk bilimine uyarlanamayacağını ifade eder. Bu doğrultuda Kelsen'in temel çabası, metodunun formalist karakterinin gereği olarak (Stewart, 1990: 283), bütün hukuk kavramlarından geriye yalnızca saf bir form kalıncaya kadar deneysel öğeleri dışlanmaktır.

Bu yaklaşımda hukuk ve hukuk kavramları toplum bilimlerinin deneyci yönteminden ayrılmış, saf bir halde tezahür etmektedir. Bu saf hal diğer tüm öğeler karşısında saflaşmış, kaynağını yine kendi içinde bulan bir yapıdadır.

Kant ve Kelsen'in kullandıkları metodolojideki benzerlik ve Kant'ın felsefe bilimi için sahip olduğu düşünce tarzının Kelsen'in hukuk bilimi noktasındaki fikirlerine yansımından bahsettikten sonra metnin bu aşamasında iki öncü filozofun **ahlak ve hukuk** konusunda getirdikleri yoruma ve bu konuda sergiledikleri farklı yaklaşıma değinilecektir.

Ahlakın hukuk ile olan münasebeti noktasında Kant ile Kelsen arasında farklılık vardır. Kant'ta pozitif hukuk yanında doğal haklar vardır ve dolayısıyla doğal haklar paradigması hukukun içinde yer alır ancak Kelsen doğal haklar paradigmasını dışlar. Immanuel Kant, pozitif hukukun doğal hukuka uyması gibi bir içerikten bahsetmez ancak adalet değeri açısından iki alanın (hukuk ve ahlak) bir kesişime sahip olduğunu söyler. Kelsen, Kant'tan burada ayrılır ve farklı bir düşünce biçimi benimser.

Hans Kelsen Kant'ın aksine hukukla ilgili düşüncelerde ahlaka yer vermez. Hans Kelsen'de hukukun temel bir norm vasıtasıyla alt düzeydeki normlar üzerindeki bağlayıcılığı birinci dereceden bir problemdir. Uygulama şekliyle objektif olması gerektiği inancına dayanır. Objektiflik Kantçı bir düşüncenin gereği saf aklın ürünüdür ve farazi bir dünyadır fakat yine Kant'a göre saf aklın gereğinin bu olduğu düşünülür. Bu açıdan Kelsen için hukukta adalet problemi nasıl çözülür, nasıl daha adil olunur vs. gibi sorular anlamsızdır. Çünkü saf hukuk kuşatıcı bir biçimde tek bir doğruya müsaade eder. Bir hukuki uyuşmazlıkta doğru çözüm yalnızca bir tanedir.

Bu bağlamda Kelsen hukukun nesnelliğini hukuksal pozitivizmden daha ileri bir şekilde temin etme çabasıyla, Immanuel Kant'taki görüş açısını daha da derinleştirip hukukun ahlakla bağına tamamen koparmak ister. Kelsen'e göre hukuk kuralları diğer toplumsal kurallardan **yaptırım** ile ayırt edilir. Ahlak kurallarının yaptırımını ise ya yoktur ya da problematiktir. Yani kesinliği yoktur. Oysa Kelsen'e göre hukukun kuralları **apolitiktir**, kesindir.

Hukukun apolitik olduğu kabulü etraflıca düşünüldüğünde oldukça iddialı bir önerme teşkil eder. Hans Kelsen'in apolitik hukuk kuralı yaklaşımı elinizdeki metinde tartışılmamakla beraber apolitik bir hukuk mümkün müdür tartışmasının yapılması doktora tezi için tarafımızca bir hedef olarak arzulanmaktadır. Kelsen'in bu konu görüşleri için şimdilik yine kendi metinlerinden yapılan aşağıdaki alıntı yeterli görülmüştür:

“Saf Hukuk Teorisi, normları olması gereken ifadeleri ile tanımlayarak hukuk bilimini, olguları olan ifadeleri ile tanımlayan doğa bilimlerinden ayırır. Bu onun saf bir hukuk kuramı olarak adlandırılmasının ilk nedenidir. İkinci neden, hukuk bilimini etikten ayırmış olmasıdır. Etiğin tanımladığı normlar hukuksal normlar değil, ahlaki normlardır. Hukuksal normlar belli bir davranışta bulunulmasını, kendisine aykırı davranıldığında müeyyide

gibi zorlayıcı bir unsurla ilişkilendirerek, buyurmaktadır. Müeyyide, zorlayıcı niteliktedir; hukuksal otoritenin topluma zararlı kabul ettiği bir davranışa tepki olarak yaşamdan, özgürlükten, mülkiyetten ya da diğer değerlerden yoksun bırakma anlamına gelmektedir. Hukuk, zorlayıcı bir düzendir. Ahlaki düzen, normatif bir düzendir ancak zorlayıcı bir düzen değildir (Kelsen, 1992: 33).”

Yukardaki ifadelerinden hareketle Kelsen’in müeyyideler arasında bir ayırım yaptığını ve ahlak alanında söz konusu olan müeyyidelerle hukuk alanında söz konusu olan müeyyideleri birbirinden ayırdığı anlaşılmaktadır.

Kelsen’e göre hukuk düzenini araştırmak ile bu düzenin ahlaki gerekçesini araştırmak birbirinden farklıdır. Hukuk biliminin işi, araştırma nesnesini olumlamak ya da olumlamamak değil, onun ne olduğunu ortaya koymaktır. Saf Hukuk Teorisi yalnızca beşeri varlıkların etkinlikleri ile yaratılmış normları, yani pozitif hukuku dikkate alır; insan-üstü otoriteler gibi farklı kaynaklardan çıkan diğer normları dikkate almaz. Akıl, bilişin yetisidir. Akıl aracılığı ile bilişin nesnelere bu zihinsel işleyişten bağımsız olarak bilinebilir, anlanabilir ya da kavranabilir. Beşeri irade insan aklından tümüyle farklı olarak, psişik bir olgudur. İnsan aklı ancak, Tanrı’nın kendi suretinden ve ilahi aklın bir parçası olarak yaratıldı ise, aynı zamanda norm yaratan irade ya da pratik akıl olarak kabul edilebilir. Akli hukukun dayandığı, bu kendi kendisiyle çelişkili fikir, teoloji kökenlidir.

Sonuç itibariyle Kelsen’e göre hukuk ve ahlak birbirinden ayrıdır (separation thesis) ve hukuk ile ahlakın ilişkileri incelenebilse de bu inceleme hukuk biliminin dışında kalmalıdır. Hukuk ile ahlakın ortaklığı ya da ayrılığı tartışmasının kendisi hukuk dışıdır. Bu itibarla Kelsen, Kant’tan uzaklaşır ve Austin’e yaklaşır.

İKİNCİ BÖLÜM

KELSEN'İN POZİTİF HUKUK DÜNYASINA ARMAĞANI: SAF HUKUK TEORİSİ

1. HANS KELSEN'İ TEMEL METİNLERİ İLE ANLAMAK

Dünya bize Kelsen'i okumamız için nedenler sunmaya devam ediyor. “Yazar kurguladığı dünyanın tanrısıdır” lafı doğruysa eğer, Hans Kelsen bu ulu makamı kesinlikle hak eder. Kendisi yazdığı metinleri ile hukuk dünyasına özgün teoriler armağan etmekle kalmadı, doğal hukuk geleneğinden sonra pozitivist bir hukuk fikrinin fitilini ateşledi.

Hans Kelsen, 1973 yılında hayata gözlerini yumduğunda arkasında birçok farklı dilde çevirisi yapılan 400 civarında kitap ve makale bırakmıştır. Kelsen'in bilim hayatının başında ve sonlarına doğru yaptığı çalışmalarda bir kısım farklılaşmalara rastlamak da mümkündür. Onun bilimsel çalışmalarının 60 yıllık geniş bir süreyi kapsamış olduğu göz önüne alınırsa akademik hayatı boyunca bazı farklılıklar sergilemiş olması anlaşılabilir (Jelic, 2001: 553). Kuşkusuz bu ifade, Kelsen'in fikri yapısında ciddi çelişmeler olduğu şeklinde algılanmamalıdır. Pozitivizm, normativizm gibi unsurlar her zaman onun eserlerinde kendini göstermiştir ayrıca Kelsen'in metodolojisindeki zenginlik ve genişlik uzun bir süreçte gelişerek ortaya çıkmıştır. Vladimir Kubes, Hans Kelsen'in fikirlerinin ve metodolojisinin yazdığı makaleler ve kitaplar bağlamında dört temel aşamada ele alınabileceğini belirtir (Jelic, 2001: 553).

Kubes'in söz konusu sınıflandırmasına göre birinci aşama, Kelsen'in ortaya koymuş olduğu ilk sistematik çalışması olan, *'Devlet Hukuku Teorisinin Temel Prensipleri (İng. Principal Problems of the Theory of State Law)'* adlı eserinde kendini gösterir. Bu çalışma Kelsen'in Viyana Hukuk Okulu ile ilişkilerinin kuvvetlenmesinde ve normatif düşüncesinin yerleşmesine zemin oluşturmuştur. Bu aşamanın en temel karakteristiği, özellikle başlangıcında, Kelsen'in söz konusu süreçte geleneksel hukuk disiplini akımlarına karşı vermiş olduğu mücadeledir. Onun bu mücadelesi, diğer bilimlerin metotlarının pozitif hukukun metoduna sızmasına karşıdır. Kelsen, böylelikle hukukun yapısal ve kendiliğinden gelişen bir kurgusunu oluşturmayı tasarlamaktadır (Jelic, 2001: 554). Kelsen, diğer tüm

unsurlardan arınmış bir bilim dalı olarak hukukun saflaştırılması ve kaynağını kendi içinden bulması düşüncesine yazın hayatına atıldığı ilk çalışmalarında tüm cesurluğuyla yer verir.

Kubes'in sistematiği uyarınca, ikinci aşama, '**Devlet Hukuku Teorisinin Temel Prensipleri**' kitabının 1923 yılında ikinci baskısının yayınlanması ile kendini gösterir. Bu aşamada Kelsen üzerinde Merkl'in tesiri kuvvetli olarak görülmekle birlikte, Kelsen söz konusu etki ile 'olan' ile 'olması gereken' arasındaki göreceli farklılığı vurgulu olarak ifade eder (Jelic, 2001: 554). Böylelikle ilk aşamada pozitif hukuk metodu savunulurken ikinci aşamada Kelsen için hayati öneme sahip 'olan' ile 'olması gereken' farklılığına işaret edilir.

Üçüncü aşama ise, 1940'lı yıllarda Kelsen'in '**Hukukun Genel Teorisi ve Devlet (İng. General Theory of Law and State)**' çalışmasıyla saf hukuk teorisini geliştirdiği ve Almanca, Fransızca ve son olarak da İngilizce olarak yayınladığı dönemdir (Jelic, 2001: 555). Saf hukuk teorisini kendisinden sonraki dönemde birçok sosyal bilimci tarafından, bilhassa hukuk çalışanları tarafından her dönem güncel olarak bilim dünyasında kendine yer bulmuş bunun da ötesinde birçok düşünce ve çalışmaya yön vermiştir.

Kubes'in 1963 yılından başlattığı, Kelsen'in metodolojisinde görülen dördüncü aşamada, Kelsen'in A. Verdoss'dan etkilendiği görülmektedir (Jelic, 2001: 555). Bahsedilen etki uluslararası hukuk üzerine çalışan Verdoss'un Kelsen'i bu alana teşviki şeklinde olur. Hayatının sonlarına doğru Amerika'da bulunduğu sakin çalışma ortamında Kelsen uluslararası hukuk üzerine çalışmalara yoğunlaşmıştır. Bu dönemde Kelsen aynı zamanda, kendisinin ilk dönem eserlerinin kritiğini de yapar.

Kubes'in dört aşamada ortaya koyduğu eserleri ve fikirleri ile Kelsen değerlendirmesi tutarlı bir sistematiği yansıtmakla beraber kanımızca eksik kalmıştır. Zira bu öncü filozofun en çok ses getiren ve hukukun düşünce seyrini başka bir aşamaya taşıyan eseri 1934 tarihli '**Reine Rechtslehre (Saf Hukuk Teorisi)**'dir. Burada yer alan saf hukuk teorisine Kubes'in söz konusu sınıflandırmasında yer vermemesi oldukça büyük bir eksikliklerdir.

Hans Kelsen'in bahsedilen eserindeki teorisi normativist pozitivizm olarak adlandırılıyorsa da, kendisinin uygun gördüğü isim Saf Hukuk Teorisidir. Saf Hukuk Teorisi; psikoloji, sosyoloji, ahlak ve siyaset gibi disiplinlerin hukukla ilişkisini reddetmez ancak, farklı disiplinlerin metodlarının bir araya getirilmesi ile oluşturulan karma bir metodoloji yerine, tümüyle hukuka özgü bir metodoloji geliştirmeyi uygun görür. Kelsen bahsedilen

eserinde hukukun da bilimsel bir karaktere sahip olduğunu, hukuk bilimi şeklinde bir kavramın kullanılabileceğini ileri sürer.

Yalnızca 1934 yılı için değil günümüzde hâlihazırda hukuk fakültelerinde okutulan kitaplardanda anlaşılacağı üzere sonraki on yıllar boyunca hukuk çalışmaları üzerinde derin bir hâkimiyet kuracak olan Reine Rechtslehre (Saf Hukuk Teorisi)'nin önemli kavramlarından normlar hiyerarşisi; bir hukuk düzeni içinde bulunan normların belirli bir altlık-üstlük ilişkisine tabi olması durumudur. Bu hiyerarşik düzende; altta bulunan norm, mevcudiyetini üstündeki normlardan alır. Kelsen'e göre, bir norm, belirli bir içeriğe sahip olduğu için değil, temel normun belirlediği şekilde yapıldığı için geçerlidir. Bu kavram 1934 yılı itibarıyla Reine Rechtslehre (Saf Hukuk Teorisi) ile hukuk literatürüne Kelsen tarafından armağan edilir.

Yine Reine Rechtslehre (Saf Hukuk Teorisi)'nde dikkat çeken bir diğer kavram olan Hukukla Devletin Özdeşliği konusunda Kelsen, devleti hukuki bir kavram olarak ifade eder ve bu nedenle gerçeklik alanına değil, normatif alana ilişkin olarak değerlendirir. Pozitif hukuk, normları beşeri etkinlik tarafından yaratılmış zorlayıcı bir düzendir. Yasama, yargı ya da yürütme organları; kendi aralarında belirli yetkilere sahip devlet organlarıdır. Hukuk bu organlar tarafından inşa edildiği sürece devlet ve hukuk aynı çizgide ilerleyecektir.

Reine Rechtslehre (Saf Hukuk Teorisi)'nin son dikkat çekici unsuru olan haklar konusunda Kelsen'in fikirlerinde büyük ölçüde hak kavramını kabul eden irade teorisyeni Windscheid tesirli olur. Windscheid'in anlayışına göre, her nesne hakkın konusu olamaz. Hak, bir iradenin başka bir irade üzerindeki etkinliği anlamına geldiğine göre hak daima kişinin dışındaki başka bir kişiye yönelmiş olmaktadır (Güriz, 1992: 132). Bu teori Alman hukuk hayatında bugün de içeriği değişmekle birlikte çok sayıda hukukçu tarafından benimsenmektedir. Hans Kelsen'in hak konusundaki görüşü, Windscheid'in irade teorisine benzerlik göstermektedir. Ancak Kelsen, hak ve hukuk kavramlarını norm kavramı adı altında birleştirmekte ve hakkın normdan başka bir şey olmadığını savunmaktadır (Güriz, 1992: 132).

Kelsen'in temel eserleri kronolojik sıralama dâhilinde yukarıda açıklanan şekilde irdelendiğinde fikirleri ve teorileri de yine yukarıda açıklanan silsile ile devam ederek tutarlı bir seyir izlemiştir. Bahsedilen aşamalara eşlik eden metodolojisi ise arkasında barındırdığı felsefi düşünce ile beraber saflık, normatiflik gibi kendine has birçok niteliğe sahiptir. Kelsen'in eserleri hala hukuk çalışanları için en kıymetli başucu kaynaklarından.

2. SAF HUKUK TEORİSİNE GİRİŞ

Saf Hukuk Teorisi... Yazılışı itibariyle üç kelimedenden ibaret olan bu teori hukuk camiasındaki fikirleri öylesine derinden sarsan bir teoridir ki tarih biliminde bir çağın kapanıp yeni bir çağın başlamasına benzer şekilde hukuk düşüncesinde doğal hukuk geleneğinden pozitivist hukuk düşüncesine geçen kapının kilidini sunar bizlere.

Saf hukuk teorisi ile ilgili çalışmalar yapan Vecdi Aral, bu teoriye ilgisinin doğumuna neden olanın; teorinin filozofik olarak tartışılabilen bir doğru hukuk arama olanağını reddederek kendine özgü pozitivist bir karakter taşıması ve hukuk biliminin gerçek bir bilim seviyesine kavuşturulması yolundaki ciddi çaba ve girişimler arasında en başta yer alması keyfiyeti olduğunu söyler (Aral, 1978: 4). Adnan Güriz ise Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi ile hukuk sisteminin çağdaş hukukta yarattığı kapsamlı tesiri başka bir hukuk teorisinde bulmanın mümkün olmadığını belirtir (Güriz, 2003: 354).

Kelsen, saf hukuk teorisini normativist ve pozitivist bir anlayışla geliştirmiştir. Bu çerçevede hukuk teorisinin temelini oluştururken bir önceki bölümde belirtildiği üzere Kant'ın akılcı, transandantal idealizm felsefesinden etkilenmiştir. Kelsen'in hukuk disiplinine bir yöntem kazandırmak için ortaya koymuş olduğu saf hukuk teorisinin metodu Kant felsefesinin yanı sıra matematik disiplinin metodu ile de önemli benzerlikler taşımaktadır (Dağdelen, 2004: 10). Bu çerçevede elinizdeki metnin bir sonraki bölümlerinde sırasıyla teoriye ilişkin temel bilgilendirmeler yapılacak, amacı ve konusu belirtilecek en nihayetinde Saf Hukuk Teorisi bünyesinde yer alan Kelsen'in temel teorilerine (temel norm, normlar hiyerarşisi vs.) bu çatı teori bağlamında açıklamalar getirilecektir.

2.1. Saf Hukuk Teorisi'nin Gayesi ve Anlamı

Kelsen'in saf hukuk teorisi, yaşadığı dönemde yapılan hukuk disiplini tartışmalarına bir yanıt niteliğinde gelişme gösterir.

Hukuk disiplinin metodolojisine, bilimsel karakterine yönelik eleştirilere karşılık Kelsen, Kant'tan etkilenerek, bu disiplini diğer disiplinlerden tamamen ayrı bir düzlemde ele alma ve hukukun metodolojisini teorileştirme gereği duymuştur (Aral, 1978: 11). Hukuk disiplinine yeni ve özgün bir yöntem kazandırmak hedefiyle çalışan Kelsen'in ortaya koyduğu metod, matematik disiplininin ve Kant felsefesinin metotlarıyla benzerlik arz eder.

Immanuel Kant'ın fikirleri ve matematik disiplinin kavrayışı ile yola çıkan Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi'nin temelini, gerçek ile değer, durumlar ile normların, idrak ile iradenin

arasındaki epistemolojik düalizm oluşturur (Jablonek, 1998: 376). İkilik arz eden bu yapı Kelsen'in hukuka yaklaşım konusundaki özgün düşünce dünyasının dışa yansımaları teşkil eder.

Vecdi Aral'a göre Kelsen'in **Saf Hukuk Teorisinin gayesi**, hukuk bilimini gerçek bir bilim düzeyine yükseltmek, bütün bilimlerin ideali olan objektiflik ve kesinliğe kavuşturmadır (Aral, 1978: 1). Böylelikle, hukuk teorisini sosyolojik ve politik unsurlardan ayrı bir kapsamda incelemeye çalışmaktadır (Golding, 1975: 39). Ayrıca Kelsen'in teorisinin gayesi hukuk bilimini gerçek bir bilim, pozitif bir bilim düzeyine yükseltmektir (Aral, 1978: 2). Bu amacı da tüm değerlerinden arınmış, saf bir metot ile ortaya koyar.

Tıpkı diğer pozitivist filozoflar gibi doğal hukuka karşı olan Kelsen, kurduğu saf hukuk teorisini ile pozitivizmin bir temsilcisi olarak doğrudan doğruya pozitif hukukun bilgisini dikkate alır. O'na göre hukuk teorisini sadece pozitif hukukla ilgilenmelidir (Güriz, 2003: 235).

Kelsen hukuku sadece mantıki, formal yapısı bakımından kavramak istediği için (Aral, 1978: 2) O'nun hukuki araştırmalarının merkezini 'olan' değil saf hukuki 'olması gereken' olarak biçimlendirir (Gözler, 2009: 35). Bahsedilen yaklaşımda her türlü içerikten soyutlanmış norm düşüncesi ön plana çıkar. Bu sebeple Kelsen'in hukuk bilimini gerçek bir bilim kimliğine kavuşturmak çabasının temelinde hukuk bilimine ilişkin metodun saflığını sağlamak kaygısı yatar.

Kelsen, hukuki olan ile olmayan arasındaki ayrımı yaparken normu ve diğer hukuki kavramları yeni baştan yaratma yöntemini kullanır (Jablonek, 1998: 376). Böylece normun içeriği göz ardı edilerek normun oluşumunda ön plana çıkan hususlar vurgulanır (Bobbio, 2002: 460). Norm düşüncesini her türlü içerikten soyutlayan Kelsen'in teorisinin nihai gayesi, hukuku içerikten arındırılmış biçimde norma indirgemektir (Özbilgen, 1976: 108).

Saf Hukuk Teorisinin konusu ise insan davranışının kontrol edilmesine bağlı olan özel bir sosyal metottur (Jablonek, 1998: 373). Bu metotta Kelsen egemen bulunan hukuk dogmatizminin metajuridik (hukuk dışı) anlayışına karşı hukuki bilgi metodunun saflığı iddiasını ve istemini ortaya koyar (Aral, 1978: 2). Hukuk kavramının bilimsel açıdan ele alınması için her türlü metajuridik öğeden soyutlaması fikri nedeniyle Saf Hukuk Teorisini, temelde tarafsızlık, nötrlük (neutrality), sübjektivizm ve görelilik terimleriyle de ilişkilendirilen prosedürelizm ile ilişki içindedir (Aktaş, 2002: 96).

Kelsen tarafından ‘*Saf Hukuk Teorisi (Alm. Reine Rechtslehre)*’ çalışmasının önsözünde de belirttiği üzere saf hukuk teorisi, hukukun özel bir bölümünün veya belirli milletler ya da milletlerarası hukukun teorisi değil, pozitif hukukun genel teorisi olarak ele alınmalıdır (Kelsen, 1989: 71). Kelsen’e göre hukuk teorisinin ödevi, hukuk için gerekli ve sürekli unsurları bir araya toplamak, değişen ve geçici unsurları bir yana atmaktır. Hukukun adalet idesini gerçekleştirmek zorunda olup olmadığı her şeyden önce bir siyaset sorunudur.

Öyle görülmektedir ki Kelsen’in Saf Hukuk Teorisi kendisine amaç edindiği hukuku bir bilim seviyene çıkarma fikrini yine teorinin konusu olarak nitelenen saf bir metotla gerçekleştirmeye çalışır. Bu gaye ve konu, belirdeği amaca giderken yöntem ve karakter olarak kendisine pozitivist bir kimlik edinir. Özetle Saf Hukuk Teorisi gayesi ve anlamı itibarıyla hukuku sosyal bilimlerden ayırıştırarak saf bir hukuk bilimi inşa etme mücadelesine girişmiştir.

2.2. Saf Hukuk Teorisi’nin Pozitivist Karakteri

Saf Hukuk Teorisi bağlamında Kelsen’in ön plana çıkan teorilerini (temel norm, normlar hiyerarşisi, hukuk ve devlet özdeşliği vs.) tartışmadan evvel saf hukuku elde etmeyi amaçlayan Kelsen’in hukuk mütalaasının pozitivist karakterini izaha çalışacağız. Zira Kelsen’in teorilerini anlamlı bir bütün içinde belli bir kontekste oturtmak ancak onun saf hukuk teorisindeki pozitivist hukuk düşüncesini bilmekle mümkün gözükmektedir. Elinizdeki metnin bu bölümünde Kelsen’in fikri tekâmülü anlatılırken yapılan yüzeysel açıklamalarla yetinilmeyecek Saf Hukuk Teorisinin pozitivist yönü derinlemesine irdelenmeye çalışılacaktır.

Hukuk felsefesi alanındaki en önemli iki akım hukukî pozitivistler ile tabii hukukçulardır. Bu anlamda tartışmanın birinci tarafında olan Hans Kelsen, Anglosakson dünyadaki pozitivistizmin temsilcileriyle ilgili yapılan kronolojik sıralamada David Hume, Jeremy Bentham, John Austin ve H.L.A Hart’ın ardından son halka olarak kabul edilmektedir. (Türkbağ, 2012: 58).

Kelsen’in teorisinin 19. yüzyıl Alman pozitivistizm cereyanının bir devamı olduğu söylenebilir. Gerber’in kurduğu pozitivistizm mektebi, bilindiği gibi Laband ve Jellinek taraflarından temsil edilmiş ve hukuk ilmini tarihî, siyasî ve içtimaî unsurlardan ayıklamak amacını gütmüştür. Aynı endişeye Kelsen’de de rastlanır. Ancak bu sonuncu müellif, hukuk nazariyesini bir takım felsefi esaslara dayandırmak suretiyle, birçok bakımdan tamamen orijinal fikirler üzerinde çalışmaya muvaffak olmuştur.

Kelsen pozitivism ve onun tesirindeki hukuki pozitivist yaklaşımın kendini en bariz şekilde gösterdiği düşünürlerden biridir. Kendisi genel manada pozitivismin temsilcilerinden olmanın çok daha ötesinde pozitivist yaklaşımı hukuka taşıması ile önem kazanır. Bu bağlamda Kelsen'in hukuki pozitivism konusundaki görüşlerinden önce ilk olarak kısaca **pozitivism** ve ardından **hukuki pozitivism** değinmek yerinde olacaktır. Kuşkusuz hukuki pozitivism açıklanmadan önce birkaç cümle ile de olsa üst başlığı olan pozitivismin hukuka çıkan yönü de vurgulanmalıdır ki hukukun pozitivist yönü etraflıca kavranabilsin.

Fransız düşünür Auguste Comte (1798-1857) tarafından kurulan pozitivism, bir 18. yüzyıl felsefesidir. Yani 18. yüzyılda ortaya çıkan ekonomik, sınaî, ticarî ve özellikle de teknik gelişmelerin bir sonucu olan ve bu gelişmelerin kaynağını açıklayan bir felsefedir. Felsefî ekollerden her birinin başlangıcı neredeyse Antik Yunan'a kadar geri gittiği halde, pozitivismin neden bu kadar geç bir dönemde ortaya çıktığının cevabı, işte bu içinde doğduğu ortamda aranmalıdır.

14.yüzyılın sonlarında İtalya'da Hümanizm akımı olarak başlayan Rönesans, daha sonra bilim ve kültür alanında yol açtığı gelişmelerle Avrupa insanının ufkunu genişletmiştir. İlerleyerek devam eden bilimsel keşiflerin 18. yüzyılda yol açtığı bir dizi teknolojik gelişme, insanlık tarihinde yeni bir dönemin başlangıcını işaretlemektedir. 1764 yılında dokuma tezgahı, 1776 yılında denizaltı, 1807'de buharlı gemi, 1814'te buharlı lokomotif icat edilmiş, bütün bu icatlar Batı Avrupa toplumlarında tarihin hiçbir döneminde görülmemiş ölçüde bir değişim meydana getirmiştir. Hayat oldukça kolaylaşmış ve hızlanmış, bütün alanlarda (tarım, sanayi, hizmetler) aşırı bir üretim artışı meydana gelmiştir. Tıpta meydana gelen gelişmeler sonucunda birçok hastalığın ilacı keşfedilmiş, çocuk ölümleri azalmış ve insan ömrü uzamıştır (Çalık, 2012: 72).

Batı Avrupa'da meydana gelen teknolojik yenilikler ve bunların kıta insanının ekonomik, sınaî, tarımsal ve ticarî hayatında ortaya çıkardığı verimlilik ve zenginleşme Batı insanının hayata ve dünyaya bakışını da değiştirmiş, bilim ve onun metodu olan gözlem ve deney, maddî ve manevî her alana uygulanabilecek, dış dünyayı olduğu kadar sosyal hayatı da düzenleyebilecek ve bütün problemleri çözebilecek bir reçete gibi görülmüştür.

Batı Avrupa düşünürleri, teknolojik yeniliklerin sadece olumlu sonuçlarının gözlemlendiği bu dönemde, kaçınılmaz bir şekilde insanlığın yeni bir çağa girdiğini ve artık hep gelişme yönünde yol alacağını düşünmeye başladılar. Dolayısıyla pozitivism insanlığın ulaştığı bu yeniçağın felsefesi oluyordu.

Pozitivizmi felsefî alanda ilk olarak telâffuz eden Auguste Comte da bu iyimser düşüncenin gelişiminde başlıca üç aşamaya işaret ediyor ve bunları teolojik ya da kurgusal hal, metafizik ya da soyut hal, bilimsel ya da pozitif hal olarak sıralıyordu (Comte, 2001: 33).

Comte'un son aşama olan pozitif hale gelene kadar kullandığı felsefî metot, bu aşamada bilimsel metotla yer değiştirir. Bu aşamada artık Antik toplumları inceleyip anlamada referans kaynağı artık gözlem olacaktır. Nitekim O'nun sisteminde pozitivizm, fizikî fenomenlerin incelenmesiyle gerçekleştirilmiş ilerlemeleri, sosyal olguların incelenmesine yaymak için bir girişim olarak kabul edilir (Comte, 2001: 109). İşte Comte'un sosyolojide kullanılmasını arzuladığı bilimsel metodun hukukta da kullanılmak istenmesi '**hukukî pozitivizmi**' ortaya çıkarmıştır. Bu metodu kullanırken de felsefî pozitivizmden 'gözlem' ve 'somut olgu' kavramları ödünç alarak hukuk alanına uyarlanmıştır (Can, 1989: 26).

Gözlem ve somut olgu kavramlarının hukuku oluşturmada temel alınması, hukukun her türlü metafizik ve a priori hüküm ve değerlendirmeden arındırılması demektir. Bu sebeple, genel olarak hukuk ahlâktan, pozitif hukuk doğal hukuktan, uygulanan hukuk ise ideal hukuk ve politikadan kesin biçimde ayrılmalıdır (Can, 1989: 26). Bu düşünce Kelsen'in saf hukuk teorisinin de ana temalarındandır.

Hukuk felsefesi literatüründe hukuki pozitivizmin, doğal hukuka bir tepki olarak, 18. yüzyıl sonu ile 19. yüzyıl başında ortaya çıktığı ve 20. da doruk noktasına ulaştığı belirtilir. Hukuki pozitivizmin kökeni de, doğal hukukun Eskiçağa dek geri götürülmesi gibi, Ortaçağa dek geri götürülür. Bu düşünceyi savunan isimlerden biri olan Louis Dumont, Ockhamlı William'ın hukuki pozitivizmin kurucusu olduğunu söyler.

"William vardığı sonuçlara oldukça dikkat çekici ve öğretici bir dolaylı yoldan ulaşır. O bir hukukçu değil, bir mantıkçıydı. Onun hukuku sistematik olarak ele almasına yol açan Papa ve Fransiskanlar'le girdiği polemikti. Kurucusu Assisili Francesco'nun kendini yoksulluğa adanmış tarikat çok zengin oldu ve sonuçta papalar, tarikatı, fiilen yararlandığı mülklerin mülkiyetini kabul etmeye zorladılar. Ockhamlı William, yeni yasa ve hukuk tanımlarını, bu politikaya karşı ve Fransiskanlar'ın tarikatlarının kurucusunun istencine karşı bu dünyanın işlerine dalıp gitmelerini önlemek amacıyla geliştirdi. ... William'ın niyeti hukuk alanını daraltmaktı, ama sonuçta bu alanı bağımsız ve bireyci pozitivizmi nedeniyle, hiçbir zaman olmadığı kadar mutlak ve zorlayıcı kıldı. ... Yoksulluğun savunucusu William, 'hak, pozitif yasa tarafından kabul edilen bir iktidardır' derken, gerçekte özel mülkiyet çağını ilan etmektedir (Dumont 2000: 144)."

Pozitif hukukun egemen güç tarafından koyulan hukuk olduğu inancı o dönem hukuk anlayışına yerleşmiş ve bu anlamda pozitif hukuk, doğal hukuk ilkelerini tartışma konusu dışında bırakmıştır. Pozitivist hukuk teorisyenlerine göre burjuvazinin devrimci döneminin hukuk teorisi olan doğal hukuk düşüncesi işlevini tamamlamıştır, artık burjuvazinin yükseliş dönemine uygun bir hukuk teorisi gereklidir. Toplumsal ve ekonomik koşullardaki büyük

değişim de bu ihtiyacı fazlasıyla zorlamaktadır (Karakaş, 2011: 17). Sosyal hayatın akışı bir anlamda söz konusu değişim sürecinin başlangıcını oluşturmuştur.

Bu konuda Paşukanis'in düşünceleri dikkat çekicidir:

"...hukuksal düşüncenin gelişimi ile iktisadi düşüncenin gelişimi arasındaki paralelliği belirtmeden de edemeyeceğiz. Öyle ki tarihsel hukuk okulu, feodal aristokrasinin ve bir yönüyle korporatist küçük burjuvazinin tepkisinin ifadesi olarak değerlendirilebilir. Ayrıca, 19. yüzyılın ikinci yarısında burjuvazinin devrimci ateşi kesin olarak söndüğünde klasik öğretilerin yalnlık ve kesinliğinin burjuvazi üzerindeki çekiciliği de sona ermiştir. Burjuva toplumu istikrar ve güçlü bir iktidar arzulamaktadır. İşte bu nedenle, hukuk araştırmalarının konusu artık hukuksal biçimin çözümlenmesi olmaktan çıkmış, bunun yerini, hukuksal emirlerin zorlama gücünün temeli sorunu almıştır. Buradan tarihselcilik ile resmi olmayan tüm hukukun reddi olarak ifade edebileceğimiz hukuksal olguculuğun özgün bir karışımı doğar (Paşukanis 2002: 65)."

Hukukî pozitivizm, hukuku tamamen biçimsel olarak kabul eder ve ona herhangi bir kutsallık izafe etmez. Ona göre hukuk, üstün bir otorite tarafından konulan ve yürürlükte olan müspet hukuktur. Her türlü değer kavramını araştırma alanının dışında bırakan pozitivistler, hukuk biliminin görevini, yürürlükteki hukukun tahlil ve açıklanması ile sınırlandırmışlardır (Keyman, 1981: 18).

Modern pozitif hukuk doktrininin temelleri geleneksel siyaset felsefecilerinden Hobbes ve Hume tarafından oluşturulmuştur. Doktrini bütünüyle ortaya koyan ve doktrine ayrıntılarını kazandıran ise Jeremy Bentham (1748-1832) olmuştur. John Austin (1790-1859), Bentham'ın pozitif hukuk teorisini analitik çerçevede benimseyerek geliştiren isim olmuştur (Finnis, 1996: 196).

Daha sonra Viyana çevresinden etkilenen, aynı zamanda Viyana modernizmi içerisinde Kelsen tarafından yeniden ele alınan ve '*yasanın yaratıcısı gerçeklik değil otoritedir*' (Bobbio, 2002: 460) teorisi üzerinde inşa edilen hukuki pozitivizmin en temel ilkeleri Kelsen'in çalışmalarında yer almıştır. Kelsen ile beraber pozitif hukuk düşüncesinde egemen kavrayış olmaya başlar.

Kelsen'in ünlü eseri Saf Hukuk Teorisi (Reine Rechtslehre) '*Hukukun saf teorisi pozitif hukukun bir teorisi*' cümlesiyle başlar (Kelsen, 1989: 13). Pozitif hukukun kapsamına girmeyen şeyler saf hukuk teorisi kapsamında incelenemezler. Kelsen bunu açık bir şekilde ifade eder. O'na göre pozitif hukuk normları kapsamında bulunmayan bir şey, bir hukuki kontekst içine asla giremez (Gözler, 1998: 216).

Kelsen Hukukun Saf Teorisi'ni, '**pozitif hukukun teorisi**' olarak niteler, 'herhangi belirli bir hukuk sisteminin' teorisi olarak değil. Kelsen'e göre o, 'genel hukuk teorisi

belirli ulusal yahut uluslararası hukuk normlarının yorumu değildir' (Kelsen, 1992: 7). Bu konuda Kelsen düşüncelerini şu şekilde ifade etmiştir:

"Bir teori olarak Hukukun Saf Teorisi, sadece kendi inceleme konusunun, nesnesinin bilişini (cognition) hedef alır. Hukukun ne olduğu ve hukukun nasıl yapıldığı sorularına cevap aramakla uğraşır sadece, hukukun nasıl olması gerektiği veya hukukun nasıl yapılması gerektiği soruları ile değil. Hukukun Saf Teorisi hukuk bilimidir [Rechtswissenschaft], hukuk politikası değil' (Kelsen, 1992: 7)."

Kelsen'e göre hukuk biliminin doğa bilimleriyle karışmasının nedeni, hukukun, en azından ilk bakışta hukuk dediğimiz şeyin, tözünün bir kısmının doğa alanına ait olmasıdır. Zira hukuk alanına ait olan, söz gelimi meclisin çıkardığı bir yasa, bir yargı kararı, idari bir karar, bir özel hukuk işlemi yahut bir kişinin suç teşkil eden eylemi, iki unsurdan oluşur. Birinci unsur duyularımıza açık, zaman ve mekân içerisinde yer alan, çoğunlukla da bir beşeri davranış olmaktır (Kelsen, 1992: 9). Diğer unsur ise fiziksel dünyaya ait bu unsurun anlamıdır.

İnsanlar bir yerde bir araya gelir, konuşur, tartışır, çeşitli hareketlerde bulunurlar. Bu olaylar fiziksel dünyaya aittir. Ancak bu topluluğun yaptığı işe yasama, kanun koyma demek olaylara hukuki bir anlam atfetmektir. Yahut bir kişi yaptığı eylemle bir başkasının hayatının son bulmasına neden olur. Hukuk diliyle ifade edildiğinde bu eyleme, kasten veya taksirle adam öldürme denir (Kelsen, 1992: 10). Bu noktada eylemlere hukukilik atfeden onlara hukuki bir mana katan tamda bu eylemleri düzenleyen yazılı metinlerin belli usul ve süreçleri izleyerek yasallık kazanmasıdır. Tüm bu çarkı işletecek mekanizma ise Kelsen'e göre hukuk bilimidir. Hukuk, saf bir bilim kılınmadığı sürece doğa bilimleriyle karışmaya devam edecektir.

Hukuku bilim niteliği ile ele alan Kelsen'e göre bilim, inceleme konusunu olduğu gibi tasvir etmelidir; birtakım değer yargıları açısından onun ne olması veya ne olmaması gerektiğine hükmetmemelidir. Böyle bir hükmediş siyasi problemlere neden olacak ve realiteye dönük olan bilimin konusuna dair hiçbir açıklama getirmeyecektir (Kelsen, 1992: 19).

Bir bilim olma kimliği ile birlikte hukuk bilimi ise tarihi olarak sosyoloji, psikoloji, etik ve siyaset teorisi ile karma halde bulunur. Hukukun saf teorisi, hukukun söz konusu bilim dallarıyla ilgisini inkâr etmez; ama kendi özünü belirsizleştiren bu metot bağdaştırmacılığına karşıdır. Bu şekilde hukukun özerkliği ilan edilmektedir (Karahanoğulları, 2003: 62).

Ancak Kelsen'e göre hukukun özerkliğini ilan etmesi için başta hukukun saflaştırılması olmak üzere yapılması gereken çok şey vardır. Zira 19. ve 20. yüzyıllarda üretilen hukuk

felsefesi hukuk bilimi geleneğinin, saflık koşulundan ne kadar uzaklaştığını gösterir. Hukukçular bir yandan psikoloji ve biyolojiye diğer yandan da etik ve teolojiye bulaşmış durumdadır. Sonuç olarak da hukuk bilimi kaybolmuştur (Kelsen, 1992: 8).

Hans Kelsen diğer yandan tüm bilim dallarının ve ideolojilerin hukuk biliminin alanından ellerini çekmesini istemenin yanı sıra hukuk biliminin özellikle yasa koyucuların niyetlerinden, çıkarlarından, arzularından ve saiklerinden de arındırılmasının gereğini savunmuştur. Bu doğrultuda Kelsen ‘yorumsamacı (hermenötik)’ hukuk doktrin’in karşısında yer almıştır;

“Doktrinde geliştirilen, lafzi yorum, gai yorum, tarihsel yorum, kavramcı yorum, sistematik yorum ve menfaatler içtihadı gibi ‘yorum metotları’nın ya da analogia, argumentum a fortiori, argumentum a contrario gibi ‘yorumda kullanılan mantık kuralları’nın hiçbir pozitif hukuki değeri yoktur. Kelsen’in gösterdiği gibi, bunlar –sözde- metotlar ve ilkelerdir. Bunlar doktrinin ürettiği yapılardır. Hukuk kuralı değildirler. Hukuki geçerlilikten yoksundurlar. Yargıç karşısında hiçbir hukuki bağlayıcılıkları yoktur (Gözler, 1998: 217).”

Sonuç olarak, hukuki pozitivism çizgisindeki saf hukuk teorisi hukuku bir bilim kılma gayesiyle başta saf bir hukuk elde etme mücadelesine girer. Bunu yaparken de hukuk bilimini beşeri kaygı, çıkar ve menfaatlardan uzak tutmaya çalışır.

Hukukun Saf Teorisinin görevi, pozitif hukukun özünü kavramak ve onu yapısını analiz etmektir. Teori şu veya bu yöndeki siyasal çıkarlara hizmet etmeyi reddeder. Dolayısıyla da, farkında olunarak veya olunmayarak, şu veya bu ölçüde ideolojik karakterde bulunan geleneksel hukuk biliminin karşısındadır. Mevcut düzeni ister savunsun ister eleştirsün, ideoloji her halükarda gerçekliği gizleyerek yahut çarpıtarak bir peçe yaratır (Aydemir, 2004: 8). Dolayısıyla ideolojik karakterli bir hukuk yaklaşımı ile bir yandan hukuk normlarının aksiyolojik temelini araştırmak, diğer yandan ise mahkeme kararlarının rasyonel jüstifikasyonunu yapmak mümkün değildir. Bunu sağlamanın yolu ise Kelsen’e göre pozitivist karakterli saf bir hukuk bilimi inşa etmekle mümkün olacaktır.

3. YÖNTEM KURUCUSU KELSEN’İN SAF HUKUK İDEALİ BAĞLAMINDA TEMEL TEORİLERİ

Hans Kelsen bilimlerin felsefeden koparak ampirik alana yönelmeye başladığı bir dönemde çalışmalarını her zaman felsefi bir bakış açısı içinde bütünleştirmeye özen göstermiştir. Kelsen, pek belirgin bir biçimde, çağının bilim adamlarının yalnızca teknik

sorunlar çerçevesinde sınırlandırıldığını görecektir, onların tuttuğu yoldan daha değişik bir yol tutacaktır. Böylelikle kendine özgü bir yöntem ve metodoloji inşa edecektir.

Kelsen, bütün çalışmalarında saflık yani **hukuki bilgi metodunun saf olması prensibine** uymaya çalışır. Kurucusu olduğu ‘Saf hukuk Teorisi’ne göre izlenmesi gereken yöntem, hukukun nasıl olması gerektiği değil, hukukun nasıl oluştuğu ve nasıl olduğu noktalarının araştırılmasıdır. Bunun için de bu teorinin temel ilkesi, hukuk ilminin kendisine yabancı olan bütün unsurları tasfiye etmesi (Aktaş, 2002: 98), sadece hukukla ilgilenmesidir (Carty, 1998: 348).

Hans Kelsen’e göre hukuk teorilerinin işlevi, hukuk için gerekli ve sürekli unsurları bir araya toplamak, değişen ve geçici unsurları çerçevenin dışına atmaktır. Hukukun adil bir biçimde yürütülme zorunluluğunun olup olmadığı her şeyden önce siyasi bir sorunsaldır ve saf hukuk teorisinin dışındadır. Kelsen, hukuk teorilerinin ahlak, politika, psikoloji ve sosyolojinin etkilerine kapalı olması gerektiğini ifade eder. Bu kapalılıkta ki amaç hukukun gerekli ve sürekli unsurlarını inceleme dışında bırakmaktır. Bu yüzden her türlü idealizm ve amaç düşüncesi hukuk teorisinin dışında sayılmalıdır (Güriz, 2003: 334).

Kelsen’in, bütün teorilerini (temel norm, normlar hiyerarşisi gibi) hukuk biliminin saflığı ve iç birliği varsayımı üzerine tesis ettiği görülür. O’nun açısından hukuk biliminin saflığı ve iç birliği hukuk için vazgeçilmez bir nitelik arz eder. Hukuk bilimini ayrıştırmak suretiyle saflaştırma Kelsen’in teorilerinin tamda kalbinde yer alır (Dağdelen, 2004: 10).

Saf bir hukuk gayesi ile yola çıkan bu büyük filozof hukuk açısından bütünlüklü bir yöntem kurmuştur: Normativist Pozitivizm. Bir önceki bölümde pozitivist niteliği açıklanan bu yöntem, haklar bakımından bütünlüklüdür. Yani insana ait tüm sorunları kapsayan kuşatıcı bir sistemden ziyade, hukuka yönelik, sınırlı bir sistemleştirme vardır.

Kelsen’in Saf Hukuk Teorisi ismiyle ün kazanan normativist yaklaşımı kendi bünyesinde **temel norm, normlar hiyerarşisi** gibi bugün dahi hukuk dünyasında tartışılan ve uygulama alanı bulan teoriler getirmiş olmakla birlikte **politika-hukuk ilişkisi, devlet ve hukuk özdeşliği** teorileri ile sosyal bilimciler tarafından yapılan derin tartışmalara ön ayak olmuştur. Belirtilen teoriler Kelsen’in hukuk sisteminin temel noktalarını oluşturmakla beraber, onun en önemli çalışması ve inceleme konusu olarak ele alınan Saf Hukuk Teorisinin kavranmasına da dayanak noktası teşkil eder.

Elinizdeki metnin bu bölümünde sırasıyla Kelsen'in hukuk için gerekli ve sürekli unsurları bir araya toplayıp, değişen ve geçici unsurları ise inceleme dışına atarken başvurduğu her biri birbirinden değerli bu dört teori bir önceki paragrafta koyu olarak belirtilen terimler ekseninde tartışılacaktır.

3.1. Normların Anası Olarak Temel Norm (Grundnorm)

Kelsen'in saf hukuk teorisinde kullandığı en önemli kavramlardan biri 'Temel Norm (Grundnorm)'dur. Hans Kelsen temel norm kavramını tamda Saf Hukuk Teorisi'nin kalbine yerleştirir. Ancak bunu yaparken evrensellik iddiasında bulunmaz. Kelsen'e göre temel norm elbette evrensel değildir, her toplumun kendine özgü temel normu bulunabilir. Her hikâyenin de kendine özgü bir temel normu vardır. Hatta Rakolnikov'un da vardır.

Raskolnikov fısıldıyor kendine: *“Tanrı yoksa her şey mubahtır. Hiçbir şeyden sorumlu değilim ama her şeyden de sorumluyum bu durumda şu tefeci koca karıyı ortadan kaldırırsam, paraları cebe atsam, tanrı yoksa kim ne diyebilir? Kendi dünyamı kurmak zorundayım (Dostoyevski, 2010: 45).”*

Sonrasında Raskolnikov Sonya'ya cinayetini itiraf ediyor. Ancak Sonya cevap olarak; 'sen o insanlara ne yaptın ?' demiyor. 'sen kendine ne yaptın ?' diyor (Dostoyevski, 2010: 319). Raskolnikov elbette ne yaptıysa kendine yapmıştır. Kurduğu ya da kurmak istediği dünyanın azabını çekmektedir. Bu vurguyu arttırmak için Lizaveta'nın acısı görünmez romanda. Lizaveta'nın ölümü hukukun konusudur ve Dostoyevski bize daha yüksek bir hukuktan bahseder. Bu da: Suçun cezasından kaçabilirsin ama vicdanın azabından kaçamazsın diyen bir hukuktur. Bu sözler kulaklara temel norma dair bir fısıltı çalar.

Hans Kelsen'in teorisinin en özgün noktalarından biri işte bu 'Temel Norm' varsayımdır. Kelsen, hukuk sisteminin geçerliliğinin dayandırılabilceği bir temel normdan söz ederek, hukuku hiyerarşik bir düzende sıralanan normlardan ibaret olarak ifade eder.

Kelsen'in temel normların var olduğunu farz etmesinin nedeni, bunları hukuk sistemlerinin birliğini ve normatifliğini açıklarken gerekli görmesidir. O'na göre hukuk sistemi, rastgele bir normlar toplamı değildir. Onu sistem haline getiren, normlarının bir bütün teşkil etmesi ve özel bir şekilde birbirleriyle ilgili olmalarıdır.

Bu bütünlüklü sistem içerisinde normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan anayasa, geçerliliğini temel norm kavramından alır. Temel norm, yürürlükteki anayasanın bu ilk ve orjinal anayasaya dayandığı yolunda bir varsayımdır. Söz konusu varsayım geçerli sayılır

çünkü bu varsayım yapılmaksızın hiçbir insan eylemi özellikle de hukuk yaratma eylemi hukukî olarak yorumlanamaz.

Temel normu açık seçik ortaya konulmayan bir hukuk düzeninde, şekil şartlarına uygun yapılmış bir Anayasa'nın hukukî gerçeklik kazandığını ileri sürmek, bir hayli tartışmalı bir konudur. Zira Kelsen'in ifade ettiği birlik ve normatiflik niteliklerine sahip bir hukuk düzeni ancak ve ancak temel norma dayandığı ölçüde meşruluk kazanır. Bu açıdan Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Temel Norm kavramı, yoğun eleştirilere maruz kalmaktan kurtulamamakla beraber fikirlerinin en özgünü yanı olma özelliğine de sahiptir.

3.1.1. Temel Norm Öğretisinin Açıklanması ve Değerlerden Arınmış Bir Hukuk Araştırması

Bir normun zorunlu olarak bir başka (üst) norma dayanması gerektiğinden, Hans Kelsen için hukuk sistemi, zorunlu olarak hiyerarşik normlardan oluşmaktadır. Bu hiyerarşinin en üstünde yer alan pozitif hukuk normu anayasadır. Anayasanın üstünde ise Kelsen'e göre **varsayımsal (vorausgesetzten)** olarak nitelendirilen norm yer alır, Kant'çı anlamda aşkın (Schauer, 1995: 149) olan bu norm Temel (Grund) Norm'dur.

Kelsen'in teorisine göre, her hukuk sisteminde bir temel normun bulunması mantıken zorunludur. Temel normun varlığını, geçerli olmasına bağlamakta (Kelsen, 1949: 194) ve bu geçerliliği normların varoluş şekli olarak görmektedir (Kelsen, 1989: 267). Ancak bu durum Kelsen'e göre tüm temel normların içeriklerinin aynı olduğu anlamına gelmediği gibi, sadece iki temel norm bile aynı içeriğe sahip olamaz. Zaten her birine temel norm denilmesinin sebebi, içeriklerinin değil ama yapılarının, kendi sistemlerindeki eşsiz konumlarının ve işlevlerinin aynı oluşudur.

Hans Kelsen, ayrıntılı bir gerekçelendirmeye muhtaç olmadığını düşündüğü iki temel sav ileri sürer. Bunlar aynı zamanda temel norm teorisinin temel aksiyomlarıdır. İlkine göre, aralarından biri diğerinin oluşturulması için doğrudan veya dolaylı yetki veren iki kural, zorunlu olarak aynı hukuk sistemine aittir (Raz, 2013: 1170). Örneğin Parlamentonun çıkardığı bir ceza kanunu ile Parlamentoya ceza yasalarını yapma yetkisi veren anayasa kuralı, aynı hukuk sistemine aittir. Çünkü birinin çıkarılması, diğerinin yetkilendirmesiyle mümkündür. İkinci aksiyoma göreyse bir hukuk sisteminin tüm kuralları, doğrudan veya dolaylı olarak tek bir kuralla yetkilendirilmektedir.

İkinci aksiyomdan çıkan sonuç, birbirlerinin oluşturulması yönünde yetki vermeyen iki kuralın, bunları yetkilendiren üçüncü bir kural da yoksa aynı sisteme ait olamayacağıdır. İlk aksiyomdan ise, eğer iki kuraldan biri diğerinin oluşturulması yetkisini veriyor veya her

ikisini de üçüncü bir yasa ile yetkilendiriyorsa, bunların aynı hukuk sistemine ait olacağı sonucu çıkar (Kelsen, 1949: 195). Kelsen'in ifade ettiği bu iki aksiyom, hukuk sistemlerinin niteliğiyle ilgili bir ölçüt sağlamakta ve herhangi bir kuralın belirli bir hukuk sistemine ait olup olmadığını kararlaştırmayı mümkün kılmaktadır.

Kelsen'in genel bir kavram olarak hukuk sistemini açıklamaya çalıştığını ve bu ifadeyi tamamen farklı bir kavramı (temel norm kavramını) tanıtmak amacıyla kullandığı düşünülürse, ikinci aksiyom ilk bakışta ampirik bir genelleme gibi gözükmektedir. Doğruluğunu teyit etmek için, tüm hukuk sistemlerinin incelenmesi ve her birinde kendisi dışındaki tüm kuralları yetkilendiren bir kural olup olmadığının bulunması gerekecektir (Raz, 2013: 1170). Örneğin, Britanya'da hem Parlamento'yu hem de teamül hukukunu yetkilendiren bir kural var mıdır? Bu sorun Kelsen tarafından aşağıdaki paragrafta cevaplanmaya çalışılmıştır:

"Eğer bir hukuk düzeninin, örf ve âdeti bir hukuk yaratma yolu olarak tanımayan yazılı bir anayasası varsa ve yine de hukuk düzeni, anayasal hukukun yanı sıra örf adet hukukunu da kapsıyorsa, yazılı anayasanın normlarına ilaveten yazılı olmayan anayasa normlarının da bulunması gerekir. İkinci tür normlar geleneklere göre oluşturulmuştur ve hukuku uygulayan organları bağlayan genel normlar, bunlara uygun olarak, örf ve adet tarafından yaratılabilir (Kelsen, 1989: 194)."

Böyle bir hukuk sisteminde kendisi dışındaki tüm kuralları yetkilendiren pozitif bir kural bulunmayacaktır. Bazı kurallar geleneksel anayasayla yetkilendirilirken, diğerlerine mevzu anayasayla yetki verilecek ve dolayısıyla her iki anayasayı da yetkilendiren pozitif bir kurala rastlanmayacaktır. Nitekim Kelsen, ikinci aksiyomunun, ampirik bir genelleştirme olarak yanlışlığından haberdardır. Aynı zamanda bu duruma bir çözüm getirilmesini ne denli zaruri olduğunun da bilincindedir.

Kelsen her sistemde pozitif olmayan bir kuralın bulunmasını şart kılarak, bu sorunun üstesinden gelir. Tüm temel anayasal kurallar, bu kural tarafından yetkilendirilmektedir. Onun varlığı, herhangi bir organın rastlantısal bir eylemine bağlı olmayıp, mantıksal bir zorunluluğa işaret etmektedir. İşte bu kurallar, hukuk sistemlerinin temel normlarıdır ve mevcudiyetleri, ikinci aksiyomu mantıksal bir doğruya dönüştürmek bakımından zorunludur. Zira Kelsen'in hukuk sistemlerinin niteliğine ilişkin kriteri, ikinci aksiyomun doğruluğuna ve aynı zamanda temel norm teorisine bağlıdır (Raz, 2013: 1172).

Bu büyük Avusturya'lı hukuk filozofu, her hukuk sisteminde bir temel normun var olması gerektiğini kanıtlamak için zımnen bu argüman dizisini kullanmaktadır. Ancak aynı sonuca ulaşmak için yararlandığı farklı ve bağımsız bir argümanı daha vardır. Söz konusu argümanda Kelsen hukukun normatifliğini sadece temel normun açıklayabileceğini

göstermeyi amaç edinmektedir. O'na göre hukuki geçerlilik ve normatiflik kavramları, sadece temel normla açıklanabilir. Bu konuda Kelsen görüşlerini şu şekilde ifade eder:

"İnsanoğlunun bu eylemlerini, hukuki eylemler ve sonuçlarını, bağlayıcı normlar biçiminde yorumlamak, yani kendisini hukuk olarak ortaya koyan ampirik materyali bu şekilde yorumlamak, sadece temel normun geçerli bir norm olarak önceden varsayılması koşulunda mümkündür. Hukuki materyale ilişkin herhangi bir pozitivist yorumunun tek zorunlu ön varsayımı temel normdur (Kelsen, 1949: 116)."

Kelsen'e göre pozitif nitelikten yoksun temel normlar, yasama faaliyeti veya başka bir yolla yaratılmazlar (Kelsen, 1989: 204). Temel norm bazı yorumcuların farz ettiğinin aksine, ne diğer kuralları oluşturan eylemlerle ne de halkın hukuka uyma ödevi olarak kabul etmesiyle (Kelsen, 1989: 218) yaratılmıştır. Kelsen'e göre herhangi bir temel normun ne zaman, kimin tarafından ve nasıl yaratıldığını sormanın anlamı yoktur. Bu kategoriler onlara uygulanmamaktadır. Yine de temel normların, geçerli oldukları için var oldukları söylenebilir. (Kelsen, 1965: 141).

Bu noktada temel normun (grundnorm) varsayımsal niteliğini daha anlaşılır kılmak bakımından Kelsen'in kendi örneği açıklayıcıdır. Bir Hıristiyan baba, çocuğuna okula git dediğinde, çocuğun babasının emrine uyması gerekir. Çocuk, neden babasının emrine uyması gerektiğini sorduğunda, alacağı cevap; çünkü Tanrı Hıristiyanlara, babanızın dediklerine uyun diye emretmiştir, olacaktır. İşte bu emir, bir Hıristiyan için varsayımsal nitelikteki temel normdur (Kelsen, 1989: 197). Eğer kişi Hıristiyan olarak kalacaksa, mantıksal olarak bu noktadan ötesine geçerek neden Tanrı'nın dediğine uyalım diye bir soru tasavvur edemez (Acar, 2011: 116).

Temel norma dair yaptığı bu mantıksal vurgu ile Kelsen kendisi gibi pozitivist bir düşünür olan Austin'den ayrılır. Bu aşamada Kelsen'i özgün kılan temel normun hukuki bilinç tarafından önceden varsayıldığı inancıdır. Austin'in görüşünün aksine Kelsen, normun yasa koyucunun iradesinden çıkmadığını savunur. Yasa koyucunun iradesinden hukuk çıkartmak, olandan (yasa koyucunun iradesi) olması gerekeni (norm) çıkarmak olur. Zira yasa koyucunun iradesi siyasaldır ve tıpkı ekonomi gibi meta-jüridiktir yani hukuk dışıdır. Bu nedenle hukuk, siyasetin yani 'olan'ın içinden çıkmaz.

Kelsen'e göre olması gereken, mantıken, ancak yine bir olması gerekenden çıkacaktır. Yani olması gerekeni gösteren bir norm, ancak yine olması gerekeni gösteren bir başka normdan çıkabilir. Normun, kendisinden çıkacağı şey bir olgu ya da ahlaki değer değil, kendisinden üstte yer alan bir başka normdur. Bu üstte yer alış bizi normlar hiyerarşisine götürür. Austin'e göre bu hiyerarşiyi belirleyen yasa koyucunun iradesi iken Kelsen'e göre, yasa koyucunun iradesi ile norm koyması yine hukuksal bir kaynaktan gerçekleşir. Örneğin,

meclis yasa yapma iradesini ortaya koyacağı yetkiyi anayasadan alır. Yani yine bir normdan alır.

Bu hukuksal yapıda, devletin hukuk düzeni bir hiyerarşik normlar sistemi niteliği arz eder. En alt düzeyde hukuk uygulayan organların, özellikle mahkemelerin çıkardığı normlar vardır. Bu ferdi normlar kanunlara dayanır. Kanunlar, kanun koyucu tarafından çıkarılan genel normlardır. Hukuk düzeninde bundan sonra yeri örf ve adet hukuku alır. Kanunlar ve örf ve adet kuralları da anayasaya dayanır. Anayasanın pozitif normlar sisteminde en yüksek yere sahip olduğu varsayılır. Pozitif normlar insan davranışları tarafından ihdas edilen normlardır.

Pozitif normlardan müteşekkil bir hukuk düzeninin geçerli olması demek, organların ve sùjelerin normlar düzenine göre davranmaları demektir. Önemli olan belli bir norma uyulup uyulmaması değil, normlar sisteminin bir bütün olarak geçerli olup olmamasıdır. Bir hukuk normunun diğerine dayanması demek, bir hukuk normunun geçerli olduğu için diğer normun geçerli olması demektir. Anayasanın yürürlükte olması anayasanın uygulanması olarak, somut olayın çözümlenmesi kanunun uygulanması olarak, somut olayın çözümlenmesi için kanunun uygulanması ise mahkeme kararı olarak kendisini gösterir (Işıқтаç, 2004: 284). Tüm normlar arası bağlantı bu şekilde birbirini doğrudan etkilemektedir.

Daha alt düzeydeki normlar kendi yürürlüklerini daha üst düzeydeki normlardan alırlar. Hiyerarşinin en tepesinde yer alan Anayasa normları ise kendi yürürlüklerini pozitif bir hukuk normundan almaz hukuk düşüncesinin varsaydığı temel normdan alır. Temel norm, hukuksal düzende yer alan diğer normların geçerliliğine ilişkindir, yoksa temel normdan diğer normların içerikleri çıkarılamaz.

Kelsen temel normun ise geçerliliğini nereden aldığı konusunda; geri gittikçe daha önceki bir anayasaya, sonra da ilk anayasaya gitmenin mümkün olduğunu belirtir. İlk anayasa, bir **fatih, muktedir** yahut **konsey** tarafından yapılmıştır (Kelsen, 1992: 57). Bu yaklaşım ilk anayasaya bir kutsallık atfetmekte oldukça cüretkâr bir tavır sergiler.

Doğal hukuk esintili pozitif nitelikten yoksun bu temel norm düşüncesiyle Kelsen, hukuki kavramlar arasındaki derece ayrımları ve diğer yandan hukukun değişik görünüm biçimlerinin birliğini hukukun bütünlük içeren kademeli yapısında kurmakta ve bu kademeli yapının en üstünde artık pozitif bir hukuk kuralı değil, hukuki bilginin zorunlu son noktası olan **hipotetik temel norm** mevcut olmaktadır. Bu temel norm, hiyerarşik bir yapı oluşturan hukuk normlarının en tepesidir (Güriz, 2003: 236). Temel norma Kelsen tarafından yapılan bu vurgu, aslında birlik sağlama noktasında hukuk kuralları için özdeşleştirici niteliktedir.

Kelsen, temel norm düşüncesiyle Hukukun Saf Teorisi'nin hukuk bilimi için yeni bir yöntem önermiş olmadığını söyler. Yapılan sadece hukukçular işlerini yaparken, inceleme nesnelere yaklaşırken zaten yaptıkları şey hakkındaki bilinç seviyelerini yükseltmektir. Hukukçu, inceleme nesnesini kavrarırken doğal hukuku reddeder ve sadece pozitif hukuku geçerli hukuk sistemi olarak görür. Temel norm varsayımı, bunun farkına varmayı sağlayacaktır (Kelsen, 1992: 58).

Temel normun içeriğinin, anlamının belirlenmesi için Kelsen, iktidarın, daha doğrusu hukuk sisteminin hukuka uygun bir şekilde değil de bir devrim veya darbe yoluyla değişmesini tasavvur eder. Devrimciler başarıya ulaşırlarsa, eski sistem etkililiğini kaybedecektir. Zira insanlar artık eski sisteme değil, büyük oranda yeni sisteme göre davranıyorlardır. Devrimciler başarısız olurlarsa ki bunun sebebi insanların devrimcilerin sistemine uygun olmayan şekilde davranıyor olmalarıdır, artık eylemleri bir anayasa oluşturan eylem değil, hukuk ihlali anlamına gelir (Uzun, 2014: 58).

Yakın zamanda meydana gelen 15 Temmuz darbe girişimi Kelsen'in hukuk sistemlerinin devrim veya darbe yoluyla değişimini açıklayan fikirlerinin pratik hayatta ne derece karşılık bulduğunu en somut haliyle gözler önüne serer. Zira büyük bir irade gösteren halkın devrimcilerin sistemine uygun olmayan davranışları neticesinde darbecilerin eylemleri anayasa oluşturan nitelikte değil ihlal eden durumda kalmış ve bu teşebbüste bulunan şahısların birçoğu sanık sıfatıyla yargılanır duruma gelmiştir.

Bu noktada yukarıdaki açıklamalarımız dikkate alındığında Kelsen'in temel norm teorisinin en belirgin özelliği ona varsayımsal bir nitelik atfetmesidir. İkinci olarak Kelsen'in bu yaklaşımı irdelenirken unutulmaması gereken husus O'nun bir pozitivist olarak hukukta saflığı sağlama gayreti içinde olduğudur. Kelsen'in sosyal bilimlerden ayrı, saf niteliğiyle ön plana çıkan hukuk yaklaşımını temel norm teorisinde de sürdürdüğü görülür.

Bu yaklaşımıyla Kelsen'in temel norm izahı, hukuk teorisine objektif ve değerden bağımsız bir hukuki normatiflik kavramı sunmaktadır. Temel norm varsayımı, değerden üstün olan herhangi bir pozitif kuralı tasdik etmemektedir (Kelsen, 1989: 201). Etik veya politik değil, sadece epistemolojik bir işlevi yerine getirmektedir (Kelsen, 1989: 218).

Hiç şüphesiz temel normda dâhil herhangi bir hukuk teorisinin görevini yürütmesi için değerlerinden arınmış olması gerekir. Bu sebeple hukukun normatifiği, mutlaka ahlaki değerlerden bağımsız şekilde açıklanmalıdır. Kelsen bu noktada Kant'ın eleştirel felsefesinin kavramsal temeline başvurur. Kant'ın doğal hukuk teorisinin bir görünümünü benimser

(Kelsen, 1945: 444). Çünkü Kant'ın hukuk felsefesi, Kelsen'in kullanmak istediği entelektüel araçları sağlamaktadır.

Kant'ın tesiriyle Kelsen, insanların hukuku normatif ve ahlaki değerinden bağımsız olarak kabul etmesi halinde temel normun önceden varsayılması zorunluluğunu şu şekilde vurgular:

"...hukuk bilimi tarafından açıklandığı üzere temel norm, bu yorumun deneyüstü-mantıksal koşulu olarak nitelenebilir, tabii eğer Kant'ın epistemolojisinden bir kavramın, analogi yoluyla kullanılmasına müsaade edilirse. Kant sorar: 'Metafizik bir hipotezin yokluğunda, duyularımızla algılanan olguları, doğa bilimince formüleştiren doğa yasaları dâhilinde yorumlamak nasıl mümkün olur?' Aynı şekilde Saf Hukuk Teorisi de sorar: 'Belirli olguların sübjektif anlamını, tanrı veya doğa gibi meta-hukuksal otoritelere başvurmaksızın, objektif bakımdan geçerli bir hukuki normlar sistemi olarak yorumlamak nasıl mümkün olur?.....' Saf Hukuk Teorisini epistemolojik cevabı: 'Temel normun, kişinin anayasa emretmiş gibi davranmasını gerektirdiğini önceden varsayarak...'şeklindedir. Bu temel normun işlevi, pozitif bir hukuksal düzenin objektif geçerliliğini temellendirmektir (Kelsen, 1989: 202)."

Temel normun, ahlaki veya politik bir işlevi bulunmadığı için aynı zamanda objektiftir:

"Adalet normlarına değil ancak pozitif hukuk normlarına, belirli bir sosyal gerçeklik karşılık gelmektedir... Hukuki değer yarguları, olgularla objektif olarak test edilebilen yargulardır. Bir hukuk bilimi dâhilinde kabul edilebilir niteliktedirler (Kelsen, 1957: 227)."

"Bu nedenle temel norm özgür yaratıcılığın ürünü değildir. Gelişigüzel biçimde önceden varsayılmamıştır. Anayasayı yaratan bir yasanın ve ilgili anayasaya göre yapılan yasaların sübjektif anlamları objektif anlamlarıymış gibi yorumlandığında, farklı temel normlar arasında bir seçim imkanının bulunması, gelişigüzel biçimde önceden varsayılmamıştır (Kelsen, 1989: 201)."

Kelsen temel norm kavramının yardımıyla, özel bir hukuki normatiflik kavramına sahip ve değerden arınmış bir hukuk kuramı inşa ettiğini iddia etmektedir:

"Hukuk ile ahlaki, hukuk teorisi ile etiği ayırdetme kaziyesi şu anlama gelir: Pozitif hukukun bilimsel kavranışı açısından, hukuki düzenden farklı bir ahlaki düzenle gerekçelendirilmesi yersizdir. Çünkü hukuk biliminin görevi, kendi konusunu onaylamak veya onaylamamak değil, bilmek ve tanımlamaktır... Hukuk ile ahlaki, hukuk bilimi ile etiği ayırma kaziyesi, pozitif hukuk normlarının geçerliliğinin ahlaki düzenle uyumluluklarına bağlı olmadığı; pozitif hukuka yönelen bir kavranış açısından, hukuki bir normun ahlaki düzenle çelişkili olsa bile geçerli sayılabileceği anlamına gelir (Kelsen, 1989: 68)."

Hans Kelsen makaleleri, kitapları ve fikri tekâmülünde tesirinde olduğu pozitivist hukuk anlayışıyla hep saf bir hukuk arayışına yönelir. Bu arayışını temel norm düşüncesine de yansıtır ve varsayımsal bir nitelik atfettiği bu kavramın da tüm değerlerden arınmış bir yapıda olmasını arzular. Kelsen'in temel norma gelene kadar alt basamaklardaki normlar için pozitif bir nitelik aradığı gayet açıktır. Ancak pozitif karakterli normların son aşamasını teşkil eden anayasa için geçerlilik sayılabilecek bir üst norm arandığında oluşan çıkmaz temel norma

objektiflikten yoksun varsayımsal bir nitelik ön görülerek aşılmaya çalışılır. Ne yazık ki bu ilahi esintili yaklaşım Kelsen'in en fazla eleştiri aldığı noktalardan biri olur.

3.1.2. Doğal Hukukun Tek Alternatifi Olarak Temel Norm Yaklaşımı

Temel normun hukukun normatif karakterini açıklamadaki rolü ve Hans Kelsen'in bu normatifliği ele alış biçimi, O'nun doğal hukuk teorilerine getirdiği eleştiriyle yakından ilgilidir. Çünkü Kelsen kendi teorisini doğal hukukun alternatifi, hatta tek alternatifi olarak görmektedir. Öyle ki temel norma, doğal bir yasaymışçasına atıfta bulunmaktadır. Kelsen'in doğal hukuk eleştirisini ayrıntılarıyla incelemenin yeri burası değilse de, temel norm teorisini anlamak adına bazı görüşlerinin aydınlatılması gerekmektedir.

Hans Kelsen'in anlatımına göre doğal hukuk teorileri, akılla keşfedilebilen, mutlak ve objektif geçerliliğe sahip bir dizi normun var olduğunu iddia etmektedirler. Bu normlar, tamamen tarafsız biçimde, adil ve iyidir. Yaygın hukuk anlayışına göre pozitif hukukun geçerlilik kaynağı doğal hukuk olup, adil ve iyi olduğunu da onun bildirmesi gerekir. Nitekim doğal hukuka aykırı yasalar, mahkeme kararları vs. geçerli değildir, hatta hukuk bile değildir (Raz, 2013: 1177). Bu yaklaşım doğal hukuk yasalarına tüm hukuk kurallarının membaı olma misyonunu atfeder.

Kelsen, hukuk ile ilgili genel düşünceleriyle tutarlı biçimde doğal hukuk teorilerinin özel bir hukuki geçerlilik düşüncesini barındırmadığına işaret eder. Doğal hukuk teorisyenleri için tek geçerlilik kavramı, doğal hukuka göre geçerlilik yani ahlaki geçerliliktir. Doğal hukukçular bir kuralı, sadece ahlaken geçerli (adil) veya ahlaken geçersiz (yanlış vs.) olarak değerlendirebilirler. Onlara göre, bir kural hukuken geçerliyken, ahlaken yanlış olamaz. Eğer yanlış ve adaletsizse, zaten kabul ettikleri tek geçerlilik bakımından da geçersizdir (Kelsen, 1957: 144).

Kelsen'in ahlaki nitelendirmeye bu denli önem veren doğal hukuk teorilerini reddetmek için dört temel nedeni vardır. Bir kere bu teoriler nahoş bir **metafiziğe boğulmuştur**, ikinci olarak **kavramsal bakımdan karışıktır** ve dahi **ahlaki illüzyonlarla zenginleştirilmiştir**. Son olarakta **bilimsel değildirler**. En öz haliyle bu şekilde ifade edilebilen dört sebepten ötürü Kelsen doğal hukuk teorilerine mesafeli yaklaşır ve çalışmalarını pozitif hukuk çizgisinde sürdürür. Kelsen'in doğal hukuk teorilerini reddetmesindeki sebepleri sırasıyla irdelemek onun temel norm teorisini neden doğal hukuka tek alternatif olarak ifade ettiğini anlamaya yardımcı olacaktır.

İlk olarak doğal hukuk teorileri, Batı dünyasını Platon'dan beri altüst eden ikili metafiziği; insan eylem ve iradesinden bağımsız, bir tür objektifliğe sahip ve bütünüyle adil ve iyi yasaların bulunduğuna ilişkin ideal bir gerçekliği önceden varsaymaktadırlar (Kelsen, 1949: 419). Bu durum insan yapımı yasaların, düzenleme ve kararların kusurlu sosyal yapısıyla çelişen bir gerçeklik biçimidir. Zira bu yaklaşıma göre, insan yapımı yasalar kusurludur ve sahip oldukları her türlü gerçekliğin kaynağı, ideal gerçekliktir. Beşer yasaları, sadece ideal yasaları taklit etmekle geçerlilik kazanırlar (Raz, 2013: 1178).

Hans Kelsen metafiziğin bu türünü, İmmanuel Kant'ın eleştirel felsefesinin anti metafizik tarzını tercih ederek reddeder. Bahsi geçen metafizik ikiliği yadsımak, doğal hukuk teorilerini metafizik temellerinden yoksun bırakmaktadır.

İkinci olarak doğal hukuk teorileri kavramsal olarak karışıktır. Seküler ve dinsel olmak üzere iki türü vardır. Seküler teoriler, doğal yasaların kendi içlerinde rasyonel biçimde bağlayıcı ve apaçık olduğunu kabul etmektedir. Dinsel teoriler ise bu yasaları, insanlara doğayla ilgili rasyonel spekülasyonlar yoluyla vahyedilen tanrı buyrukları olarak görmektedir (Kelsen, 1957: 285). Kelsen'e göre her ikisi de, 'olması gereken'den 'olan'ı çıkarmak şeklinde formüleştiren doğalcılık yanılıgısına düşmüştür. Doğal olan her şey sadece bir olgu olabilir. Tanrının buyrukları da, ilahi niteliklerine rağmen olgudur ve olgulardan normlar çıkarılamaz. Doğalcılık yanılıgısından kaçınmak için, doğal hukuk teorisinin iki türünün de olgulara normatif nitelik kazandıran bir temel normu varsaydığı kabul edilmelidir (Kelsen, 1957: 141).

Seküler temel norm doğaya uyulması, dinsel temel norm ise tanrıya uyulması gerektiğini dikte eder (Kelsen, 1957: 260). Temel normların apaçık olduğu düşünülmelidir. Bunların, herhangi bir başka normdan çıkarılamadıkları ancak objektif bakımdan geçerli ve bağlayıcı oldukları söylenmektedir. Kelsen bu şekilde, doğal hukuk taraftarlarının sebep olduğu kavramsal karışıklığı düzeltmeye çalışmaktadır.

Üçüncü olarak doğal hukuk öğretisi subjektif menfaatlerin nesnelleştirilmesinden ötürü, tipik bir **illüzyondur** (Kelsen, 1957: 228). Hans Kelsen'in değerlendirmesine göre, doğal hukukun objektif geçerlilik iddiası, temel normlarının tartışmasız olduğu kabulüne dayanır. Kelsen bu tip iddiaların tümünü, illüzyon oldukları gerekçesiyle reddeder. Kendisi ahlaki bir rölativisttir. O'na göre hiçbir ahlaki tutum, objektif bakımdan kanıtlanıp savunulamaz ve sezgisel bakımdan doğru olan ahlaki inançlar yoktur (Kelsen, 1949: 221). Ahlaki görüşler kişisel tercih meselesidir. Doğal hukukçular, objektif geçerlilik iddiasında

bulunurken illüzyonlara sebep olmakta ve bunları farklı ideolojik amaçlarla kullanmaktadırlar. Doğal hukuk illüzyonları, muhafazakâr iyimserler tarafından sıklıkla mevcut hukuki ve politik kurumları haklılaştırmak için kullanılmaktadır. Bazen de aynı illüzyon, reform veya devrim yapmanın bir aracına dönüşmektedir (Kelsen, 1957: 297). Bu da doğal hukuk illüzyonlarının dönemin ve şartların gidişatına göre eğilip bükülen bir yapıda yorumlanmasına neden olmaktadır.

Kelsen'in rölativizmi, hukuku, ahlaki standartlara göre değerlendirme zorunluluğunu veya olasılığını imkânsız kılmamaktadır. Ancak her değerlendirmenin, sadece o sırada yararlanılan belirli bir ahlaki norma göre geçerli olduğunu iddia etmektedir. Söz konusu norm, kendi içinde objektif geçerlilikten yoksundur (Kelsen, 1949: 68). Sonuçta hukukun ahlaki eleştirisi veya gerekçelendirmesi, kişisel ya da politik kanı meselesidir. Objektif nitelikte bilimsel bir sorun değildir ve hukuk bilimiyle ilgisi bulunmamaktadır.

Son olarak Hans Kelsen, doğal hukuk teorilerini bilimsel olmamakla suçlarken, objektif bakımdan doğrulanamayacaklarını kast etmektedir. Kelsen'in bilimsel bir hukuk teorisi inşa etmek için duyduğu istek ve arzu, hukukun ahlakiliğine bir teori konusu olarak yer vermemesine neden olur. Kelsen'e göre bilimsel bir problem olarak hukuk problemi, ahlak problemi değil sosyal ve teknik bir problemdir (Kelsen, 1949: 45). Hukuk teorisi, insan davranışını kontrol etmek için özel tipteki bir sosyal teknikle ilgilenir ve mutlaka ilgilenmelidir. Doğal hukuk teorileri, hukuk olma özelliği taşıyan adil yasalar ile hukuka dâhil olmayan adaletsizlikleri ayırarak konuyu bulanıklaştırmaktadır. Bu nedenle Kelsen bazı normatif sistemlerin, aynı sosyal tekniğin kullanıldığı örnekleri olsa bile, hukukilik sıfatı taşımasını kabul etmemektedirler (Raz, 2013: 1180).

Kelsen'in doğal hukuk teorilerine getirdiği bu dört eleştirisi ve pozitivist yaklaşımı hukuk dünyasındaki fikirleri oldukça derinden sarsmıştır. Bu bağlamda kendisi, eserlerini ve fikirlerini mümkün olduğunca doğal hukuk teorisinden uzak şekilde kaleme almıştır. Kelsen eleştiriler getirdiği doğal hukuk teorilerinin yerine ise tek alternatif olarak temel norm kavramını öne sürmüştür. Zira Kelsen'e göre ancak bu yolla temel norm teorisi aracı kılınarak doğal hukukun yetersizliği giderilebilir.

3.1.3. Anayasaların Meşruiyetine Kelsen'in Bakış Açısı

Hans Kelsen pozitif hukuk metinlerinden müteşekkil merdivende en alt basamaktaki normlardan başlayarak anayasalara kadar uzanır. Bundan sonraki adımda anayasaların bir

adım ötesine geçmek gerekir. Zira her basamaktaki yasal metinlere geçerliliklerini sağlayan bir üst basamakta yer alan metinken son basamak olan anayasadan sonrası için bir açıklama yapılması zorunluluk arz eder. Bu anayasaya geçerlilik atfedecek olan ise temel normdur. Bu bağlamda önce bir hukuki metin olarak beşer yapımı anayasa kavramı tanımlanacak akabinde Hans Kelsen'in anayasalar ile temel norm arasında kurduğu ilişkiye meşruiyet ölçütü olması yönüyle değinilecektir. Ayrıca anayasaların temel yasa olması bakımından temel norm kavramı ile benzerlikleri de tartışılacaktır.

Anayasa olgusu ancak belirli bir toplum göz önünde tutulduğunda, söz konusu toplumun maddi ve manevi değerlerinin bütünü dikkate alındığında mahiyet ve niteliği bakımından kendine özgü bir konuma gelebilir. Anayasanın bir toplumsal uzlaşma, bir toplumsal sözleşme olarak kendini ifade edebilmesi ancak kendine özgü bir konum kazanmasıyla mümkündür. Bu da belirli bir toplumun varlığını şart koşar.

Batı düşünce ve siyaset tarihinin yeniçağlardaki geçirdiği evreler anayasa olgusu ölçeğinde değerlendirildiğinde bu gözlemin yapılması kaçınılmazdır. Son tahlilde varılacak sonuç, sözgelimi Fransız toplumu Fransız anayasalarının, İngiliz toplumu İngiliz anayasal metinlerinin, Amerikan toplumu da Amerikan anayasasının oluşumunu hazırlayan ortam olarak kavranabilir. Düşünce temelleri de bu toplumların 'olan' ve 'olması gereken'lerinin teorik dinamiklerine işaret ederler. Nitekim 18. ve 19. yüzyıl Toplum Sözleşmecilerinden İngiliz Hobbes ile Locke'un İngiliz anayasasına etkileri farklı, Fransız Rousseau'nun Fransız anayasasına etkisi farklı değer ve sonuçlarıyla yansiyacaktır.

Günümüze gelindiğinde ise hukuk doktrininde Anayasa kavramı maddî ve şeklî olmak üzere başlıca iki değişik anlamda tanımlanmaktadır. Maddî anlamda anayasa, devletin temel organlarının kuruluşunu ve işleyişini belirleyen hukuk kurallarının bütünü olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda bir kuralın anayasa kuralı olup olmadığına o kuralın içeriğine, neyi düzenlediğine bakılarak karar verilir (Gözler, 2004: 13). Bir kural, içerik itibarıyla devletin temel organlarının kuruluşuyla veya işleyişiyle ilgili ise o kural anayasal niteliktedir.

Şeklî anlamda anayasa, normlar hiyerarşisinde en üst sırayı işgal eden, kanunlardan farklı ve daha zor bir usulle konulup değiştirilebilen hukuk kurallarının bütünü olarak tanımlanmaktadır (Gözler, 2004: 13). Bu anlamda bir kuralın anayasa kuralı olup olmadığına, onun içeriğine bakılmaksızın, o kuralın hukuk sistematğinde bulunduğu yere ve yapılış veya değiştiriliş şekline bakılarak karar verilir.

Söz konusu tanımlardan şekli anlamda anayasa tanımı kendine daha fazla taraftar bulur. Çünkü devletin temel kuruluşuna ilişkin pek çok şey anayasalarda değil, kanunlarda düzenlenmiştir. Örneğin seçim sistemleri devletin temel organlarından biri olan yasama organının kuruluşuyla ilgili olduğundan maddî bakımından anayasal niteliktedir. Oysa birçok ülkede seçim sistemleri anayasayla değil, kanunla belirlenmiştir. Eğer maddî anlamda anayasa tanımı doğru olsaydı, seçim sistemlerini düzenleyen bu hükümleri de anayasa hükmü saymamız gerekirdi ki bu mümkün değildir.

Şekli tanımından hareketle Anayasa (constitution) kavramının çağrıştırdığı ilk izlenim, '**ilk ve temel yasa**' olması niteliğiyle özetlenebilir. Bu ilk izlenimden çıkartılacak anlam, elbette Anayasa kavramını ağıyarını mani, efradını cami konumda tanımlamaya yeterli olmaz. Ancak belirli bir tanıma gidebilmek bakımından bu izlenim, bir temel koymadan da bütünüyle uzak sayılmamalıdır.

Temel yasa olarak Anayasa'yı hukukun küllîliği içinde kavramak gerekir. Ayrıca anayasaya 'ilk' yasa olma özelliği ancak onun 'biricik' yasa gibi düşünülmesi ve öyle kabul edilmesi şartıyla mümkün kılınır.

Gerçekten Anayasa'nın sağlıklı bir tanımına ulaşmak için bizzat anayasa kavramının tazammum ettiği unsurlardan biri bahsedilen 'ilk ve temel' yasa olma özelliğidir. Buradaki ilk kelimesi, Anayasa Hukukçuları ve Siyaset Bilimcileri tarafından temel kelimesinin kapsamında kabul edilmiştir. Çoğunlukla da farklı olabileceği üzerinde pek düşünülmemiştir.

Anayasa'nın 'temel' yasa olarak yaygın bir anlama kavuşması ve tartışmanın bu çerçevede odaklaştırılması Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi'ndeki 'temel norm' görüşüyle yakın ilişkiindedir (Kelsen, 1989:198). Bir önceki bölümde belirtildiği üzere Yeni-Kantçı yaklaşıma sahip Kelsen, aslında Anayasa'yı da temellendiren bir 'temel yasa' kavramının mutlak ve saf hukuki olması gerektiğini, dolayısıyla hukukun kaynağının ahlak, din gibi başka değerlerden mutlak bağımsızlığını savunur. Bu bakımdan Kelsen'e göre, eski bir rejimi yıkıp yeni bir rejimi kuran irade ya da güç 'temel norm'u ve buna bağlı olarak 'temel yasa'yı, yani anayasayı da koymuş olur. Anayasa'nın bu bağlamda 'temel yasa' kabul edilmesi, hak ve hukuk kavramlarının özünde var olan maneviliği açıklamak şöyle dursun, hak ve hukuku siyasi güce bağımlı kılarak 'pozitive' etmekle eşanlamlıdır.

Gerçekten anayasanın ‘ilk ve temel’ yasa olarak kavranılması, devlet kurumu ve bu kurumun belirgin niteliği olan üstün otorite önceliğine ve özüne işaret eder. Başka bir deyişle anayasa kavramı, herhangi bir toplumdaki üstün otoritenin ortaya çıkışını, gelişimini, kullanımını, teşkilatlanmasını ve etkisini hukukileştirmede, daha açık ifadeyle meşrulaştırmada ilk ve temel yasa olma mahiyeti taşır. Bu açıdan bakıldığında Anayasa kavramı hukukun küllîliği içinde varlık kazanmakla birlikte, doğrudan toplumla ilgisi dikkate alındığında toplumun oluşumunda dahli ve tesiri olan neredeyse bütün unsurlarla varlığını canlandırıp sürdürebilmektedir. Nitekim hukuk bilimi içinde Anayasa Hukuku aynı zamanda Siyaset Bilimi ile birlikte düşünülen, onun şart ve imkânlarını dikkate alan bir disiplin olarak tanımlanır. Denebilir ki, Anayasa Hukuku ile Siyaset Bilimi mahiyetleri bakımından aynı konumda söz söylemek durumundadırlar. Anayasa Hukuku alanında hâlâ aşılmamış bir ‘otorite’ mevkiinde bulunan Ali Fuad Başgil’in şu ifadeleri bu bakımdan önemlidir:

“Bu bakımdan Teşkilat Hukuku (Anayasa Hukuku) bir devletin siyasi rejimini, yani merkezi organ ve müesseseleriyle bunlardan her birinin teşekkülünü, işlemlerini, vazife ve yetkilerini (görev ve yetkilerini) ve vatandaşlarla münasebet tarzlarını gösteren ve vatandaşların hak ve hürriyetlerini (temel hak ve özgürlüklerini) tayin eden kaide ve prensiplerin (kural ve ilkelerin) mecmuudur (bütünüdür) (Başgil, 1960: 50).”

Başgil’in ifadelerinin ve hukuk çalışanlarının genel kabulünün aksine hukukun gerek siyaset bilimi gerekse de diğer sosyal bilimlerle olan bağıyla ilgilenmeksizin Kelsen, pozitivist bir anlayışla hukukun olanla değil olması gerekenle ilgilenmesi gerektiğini belirtir. O’nun için öncelikli sorun, hukukun meşruiyeti sorunudur. Hukukun geçerli ve etkin olabilmesi için öncelikle yetkili organlar tarafından konulmuş olması gerekir. Unutmamak gerekir ki normlar hiyerarşisini, pozitivist anlayış içine yerleştiren Kelsen’dir. Yukarıya doğru piramit şeklinde daralan bu hiyerarşi, pozitivist anlayışın hukuk devleti ölçüsüdür. Buna göre eylemsel anlamdaki hukuki işlemler, tüzükler ve yönetmeliklerden başlayarak anayasaya kadar uzanan üst norma uygunsuz ya da meşru ise burada bir hukuk devletinden bahsedilebilir.

Hans Kelsen, öngördüğü normlar hiyerarşisi sisteminde, her normun kendinden üstte yer alan norma uygun olduğu ölçüde geçerli olacağını öngörmektedir. Bu ilkenin genel bir sonucu olarak yasalar, tüzükler ve yönetmelikler gibi normların geçerliliği ancak üst norm olan anayasaya uygun olmaları halinde mümkün olabilmektedir. Kelsen sisteminde, geçerlilik güvencesi olarak adlandırılan kanunların anayasaya uygunluğunun fiilen gerçekleştirilebilmesi amacıyla, ayrıca bir hukuk sistemi de öngörmektedir. Aksi halde, normlar piramidinin ayakta kalamayacağını düşünen Kelsen, bu amaçla anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirecek olanın ise Amerikan Modeli’nin aksine, yaygın ve merkezileşmiş

bir anayasa adaleti sistemi değil, **uzmanlaşmış tek bir yüksek yargı organı** olması gerektiğini savunmuştur (Kaboğlu, 2007: 16).

Avrupa'da Hans Kelsen'in teorisine uygun olarak, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen tek yetkili yüksek mahkeme modeli ilk olarak, 1920 yılında Çekoslovakya'da kurulmuştur. Bunu takiben yine 1920 yılında, Kelsen'in kendi ülkesi olan Avusturya'da, 1931 yılında İspanya'da, 1937 yılında İrlanda'da anayasal denetim yetkisine sahip yüksek mahkemeler farklı adlar altında kurulmuştur. İkinci Dünya Savaşı'nın atlatılmasıyla, 1948 yılında İtalya'da, 1949 yılında Federal Almanya Cumhuriyeti'nde, 1958 yılında Fransa'da, 1960 yılında Kıbrıs'ta, 1961 yılında Türkiye'de, 1964 yılında Malta'da, 1978 yılında İspanya'da, 1982 yılında Portekiz'de ve 1983 yılında Belçika'da Avrupa Modeli/Tekelci Denetim Modeli benimsenmiştir (Kaboğlu, 2007: 19).

Avrupa Modeli anayasa yargısı sistemi, yaygın denetimden farklı olarak mahkemelerin uygulamalarından değil, Hans Kelsen'in normlar hiyerarşisi sisteminden doğmuştur. Avrupa modeli, anayasaya uygunluk denetimi yetkisini tüm hâkimlere değil anayasa uyuşmazlıkları konusunda uzmanlaşmış, tek bir yüksek yargı organına tanımaktadır. Bu nedenle Avrupa Modeline tekelci denetim de denilmektedir (Güveyi, 2012: 137). Hans Kelsen, söz konusu sistemi benimserken diğer yandan Amerikan Modeli olarak adlandırılan yaygın denetimi uzmanlaşmamış ve merkezileşmemiş olmakla eleştirir.

Kelsen'e göre, merkezileşmiş, tekelci ve uzman bir denetim makamıyla yapılacak anayasaya uygunluk denetimi, çok daha iyi bir sonuç verebilecek, anayasaya aykırı normlar çok daha etkili bir biçimde hukuk sisteminden ayıklanabilecektir. Tekelci denetimi yaygın denetimden ayıran bir diğer özelliği ise, yaygın denetimin aksine, tekelci denetimde somut uyuşmazlık dışında da harekete geçirilebilir bir denetim mekanizmasının varlığıdır (Güveyi, 2012: 137). Bu niteliğiyle, çok daha etkin ve genel bağlayıcılığı olan kararlar verme yetkisine sahip uzman bir yargı merciince gerçekleştirilen denetim, çok daha etkili bir hal almaktadır.

Anayasaların denetimine ilişkin öncü fikirlerinden başka Kelsen, genel pozitivist anlayıştan farklı olarak yasa koyucu otoritenin meşruiyetinin önemine vurgu yapmaktadır. Genel pozitivist anlayışa uygun olarak; devletin her fiilinin meşru bir eylem olduğunu düşünüyor olmasına karşın Kelsen'in devlet kavrayışı, normları temel alan ve normatif sistem temelinde yürüyen bir devlet kavrayışıdır. Hans Kelsen, otoritenin belirlediği hukuktan ziyade hukukun belirlediği otoriteye daha yatkındır. Kelsen, bir nevi güce bürünmüş normlardan

bahsetmektedir. Bu normların başında anayasalar ya da temel norm gelmektedir (Çetinkaya, 2009: 14).

Hans Kelsen bu noktada temel norm, bir yükümlülük duygusuna, toplumsal yarara karşı duyulan ve salt hukuksal normlara bağıllığı aşan bir saygıyı ifade eder (Gürbüz, 2004: 42). Kelsen bireyin bütünüyle devlete ait olmadığını ancak belirli şartlar altında devlete tabi olduğunu düşünür. Fakat O doğal hukuk kaynaklı bireysel özgürlükleri savunmamaktadır (Bezci, 2007: 6)

Anayasa koyucu otorite barışçıl bir niteliğe sahipse anayasa, meşruiyetini Ahde Vefa yani Pacta Sund Servanda ilkesinden alır. İçi doğal hukukun ilkeleri, ahlak ve toplumsal gerçeklikle doldurulabilecek bu ilke, anayasaya meşruiyet kazandıran ‘grandnorm’dur. Grandnorm, pozitif bir norm olmamakla yani hukuk olmamakla birlikte Kelsen için ‘**Hukuk Ötesi**’dir (Öktem, 1991: 269). Anayasa koyucu otoritenin barışçıl olmaması yani baskıcı ve zorba olması durumunda Kelsen, otoritenin meşruiyetinden bahsedilemeyeceğini dile getirir (Kelsen, 1949: 266). Buna karşın anayasaya meşruiyetini kazandıran; yukarıda ifade edilen hukuksal normlara salt bağıllığı aşan saygı boyutuyla yine temel normdur (grandnormdur). Fakat bu halde ortada otoriter bir grandnorm vardır ve Kelsen için bu tür bir grandnorm hiç de tercih edilir nitelikte değildir. Kelsen’in grandnorma ilişkin bu açıklamalarından grandnormun, ilk yasa koyucu iktidarın ya da kurucu gücün iradesi olduğu yolunda bir yorum da yapılabilir (Çetinkaya, 2009: 14).

En nihayetinde Kelsen için anayasaların meşruiyetine giden yolda yasa koyucu güç önem kazanmakta ancak tüm unsurlar son raddede temel norm kavramına çıkmaktadır. Ayrıca Kelsen tarafından tercih edilen anayasal denetim mekanizması olarak Anayasa Mahkemesi anayasaların meşruluğu noktasında hayati bir rol oynar.

Sonuç olarak bir anayasanın geçerli olması için ne lazım sorusuna temel norm şeklinde cevap verir Kelsen, anayasanın üzerinde temel norm olduğunu belirtir ve en çok eleştirilen görüşü de budur. Zira kuramın merkezine koyduğu temel normu sadece bir varsayım olarak açıklar, bunun ötesinde aydınlatmaz. Kelsen’in tek bir varsayım üzerine hukuk fikri inşa etmesi ilerleyen dönemlerde hukuk teorisyenleri tarafından kıyasıya eleştirilir.

3.1. Normlar Hiyerarşisi Yaklaşımı

Hans Kelsen saf hukuk teorisinde hukuk sistemlerinin geçerliliğini dayandırabileceğimiz bir temel normdan söz ederek, hukuku bir normlar hiyerarşisinden

ibaret sayar. O'nun fikrine göre normlar hiyerarşisi sisteminin çekirdeğini oluşturan 'norm' denen kavram asla 'olgudan' çıkarılamaz. Bir norm ancak bir başka normdan çıkarılabilir. Bu nedenle, yargının ya da idari bir işlemin geçerliliğinin nedeni aslında kararın bir yargıç tarafından verilmiş olması ya da işlemin bir idareci tarafından yapılmış olması değil, yargıcı kararlar vermeye, idareciyi işlemler gerçekleştirmeye yetkili kılan bir yasanın yani normun varlığıdır.

Norm; sosyoloji, mantık, matematik, hukuk, felsefe disiplinleri ile bu disiplinlerin türevi olan alt disiplinlerde kullanım ve anlam alanı olan bir kavramdır. Fransızca kökenli (Fra. norme) olan ve Türk Dil Kurumu Sözlüğünde 'Kural olarak benimsenmiş, yerleşmiş ilke veya kanuna uygun durum, düzgü' olarak ifade edilen kavram, sosyoloji sözlüğünde (Ülgen, 1969: 215) 'kural, kanun, kaide' olarak aktarılmaktadır. Kavramın hukuk sözlüğünde (Şafak, 2002: 415) 'kural, ölçü, kaide; bir hususta geliştirilen standartlar, kurallar', felsefe ansiklopedisinde (Hançerlioğlu, 1993: 274) ise kavramın 'belli bir kurala uygun olan' anlamına geldiği söylenmektedir.

Normlar, sosyal bilimlerdeki kullanımında, temel olarak, önceden tayin edilmiş ve uyulması beklenen özelliklerdir. Kişilerden ve gruplardan beklenen eylem biçimleridir. Belirli koşullar içinde bireylerin neleri yapabileceklerini ya da neleri yapamayacaklarını gösterirler. Normlar, ödüllendirme ya da cezalandırma yoluyla dışarıdan dayatılabileceği gibi bireyler tarafından içselleştirilmiş de olabilir; yani birey normu benimser.

Normları esas alan ve onlardan müteşekkil normatif çalışmalar ise sosyo-politik olay ve olgular üzerine eğilirken; özgürlük, adalet, insan hakları, eşitlik, savaş ve barışın etiği gibi normatif ve değer yüklü kavramlarla açıklama yapmaya yönelmektedirler.

Normatif kuramın önermeleri; pozitivist bilim anlayışı ve ampirist teorilerin gözlemlenebilir, test edilebilir ve sınanabilir olguları üzerine değil; 'ne olmalı-ne yapmalı'nın değerler, etikler ve moraller dünyası temelinde oluşturulmaktadır. Bu çerçevede normatif teori, birey ve toplum yaşamında 'iyi', 'doğru' ve 'güzel'in keşfine ilişkin moral varsayımlar ortaya koymaktadır (Dağı, 2004: 12).

Dolayısıyla bireyler, devletler ve uluslararası sistemlerle ilgilenen normatif kuram; davranış, yükümlülük, sorumluluk, hak ve ödev standartları ile ilintili meselelere odaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle normatif teori dünya siyasetindeki normlar, kurallar, standartlar ve değerler üzerinde yoğunlaşır (Evans, 2007: 19).

Normatif teorinin bugünkü anlamda temellerini atan Hans Kelsen'e göre, norm her şeyden önce insan davranışının düzenlenmesidir (Kelsen, 1989: 43) Diğer bir ifadeyle, insan davranışlarını yönlendirmeyi hedeflemeyen bir kural normatif niteliğe sahip olamaz (Kelsen, 1989: 43). Bu sadece medeni toplumlar için doğrudur gibi görünmektedir. Kelsen'in belirttiği gibi ilkel toplumlarda hukuk düzeni insan davranışlarını düzenlediği gibi, hayvanların, bitkilerin ve hatta cansız nesnelere davranışlarını da düzenler (Kelsen, 1989: 115). İşte bu şekilde Kitab-ı Mukaddes'te insan öldüren öküzün ceza niteliğinde ölüme mahkûm edileceği yolundaki şu kural konulmuştur:

"Ve eğer, bir öküz bir erkeği yahut bir kadını süserse, ve o ölürse, öküz mutlaka taşlanacak, ve onun eti yenilmeyecektir (1981: 75)"

Buna karşın modern hukuk düzenleri sadece insan davranışlarını düzenlemekle yetinir. Ne var ki bu, insanların hayvanlara karşı, insanların çevreye karşı, insanların tarihi eserlere karşı, insanların bitkilere karşı davranışlarının düzenlenemeyeceği anlamına gelmez. Bir hukuk düzeni hayvanlara kötü muamele yapılmasını, şu ya da bu tip hayvanların öldürülmesini, keza çevreye zarar verilmesini, belirli tip ağaçların kesilmesini yasaklayabilir. Böyle hükümlerle hayvanlar veya cansız nesnelere korunur. Ama bu tip normların düzenlediği şey yine insan davranışlarıdır.

Örneğin, Türk Ceza Kanununun 577'nci maddesine göre,

"bir kimse hayvanlara karşı insafsızca hareket eder veya lüzumsuz yere döver veya lüzumsuz yere yaralar veya aşikar surette haddinden fazla yorulacak derecede zorlarsa ... liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olur".

Hiç şüphesiz söz konusu hüküm, her ne kadar hayvanların korunmasını amaçlasa da, düzenlediği konu hayvanlar değil, insanların hayvanlara karşı olan davranışlarıdır.

Şunu belirtmek gerekir ki, hukuk normunun konusu insanın kendisi değil, belirli bir davranıştır. Genelde hukuk ve ahlâk normlarının muhatabının insan olduğu kabul edilir. Bu kabul, normun konusunun bir insan olduğu anlamına değil normun emrettiği davranışın bir insan davranışı olduğu anlamına gelir. Bir norma aykırı olan şey insan değil, insanın davranışlarıdır. Norma uyulması veya normun ihlâli iyi veya kötü olarak nitelenirse, bu nitelik bir insanın niteliği değil, bir insan davranışının niteliğidir.

Hukuk normlarının düzenlediği insan davranışı, olumlu bir eylem veya bir şeyi yapmaktan çekinme niteliğinde olumsuz bir eylem olabilir. Belirli bir davranışı emreden bir norm, o davranıştan kaçınmayı yasaklar. Belirli bir davranıştan kaçınmayı emreden bir norm

ise bu davranışı gerçekleştirmeyi yasaklar. ‘Hırsızlık yapma’ ve ‘hırsızlık yapmaktan uzak dur’ arasında bu tür bir ilişki vardır. Bu durum bir davranışın yasaklanması, ondan çekinilmesi emridir. Bir davranışın emredilmesi ise ondan kaçınılmasının yasaklanması anlamına gelir.

Kelsen, hukuk kuralının esas olarak normatif olma özelliğine dikkat çeker. Ancak buradaki normatifik bir değer yargısı ifade etme anlamında değildir, belirli bir davranışı emretme veya yasaklama anlamındadır (Güriz, 2003: 338). Kelsen hukukun bir legal normlar sistemi olduğunu söylerken, legal normların içerikleriyle meşruiyet kazanmadıklarını, bir normun yalnızca belli usulde ve belli bir kuraldan neşet etmekle özel bir biçimde legal norm niteliğine kavuştuğunu belirtir (Yücel, 2003: 72). Dolayısıyla hukuk normunun meşruluk kazanmasının ilk şartının belli bir davranış hakkında bir emir veya yasak içermesi olduğunu, bu normun da ‘temel norm’a uygun olması gerektiğini söylemektedir. Yani bir hukuk normunun yürürlüğü, kendisinin daha üstün bir norma biçimsel yönden uygun olarak çıkarılmış olmasından doğar (Yücel, 2003: 73). İşte kademeli bir biçimde ileri doğru gidilerek ulaşılan en üstün norm da temel normdur.

Böylelikle bir işlemin normatifik niteliği kazanabilmesi için her şeyden önce beşerî bir davranışı düzenlemesi gerektiği görülür. O halde yetkili organca usulüne uygun olarak konulmuş bir metinde bulunan her şey bazen bir norm olmayabilir. Zira yetkili organın koyduğu önerme hiçbir şekilde bir beşerî davranışı düzenlemiyor olabilir. Bu anlamda Kelsen, hukuken ‘anlamsız (irrelevant)’ işlemlerden bahsetmektedir (Kelsen, 1989: 71). Buna göre, örneğin belirli bir dinî veya siyasî teoriyi veya hukukun Tanrı’dan geldiğini, kanunun adil olduğunu, halkın çıkarına hizmet ettiğini ifade eden bir kanun, her ne kadar anayasaya uygun olarak kabul edilmiş olursa olsun bir norm özelliği gösteren muhtevaya sahip değildir ve bu nedenle hukuken anlamsızdır (irrelevant), hiçbir şekilde normatif nitelikte değildir, dolayısıyla geçersizdir (Gözler, 1999: 36).

Kelsen’in belirttiği gibi, bir normun geçerliliğinden bahsedebilmek için her şeyden önce bu norma aykırı davranış imkânının mevcut olması gerekir.

“Bir doğa yasası gereği önceden gerçekleşeceği bilinen bir olgunun olmasını emreden bir norm, bir doğa yasası gereği gerçekleşmesi imkânsız olan bir şeyi emreden norm kadar anlamsızdır (Kelsen, 1989: 154).”

Norm kavramına ve bu kavramın Kelsen için taşıdığı anlama dair bu teorik açıklamalar yapıldıktan sonra Hans Kelsen’in saf hukuk sisteminde norm kavramı ve normlar hiyerarşisinin taşıdığı değer daha açık bir şekilde kavranabilir. Kelsen’in hukuk sisteminde

hukuku dünyevileştirmek veya toplum yaşayışı ile uyumlu duruma getirmek gibi bir endişe söz konusu değildir. Hukuk ile devletin özdeşliğini savunan Kelsen'e göre hukuk, devletin çıkardığı yasalar veya diğer hukuk metinlerinden oluşur. Bu nedenle Kelsen hukuku kullandığı bilimsel yöntemi ile bütün toplumsal, politik ve ideolojik unsurlardan soyutlamaya çalışır (Çeçen, 2003: 157). Dolayısıyla Kelsen'in anlayışında adalet, özgürlük, eşitlik gibi kavramlara yer yoktur. Nitekim onun anlayışına göre, hukuk normu hiçbir ahlaki değer taşımayan bir baskı normudur (Çeçen, 2003: 158).

Kelsen'in ahlaki değerlerden uzak hukuk düzeni hiyerarşik bir normlar sistemidir. En alt düzeyde hukuk uygulayan organların, özellikle mahkemelerin çıkardığı normlar bulunmaktadır. Bu ferdi normlar kanunlara dayanır. Kanunlar, kanun koyucu tarafından çıkarılan genel normlardır. Hukuk düzeninde bundan sonraki yeri ise örf ve adet hukuku alır. Kanunlar ve örf ve adet kuralları da anayasaya dayanır. Anayasanın pozitif normlar sisteminde en yüksek yere sahip olduğu varsayılır.

Daha alt düzeydeki normlar kendi yürürlüklerini daha üst düzeydeki normlardan alırlar. Eğer devletler hukukunu normlar hiyerarşisinde milli hukukun üstünde saymazsak, milli hukuk düzeninde anayasa en yüksek düzeyi temsil eder (Güriz, 2003: 340).

Bu yaklaşıma göre bir normun geçerliliğinin ya da hukuksallığının kaynağı, hiyerarşik olarak üstte yer alan bir başka norm; o normun geçerliliğinin ya da hukuksallığının kaynağı ise yine onun üstünde yer alan bir başka normdur. Böylece hukuksal düzen, doğal hukukun hukuk alanı dışındaki değerleriyle veya iradeci pozitivizmin yine hukuk alanı dışındaki egemeninin iradesiyle değil, yalnızca kendi sınırları içerisinde hukuksallık kazanmaktadır.

Bu noktada Kelsen'in entelektüel kimliğinde olan ve neredeyse yaşamı boyunca mücadelesini verdiği değerlerden arınmış saf hukuk arayışını saf hukuk teorisi bağlamında normlar hiyerarşisi sisteminde de uygulamaya çalıştığı görülür.

Hans Kelsen, hukuka yine kendi içinden yorum getiren saf hukuk anlayışıyla uyumlu şekilde kanun koyma ve hukukun yaratılması kavramlarını ayrı kabul eden teoriye karşı çıkmış, hukukun yaratılması ile hukukun uygulanması arasında ayırım olmadığını savunmuştur. O'na göre, hukuk normlardan oluşmuş bir düzendir (Gözler, 2009: 191), hukuki fiiller hem hukukun uygulanması hem de hukukun yaratılması fiilleridir. Bu hukuki fiillerin her biri ile daha yüksek kademedeki norm uygulanır ve daha aşağı kademedeki bir norm meydana gelir. Böylece anayasanın korunması temel normun uygulanması olarak, kanun koyma anayasanın uygulanması olarak, bireysel normlar aracılığı ile konulan mahkeme kararı

ve idari fiiller kanununun yürütülmesi olarak, zorlama fiilinin gerçekleşmesi ise idari buyruk ve mahkeme kararlarının uygulanması olarak görünür (Aral, 1978: 50). Yani hukuk sonuca bakar ki bu sonuç bir anayasa metnidir (Hirş, 2001: 96).

Kelsen yine birlik ilkesi paralelindeki düşünceleriyle hukukun görünüm biçimlerinin, hukukun kademeli yapısı teorisi aracılığıyla birleştirilmesi görüşündedir. O, hukuk düzeninin birliğini sağlamak amacıyla, soyut normlarla birlikte bireysel ve somut hukuki fiilleri de hukuk olarak kavramaktadır. Böylece bütün bunların hepsini temel kategori olan hukuk kavramına indirgemiş, bütün bu kavramlardaki nitelik ayırımlarını da ortadan kaldırmıştır. Bu sayede kanun, yargısal ve icrai fiil ve kararlar, bireylerin irade beyanları ile vücuda getirdikleri hukuki işlemler aralarında herhangi bir nitelik ayırımı olmaksızın hukuk olarak görünmektedir (Aral, 1978: 51).

Hukuk sistemlerinde birliği sağlayan normlar hiyerarşisinde basamaklar arasında bağlantı kuran ve yapının tümüne bütünlük sağlayan iki unsuru Kelsen **etkinlik** ve **geçerlilik** olarak izah eder. Bu iki kavram Hans Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisinde yer alan en temel hususlardan ikisidir. Zira Kelsen'in tüm hukuk çalışmaları gibi Saf Hukuk Teorisi'nde de bu iki kavramın nüfuzuna şahitlik edilir. Ancak etkinlik ve geçerlilik niteliklerine sahip bütünlüklü bir normlar hiyerarşisi sistemi kendinden beklenen işlevi sağlayabilir.

Genel manada hukuk teorileri açısından etkinlik belirli bir dönemde, belirli ülkede yürürlükte olan ve uygulama yeteneği bulunan hukuk kuralının gücüdür. Etkinlik ilkesi hukuk düzeninin bütünü bakımından söz konusu olur. Tek başına bir normun etkinliği önem taşımaz. Ancak bir norm sürekli olarak uygulanmamak suretiyle etkisiz kalıyorsa, bu normun uygulanmamaktan dolayı etkinliğini kaybettiğinden söz edilir (Işıқтаç, 2004: 284).

Etkinlik ilkesinin en açık uygulaması devrim durumlarında görülür. Bir hukuki sistemin kökten değişimi olarak bir anayasanın diğeri ile yer değiştirmesinde asıl olan 'kuvvettir'. Hukuksal açıdan eski anayasayı yürürlükten kaldıran faktör bu anayasanın fiilen gücünü kaybetmesidir. Yeni anayasa da ancak etkinlik kazandığı zaman yürürlükte sayılır (Işıқтаç, 2004: 284). Hans Kelsen'in bir normun etkililiğini ne şekilde anlamlandırdığı ise genel anlamda hukuk teorileri açısından kabul gören etkinlik anlayışıyla benzerlik gösterir.

Normlar hiyerarşisi teorisi çerçevesinde etkinlik en bilinen haliyle iki şekilde ortaya çıkar; Kelsen açısından asıl önemli olan birinci anlamıyla; bütün bir hukuk sisteminin etkili

olmasıdır. Bunun anlamı bir ülke sınırları içindeki halka tek bir hukuk sisteminin uygulanması, birbirini inkâr eden rakip hukuk sistemlerinin bulunmamasıdır.

Etkinliğin ikinci anlamı ise tek bir hukuk düzeninin örneğin; bir yasanın sürekli uygulanmasıdır. Bazı yasalar yürürlükte oldukları halde uygulanmayabilirler. Misalen Türk Parasının Korunması Kanunu dövizle sözleşme yapılmasını yasaklıyor ancak uygulanmamaktadır. Söz konusu durumda etkinlik sağlanamıyor denilir.

Hans Kelsen'e göre, belirli bir insan davranışını bir müeyyide sonucuna bağlayan, yani böylece söz konusu insan davranışını bir suç haline getiren bir norm, eğer hukuk düzeninin organları tarafından, özellikle de mahkemeler tarafından, somut durumlarda uygulanırsa, o normun öngördüğü müeyyideye hükmedilir. Bu müeyyide icra edilirse veya normun muhatapları kendiliğinden bu norma uyarlırsa, yani muhataplar müeyyidenin uygulanmasını gerektirmeyen davranışları kendiliklerinden gösterirlerse o norm etkilidir (Kelsen, 1989: 15). Anlaşıldığı üzere Kelsen'e göre bir norm ya o normun muhatapları tarafından kendiliğinden uyulduğunda veyahut uyulmadığı durumda resmi makamlarca müeyyide uygulandığı takdirde etkilidir.

Normlar hiyerarşisi teorisinde etkinliği sağlama kaygısı güden Kelsen aynı zamanda hukuku kanunlaştırma gayesi de güder ve çalışmalarını bu yönde sürdürür. Ancak unutmamak gerekir ki Hans Kelsen'in fikir atlasının merkezinde yer alan kavramlardan biri olan etkinlik kavramı **sosyolojik** bir kavramdır. Kelsen her ne kadar hukuku diğer tüm bilim dallarından ayırıştırma gayesi gütsede sosyolojik bir kavramı hukuk sisteminin merkezine alarak aslında niyetlendiği saf hukuk elde etme gayesinin uzaklığını kendisi gözler önüne serer.

Normlar hiyerarşisinde alt-üst kademe normlar bakımından uygulama uyumu sağlayan ikinci yaklaşım olarak geçerlilik konusunda ise Kelsen, her hukuk kuralının hiyerarşik bir yapı içinde yer aldığı iddia eder. Bu kademeli yapıda kuralın kaynağı kendisinden yukarıda yer alan kuraldır. Örneğin; tüzüğün kaynağı kanundur ve ona geçerlilik sağlayan üst norma uygunluğudur. Bir hukuk kuralının belli bir ahlak anlayışına göre doğru veya yanlış olması Kelsen açısından bir anlam ifade etmez.

Hans Kelsen'in hukuk düzeni ve normlar hiyerarşisi teorisinde normlar geçerliliklerini bir üstte yer alan normdan almakta, bir silsile halinde ilerleyen bu düzenin tepe noktasında 'temel norm' yer almaktadır. Temel normun hemen altında anayasa, yasa, tüzük ve yönetmelik şeklinde soyuttan somuta doğru giden düzenlemeler bulunur. Dolayısıyla bir

hukuk düzeninin top yekûn geçerliliğini sağlayan bütün normların dayanağını oluşturan üst norm olarak temel normdur.

Sonuç olarak Kelsen'e göre, bir normun ait olduğu hukuk düzeninin etkililiğinin, o normun geçerliliğinin koşulu olduğu söylenebilir. Bununla beraber hukuku saflaştırma ideali ile ortaya koyduğu normlar hiyerarşisi teorisi tutarlı yaklaşımı ile bugün dahi neredeyse tüm hukuk sistemlerinde doğrudan uygulama alanı bulmaktadır.

3.3. Politika ve Hukuk İlişisine Kelsen'in Getirdiği Yorum

Hukuk ve politika... Yerine göre oldukça çetrefilli yerine göre subjektif niteliği ağır basan ama sosyal bilimlerde her zaman en çok ilgi gören kavramlardan ikisi.

Hukuk ile politika arasındaki bağ irdelenirken genel kabul gören anlayış, hukukun, siyasi iktidarcı belirlenmiş ve yaptırıma bağlanmış kurallar bütünü olduğudur. Dolayısıyla kast edilen, pozitif hukuktur. Politika tanımı ise, siyasi iktidar kavramı ekseninde düşünülmelidir. Bu çerçevedeki bir politika tanımı oldukça soyuttur. İşte, politikanın bu soyut, durağan hali somutlaşacak, eyleme geçecek olursa orada hukukun devreye girdiğinden söz edilebilir. Yine, belirtmek gerekir ki, modern ve gerçek politika daha çok özgürlük fikri üzerinden kendini meşrulaştırır. Ancak, özgürlük fikrinin yanında yer alan ve politikanın dayandığı bir başka esas da hukuk düşüncesidir (Okurer, 1969: 64).

Hukuk ile politikanın ortak yönü, her ikisinin de birer irade ürünü olmasıdır. Bu çoğu zaman milletin iradesi olarak ifade bulmakla birlikte, aslında iktidarı elinde bulundurmanın iradesi ile ortaya çıktığı düşüncesi de geniş kitlelerce ifade edilir (Halatçı, 2007: 112). Söz konusu irade kimi siyasal sistemlerde halk aracılığıyla doğrudan kullanılmakta kimisinde ise temsilciler aracılığı ile dolaylı olarak kendini göstermektedir.

19. yüzyıl boyunca gelişen ve 20. yüzyıl başlarında da yaygın olarak kabul gören genel bir felsefe olarak pozitivizmin objektif değer yargularından arındırılmış saf bilim anlayışına yüklediği değer hukuk teorisi alanındaki bir izdüşümü gibi görünen Kelsen'in saf hukuk teorisi dönemin Alman hukuk ve devlet düşüncesinin çeşitli temsilcileri tarafından eleştirilmiştir. Bu eleştiriler ağırlıklı olarak hukuk ve politika noktasında Kelsen'in getirdiği yorumla ilgilidir. Bunların en önemlilerinden biri, bugün de görüşlerine yaygın olarak müracaat edilmekte olan Carl Schmitt'in getirdiği eleştiridir.

Hans Kelsen ile aynı dönemde yaşamış olan Alman politika ve hukuk teorisyeni Schmitt'in hukukî pozitivizme ve bununla birleşik bir biçimde liberal modele yönelttiği

eleştirinin özünde, Kelsen'in hukuku izah edişindeki bir tıkanma önemli bir yer tutar. Bununla birlikte bu iki deha filozof hukuk ve politikaya çok farklı yorumlar getirmiş, Kelsen'in politika ve hukuk ilişkisi noktasında geliştirdiği teori Carl Schmitt tarafından kıyasıya eleştirilmiştir.

Hukuk düzenini bir hiyerarşik normlar sistemi olarak gördüğü aktarılan Kelsen'e göre, her norm geçerliliğini (validity) kendisine kaynaklık eden bir üst normdan almakta, böylece hukuk normları, örneğin yönetmelik-kanun-anayasa gibi somuttan soyuta doğru sıralanmaktadır. Burada tıkanıklık, kanunların kaynağını oluşturan anayasanın geçerliliğini hangi normdan aldığı sorusunda yatmaktadır ki, hukuku salt hukuk içinde kalarak açıklamak isteyen Kelsen, söz konusu tıkanmayı bir varsayım diye belirttiği temel normla aşmaya çalışır. Buna göre kanunlar geçerliliklerini anayasadan, anayasalar da temel normdan almaktadırlar. Temel norm ise, zorunlu olarak, bir varsayım niteliğindedir ve bu izah bilhassa dönemim siyaset filozoflarınca doyurucu olmaktan uzak bulunur.

Carl Schmitt'in eleştirisi bu noktada anlam kazanmaktadır zira Schmitt'e göre bir hukuk düzenini, sadece o hukuk düzeni içinde kalarak, yani saf hukuk halinde izah etmek mümkün değildir çünkü her hukuk düzenini önceleyen bir **politik karar** daha doğrusu neyin norm (kural), neyin norm-dışı (istisnâ), neyin normal, neyin kritik olduğuna dâir bir karar söz konusudur ve böyle bir karar yahut bu kararı verme gücüne sahip olduğu için böyle adlandırılan egemen olmadan herhangi bir hukuk düzeninin ve bu anlamda da devletin mevcudiyeti söz konusu olamaz.

Schmitt'in vatandaşı olduğu Almanya'da hukuk politikanın içinde eritilmiştir. Kelsen'in vatandaşı olduğu Avusturya'da ise devletin bizatihi hukuk olması gerektiği hâkim görüştür. Carl Schmitt, devlet olmanın en belirleyici özelliği olarak olağanüstü hal ilan edebilme kapasitesini görür. Kelsen ise hukukun devlet olması gerektiğini savunur. İkisinin görüşleri taban tabana zıttır. Schmitt nasyonal sosyalizme yakınlığı nedeniyle kötü bir şöhrete sahip olsa da iyi bir anayasa hukukçusudur. Kelsen'in aksine hukuksal devlet yaklaşımını eleştirir. Dolayısıyla devletin söz konusu özelliğinin liberalizm tarafından ortadan kaldırıldığını ifade eder.

Politika ile hukuk ilişkisi noktasında Kelsen'in saf hukuk yaklaşımını tüm yönleriyle kavrayabilmek için Schmitt'in eleştirilerini tartışmak oldukça faydalı görünmektedir. O'nun siyaset anlayışında, devlet ve onu oluşturan homojen toplum, bireysel özgürlükler karşısında öncelik ve üstünlüğe sahiptir. Devlet, hukuku yaratan aygıt olarak onun üzerindedir. Bu

durumda da, devletin, kendi varlığını koruması gereken istisnai durumlarda hukukun dışına çıkması normaldir (Schmitt, 2006: 65).

Schmitt, Katolik ağırlıklı muhafazakâr bir dünya görüşüne ve devlet anlayışına sahip biri olarak, 1920’li yıllarda, kilise içinde Katolik entelektüeller arasında tartışılan konulara çok ilgi göstermiş ve hukuk, politika gibi konularla çok meşgul olmuştur.

Carl Schmitt gerek hukuk fikri konusunda gerekse de politik teori konusunda yaygın hissiyatları paylaşmaya yatkın bir düşünür değildir. Belirli bir seri ikilik ve kavrayıştan kopuş gerçekleştirmeye yönelmesi, Schmitt’in 1920’li yıllardaki metinlerinin özgün tarafıdır. Hukuk eğitimi onu, birçoklarında olduğu gibi, hukuk alanına karşı tapınmacı hale getirmemiştir. Schmitt için hukuk hiçbir zaman salt hukukun konusu olmamıştır.

Schmitt, hukuk ve politika arasındaki radikal ayrılık fikrine itiraz ederken, Kelsen’in de paylaştığı bazı başka yaygın hissiyatları da eleştirmiştir: Yasa ile hukukun özdeş tutulmasını kabul etmemektedir. Karar alma da hukuki bir ânı içermektedir. Yasal olmayan, hukukî olmayan değildir. Hukuk, yasa ve karar alma süreçlerini barındırmaktadır. İstisna bu haliyle kural karşısında belirleyicidir (Kardeş, 2015: 26). Alman düşünürün hukuk ile politika dolayısıyla yasallık ile yasadışılık, yasa ile şiddet arasındaki geçişliliğe işaret etmesi modernliğe dair krizleri anlamak isteyen entelektüeller açısından ilham kaynağı olmuştur.

Carl Schmitt’in yasallık ile meşruluk arasındaki ilişkiye dair saptamaları dikkat çekicidir. Örneğin O’na göre;

“Hukuk düzeni tamlaması, birbirinden bütünüyle farklı iki unsurdan oluşur: Hukuk ve düzen. Birlik ve düzen, yasalarda, kurallarda ya da herhangi bir normatiflikte değil, devletin siyasal varlığında yatar (Schmitt, 1928: 10).”

Schmitt, o zaman yürürlükte olan Weimar Anayasası’nı kastederek şunları söyler;

“Alman devletinin birliği o 181 maddeye ve onların geçerliğine değil, Alman halkının siyasal varlığına dayanmaktadır (Schmitt, 1928: 13).”

Schmitt’e göre, anayasanın bazı hükümlerinin veya bir ‘yasa’ olarak anayasanın bütün halinde geçici olarak yürürlükten kaldırılması veya askıya alınması, gerçek (mutlak) anlamda anayasanın askıya alınması demek değildir. Gerçek anlamda anayasa, bir halkın varoluş biçimine ilişkin temel siyasal tercih ve kararlarını ifade eder. Bu anlamda anayasa, elbette geçici bir süre yürürlükten kaldırılamaz; ama tam da bu temel siyasal tercih ve kararların bekasını sağlamak amacıyla, bunları ayrıntılandırmak için konmuş olan anayasal normlar pekâlâ geçici olarak yürürlükten kaldırılabilir.

Nasyonal sosyalist kimliğinin de etkisiyle Schmitt, bu tür normların tipik örneği olarak özgürlüğün korunmasına ilişkin hukuk devleti normlarını gösterir. Schmitt'e göre bunların kaynağı gerçek anlamda bir siyasal varoluş biçimine dair ilke değildir; aksine bu normlar, devlet erki karşısında bir sınır ve devletin siyasal faaliyetinin önünde bir köstek oluşturduklarından, siyasal varoluş biçiminin tehlikeye düşmesi halinde, devletin kendini koruma hakkının önündeki engeller olarak askıya alınır (Schmitt, 1928: 109). O'na göre siyasal yönden bütünleşmiş halkın somut varlığı, her türlü normdan önce gelir (Schmitt, 1928: 121).

Schmitt, siyasal birliğin bekasının sağlanmasını, nihai meşruluk referansı olarak görür. Hukuk olgusu ile hukukun devlet tarafından uygulanması süreci arasında ayırım yapan Carl Schmitt, hukuku uygulama tekeline sahip olan devletin bu konuda iki eşdeğer imkâna sahip olduğunu belirtir: Olağan dönemlerde pozitif yasa geçerlidir; buna karşılık olağanüstü dönemlerde 'tedbir' uygulanacaktır. Schmitt tedbirin amacınınsa hukuku zincirlerinden kurtarmak olarak ifade eder (Schmitt, 1978: 17). Buradaki gaye, siyasal düzenin bekasıdır; hukuk ise, yürürlükteki normlardır. Dolayısıyla tedbir, varoluşsal meşruiyetin, normatif yasallık zincirlerinden kurtarılması, daha açık bir deyişle hukukun devlete ayak bağı olmaktan çıkarılması anlamına gelmektedir. Düzenin bekasına yönelik bir tehdit var oldukça ve düzen potansiyel olarak tartışma konusu olmaya devam ettikçe, yani bir düşman var oldukça, hukuksal düzenin şık görüntüsünün arkasında bir diktatörlük kılıcı her zaman hazır durumda beklemelidir.

Siyasal düşünce sistemlerinde Machiavelli'den Schmitt'e kadar uzanan gelenekte, asıl olan devletin bekasıdır ve bekayı sağlamaya çalışırken devlet kendisine ayak bağı olan hukuk ve insan hakları gibi meşruluğun diğer normatif kaynaklarını hiçe sayabilmektedir, zira devlet hukuktan değil, hukuk devletten kaynaklanmaktadır (Çaha, 2001: 101).

Devletin siyaset sosyolojisi ile olan bu bağı Schmitt başta olmak üzere birçok düşünür tarafından özellikle vurgulanmıştır. Fakat Hans Kelsen bu şekilde bir sistem birleştirmesinin karşısında yer alan en önemli bilim adamlarından birisidir (Doehring, 2002: 7). Bu konuda Kelsen farklı düşünür, devlet ve hukuk düalizminden ziyade özdeşliklerinden yana tavır takınır. Bu fikrini de temel norm kavramıyla destekler.

Sonuç olarak Kelsen tarafından ulaşılmaya çalışılan saf hukuk idealinden politika da diğer sosyal bilimlere gibi nasibini alır. Ancak Kelsen'in tüm bilimlere dışlayarak yalnız hukukun kendi öz kaynaklarıyla tahayyül ettiği hukuk anlayışının pozitif aşamada son kısmı

olan anayasanın meşruiyet kazanmasına aracılık eden temel norm fikrine atfettiği varsayımsal nitelik Schmitt tarafından kıyasıya eleştirilir. Zira bu Alman politika ve hukuk teorisyeni yasallık ve meşruluk gibi böylesine önemli konularda varsayımsal açıklamaları kabul etmez ve hukukun politika ile olan bağımlı egemen kavramı üzerinden izaha çalışır.

3.4. Kelsen’de Devlet İle Hukukun Özdeşliği

Hukuk ve devlet ayırımı, modern hukuk bilimine ve genel olarak da sosyal meseleler hakkındaki düşünüşe egemendir. Söz konusu düalizm, geleneksel teorilerin devlete hukuk sisteminden ayrı bir varlık atfetmesinin sonucudur. Geleneksel teoriler devleti hukukun süjesi olarak yani hukuki yükümlülüklerin ve hakların sahibi hukuki bir kişi olarak kabul eder (Uzun, 2014: 63).

Geleneksel hukuk teorisine göre nasıl ki özel hukuk, hukuki kişiliği mantıksal ve zamansal olarak objektif hukukun önüne yerleştirir kamu hukuku da aynı şeyi devlet için öngörür. Kamu hukukuna göre devlet hukuktan bağımsızdır, hatta ondan önce var olmuştur.

Hans Kelsen de devlet ve hukuk ilişkisi noktasında geleneksel hukuk teorisinin bu devlet teorisinden vazgeçemeyeceğini, zira bu düalizmin çok önemli bir ideolojik işleve sahip olduğunu söyler. Hukuktan farklı bir şekilde tasavvur edildiği takdirde devlet, hukuk tarafından meşrulaştırılabilecektir. Hukukun devlete adil yahut haklı sıfatını atfedebilmesi için, bu ikisinin doğaları itibarıyla farklı oldukları kabul edilmelidir. Böylelikle devlet artık çıplak bir güç olgusu, **Rechtsstaat (hukuk devleti)** haline gelebilecektir. Rechtsstaat kendisini hukuk yaratmak suretiyle meşrulaştırmaktadır. Devletin metafiziksel ve dinsel meşrulaştırılışı sona erdiğinden, elde kalan tek araç, Rechtsstaat’tır (Kelsen, 1992: 98).

Geleneksel devlet teorisinin hukuk ve devlet konusundaki bu düalist anlayışı Kelsen’in fikirleriyle derinden sarsılır. Hans Kelsen’in teorisini bir devlet teorisidir. Devleti hukuk ile özdeşleştiren Kelsen, devletin bütün unsurlarını da hukuki nitelikleri ile açıklar. Cemal Bali Akal’ın ‘Devlet Kuramı’ kitabının önsözünde belirttiği üzere, Hans Kelsen’in Saf Hukuk Teorisinin ‘Devlet ve Hukuk Özdeşliği’ adlı bölümü, ‘görece merkezileşmiş bir hukuki düzen olarak saf-hukuki’ bir tanım vermektedir (Akal, 2000: 11).

Bahsedilen saf tanımda Kelsen devleti; temel unsurları devletin halkı, devletin toprağı ve devletin iktidarı olan, görece merkezileşmiş, mekânsal ve zamansal geçerlilik alanı içinde sınırlanmış, egemen ya da doğrudan doğruya uluslararası hukuka bağlanmış ve sonuç itibarıyla etkin bir hukuki düzen olarak tanımlar (Akal, 2000: 429). Bu tanım tüm unsurlarıyla devlet mefhumunu ortaya koyar niteliktedir.

Kelsen'e göre hukuk yaratan etkinlikte bulunan bir beşeri varlık olarak devlet, kendi ortaya çıkışını da düzenleyen hukuk düzeninin somut temsilcisinden başka bir şey değildir. Yani toplumsal düzen ya da siyasal bir örgüt olarak devlet, hukuk adını verdiğimiz zorlayıcı düzenin kendisidir.

Hans Kelsen, devlet meşruiyetinin kaynağı olarak hukuku işaret etmiş, devlet eşittir hukuk özdeşleştirmesine gitmiştir. Bu sayede de Kelsen, egemenliğin milli hukuk düzeninin bir birliği olduğunu belirtir (Kelsen, 1957: 283). Kelsen' in normativist teorisinin devlet ve hukuk özdeşliğine dayanmasından dolayı devlet iktidarına herhangi bir sınırlama getirmediği, çünkü hukuku yaratan devletin kendi iktidarını hukukla sınırlamasına imkân olmadığı görülür (Okandan, 1976: 808).

Pozitivist hukuk doktrinine göre hukuk; devletin vazettiği 'şey'den ibarettir. Hans Kelsen:

“Hukuku tabii hukuk olarak mutlaklaştırmayan pozitivist bir bakış açısından devlet, el attığı her şeyi hukuka dönüştüren bir Kral Midas'tır. Bu nedenle, hukuksal pozitivizmin bakış açısında, her devlet, bir hukuk devletidir; şu anlamda ki, devletin bütün işlemleri hukuksal işlemlerdir ve hukuk düzeni olarak nitelenen bir düzeni icra ederler. Devlet, her zaman bir egemenlik devletidir; egemenlik, her zaman mevcuttur ve devlet de egemenliğin nasıl icra edileceğini ve kimin emredip kimin itaat edeceğini belirleyen bir hukuk düzeni olması anlamında da hukuk devletidir (Kelsen, 1925: 44).”

Kelsen, devleti hukuki bir sistem olarak görür:

“İdeolojiden, dolayısıyla da her türlü metafizik ve gizemden arınmış bir biliş, devletin özünü sadece bu toplumsal yapıyı bir beşeri davranış sistemi olarak gördüğü takdirde kavrayabilir. Daha yakından bakıldığında devlet zecri bir toplumsal sistemdir. Bu sistem, hukuk sistemi ile özdeş olmak durumundadır zira her iki sistemi de belirgin hale getiren aynı zecri eylemlerdir ve aynı toplumsal grup iki farklı sistem ile inşa edilmiş olamaz. Öyleyse devlet, hukuki bir sistemdir. Ne var ki her hukuk sistemi devlet olarak nitelenemez; söz konusu niteleme yalnızca hukuk sistemi, sistemi şekillendiren normları yaratan ve uygulayan, –her birinin işlevi belli bir iş bölümünü yansıtan- belli organları ihdas ettiğinde kullanılır. Hukuk sistemi belli bir derecede merkezileştiğinde, devlet olarak nitelendirilir (Kelsen, 1992: 99).”

Hans Kelsen öngördüğü bu hukuk devletinde kamu-özel hukuk ayırımına karşıdır. Bu ayırımın temelinde de ideolojik art niyetler yattığına inanır. Kelsen'e göre, kamu hukuku alanında, politik ve ideolojik etkilerin varlığı söz konusudur; oysa özel hukuk alanında politika dışı olgular mevcuttur. Böylece ideologlar, dünya görüşlerini hukuka yansıtmak isterler (Öktem ve Türkbağ, 2001: 359). Birçok kamu hukuku hükmü ideologların bu kaygısını yansıtır.

Kelsen'e göre her türlü fikri ideolojiden arınmış bir devlet anlayışı en ideal olandır. Böyle bir sosyal oluşumun özünü kavramanın tek yolu ise onu insani davranışın düzeni olarak

algılamaktan geçer (Kelsen, 2000: 425). Hukuk kurallarının konusu daima insan davranışıdır ve ilkel toplumlarda da hukuk düzenleri insan davranışlarını düzenler. Devlet, siyasi düzenleme olarak bir hukuki düzendir ancak her hukuki düzen devlet olarak adlandırılmaz (Gözler, 1998: 30).

Kelsen'in devlet anlayışı, onun '*Saf Hukuk Teorisi: Devlet ve Hukuk Özdeşliği*' çalışmasında (Kelsen, 2000: 424) yer verdiği sınıflandırma ile de paralel şekilde sınıflandırılarak değerlendirilecek olursa, şu üç başlık temelinde bir değerlendirme yapmak anlamlı olacaktır;

Kelsen'e göre, 'devlet bir hukuki düzendir.'

Kelsen'e göre, 'devlet kendisine yükümlülükler ve haklar atfedilen bir tüzel kişiliktir.'

Kelsen 'hukuk devleti' kavramı çerçevesinde bir durum tasavvur eder. Böylelikle Hans Kelsen'in devlet anlayışı şu başlıklarda kendini gösterir;

i.) Devlet bir hukuki düzendir.

Hans Kelsen, her türlü ideolojiden arınmış, dolayısıyla da her türlü metafizik, siyasi, sosyolojik ve mistik yaklaşımları dışlayan bir devlet anlayışı ile devleti hukuk ile özdeşleştirmektedir (Kelsen, 2000: 425). Bu özdeşleştirme bünyesindeki tüm unsurlardan kendini arındırmış yapıdadır.

Kelsen'e göre devlet bir hukuki düzen olmakla birlikte, her hukuki düzen de bir devlet değildir. O'na göre bir hukuki düzenin devlet olabilmesi için, hukuki görece merkezileşmiş olması, bir örgütlenme niteliğine sahip olması, yani onu oluşturan normların yaratılabilmesi ve uygulanabilmesi için uzmanlaşmış kurumlarının kurulu olması gerekmektedir. Kelsen, ortaya koyduğu merkezileşme özelliğine dayanarak, devlet hukuku düzenlerini hem ilkel hukuki düzenlerden hem de uluslararası hukuki düzenlerden ayırır (Kelsen, 2000: 426).

Devleti hukukun önemi bakımından saf bir norm düzeni olarak gören ve bu görüş dışında devletin hukuksal nitelenmesi açısından ortaya atılan bütün görüşleri geçersiz sayan Kelsen, normatif niteliği olmayan psikoloji ve sosyolojinin işin içerisine katılması ile hukukun ve devletin tanımlanmasını kesin bir tavırla reddeder (Doehring, 2002: 26). Kelsen'e göre devlet hukuksal cephesi bakımından yalnız hukuksal ilişkilerin bütünü olarak tanımlanmalıdır ve zaten devletin meşruiyetinin kaynağı da hukuktur. Daha sonraları Kelsen'in meşruiyet ile hukukilik arasında yaptığı özdeşleştirmeye, aşırı solda Pasukanis, aşırı

sağda da Carl Schmitt karşı çıkmışlardır (Atay, 1998, 29). Schmitt'in bu konudaki fikirleri ve Kelsen'e eleştirisine bir önceki bölümde yer verilmiştir.

Hans Kelsen için devletin hukuki bir düzen olması niteliği onun hukuksal ilişkilerin bütününe kapsamıyla da sınırlı değildir. Geleneksel devlet teorisince sosyal kolektivite olarak tanımlanan devletin unsurları (devletin halkı, devletin toprağı, devletin idaresi tarafından uygulanan kamusal güç) da Kelsen tarafından hukuk ile özdeşleştirilir. O'na göre bir devletin halkı; din, dil, ırk, dünya görüşü farklılıklarından azade bir biçimde, söz konusu devlete hukuken tabi olan topluluktur. Kelsen, bir devletin toprağını, devlet hukukunun geçerli olduğu mekânsal alan olarak tanımlarken, devletin hükümetince uygulanan kamusal gücün de, yani devlet otoritesinin kaynağının ve dayanağının da hukuk olduğunu önemle vurgular. Diğer taraftan Kelsen'in devlet tanımlamasında 'devletin zamansal varlığının' göz ardı edilmemesi gerektiğine ve devletin zamansal varlık sürecini belirleyen de devlet hukukunun geçerli olduğu zaman dilimi olduğuna yer verilir (Kelsen, 2000: 427).

ii.) Devlet, kendisine yükümlülükler ve haklar atfedilen bir tüzel kişiliktir.

Hans Kelsen devleti, hukuka tabi özel ve tüzel kişiliklerin (korporasyonların) dışında bir konuma yerleştiren görüşleri reddeder. O'na göre devlet, bir özne olarak diğer özel ve tüzel kişilikler ile aynı ağda, hukuken belirlenmiş uzmanlaşmış organlarınca yürüttüğü görevler ile yine hukuki normlara dayanan haklar çerçevesinde işleyen bir tüzel kişiliktir (Kelsen, 2000: 430).

Kelsen'e göre kişilik kavramı, yalnızca söz konusu kişiye yükümlülükler yükleyen ve haklar tanıyan hukuki normların varlığı ile tanımlanabilir. Bu tanımlama bir birey için de, devlet tüzel kişiliği için de herhangi bir tüzel yapı için de geçerlidir. Kelsen, kişilerin fiziki kişiler kadar gerçek olduklarına ilişkin tezin kuşkusuz bir yana itilmesi gerektiğini, ama tüzel kişilerin kurgusal niteliklerine ilişkin karşıt tezin de aynı biçimde reddedilmesi gerektiğini savunur (Troper, 2000: 355).

Hans Kelsen, saf hukuk teorisinde devletin tüzel kişiliğini, 'kendisine atfedilecek nitelikte olma' teorisi ile açıklar. Kelsen'in katkılarının yadsınamaz olduğu bu yaklaşım, esasında bir 'buluş' niteliği taşımaz, kökeni 'Common Law'un oluşumu ve gelişimine dayanır. Söz konusu teoriye göre tüzel kişi olan devlet, sadece bir toplumu düzenlemek ve onu temyiz kudretine kavuşturmak için kullanılacak hukuk kudretine dayalı bir çaredir

(Doehring, 2002: 51). Bu bağlamda Kelsen devlet tüzel kişiliği konusunda ortaya yepyeni fikirler sürmemiş aksine İngiliz hukuk geleneği izleri taşıyan Common Law'u yorumlamıştır.

Devlet tüzel kişiliği salt, kendiliğinden oluşan bir tüzel kişilik değildir ya da böyle bir sonuca ulaşmak için verilen bir uğraş sonucu da doğmaz. Tam tersine, toplumun üyelerinin kendilerince oluşturulan devlet organlarının hangi yükümlülük ve hak atıfları ile donatılması gerektiğini, böyle bir mekanizma işlediği zaman her olay için ne gibi hukuksal sonuçlar çıkacağını belirlemek için kurulur. Bu durumda devletin 'salt' ve 'yek' bir tüzel kişiliği söz konusu olmamakla birlikte, devlet kurgusu içerisindeki devlet organları ve bu organların işleyiş mekanizmasında var olan hukuki ilişkiler ağı, devlete bir tüzel kişilik olarak atfedilebilir (Doehring, 2002: 51).

Geleneksel devlet teorisince devlete atfedilen yasama, yürütme ve yargı görevleri, Kelsen'e göre hukukun yaratılması, hukukun uygulanması ve hukuka itaat bağlamında hukuki görevlerdir ve devletin temel organlarını teşkil eder. Söz konusu organlarının hukuki dayanakları uyarınca gerçekleştirdikleri faaliyetler, kurgusal bir devlet tüzel kişiliğine devlet eylemi niteliğinde yapılan bir atıftır. Kelsen, yasama faaliyetlerinin devlet görevi atfedilmemesi gerektiği yönündeki düşünceleri kabul etmeyerek, her üç görevin de devletin uzmanlaşmış organları tarafından yürütüldüğünü söyler (Kelsen, 2000: 433).

Kelsen'in düşünce sisteminde yer verdiği, hukuki kişilik kurguları, hukuki sistemin işleyişi için gerekli kavramları ortaya koyuyor olması bakımından anlamlıdır. Örneğin bir eylem için; eğer hukuk, devlete ödeme yapmayı buyuruyorsa, kuşkusuz bu eylemi gerçekleştirmekle yükümlü olan insandır; ama yalnızca devletin kişiliği kavramı sayesinde, bütün ödemeler arasından, devlet kişiliğine atfedilecek olanlarla, söz konusu ödemeleri yapan bireye atfedilecek olanlar arasında bir ayırımın yapılabilmesi olanağı doğmaktadır (Troper, 2000: 355).

Hukuki araştırmanın konusu olarak bir taraftan hukuk, diğer taraftan devletin gösterilmiş olması karşıtlık izlenimi oluştursada Kelsen'e göre devletle hukuk arasında hiçbir ayırım yoktur. Devletle norm aynı şeylerdir. Hukuki bilginin konusu olduğu ölçüde devlet, ancak hukuk olabilir. Zira bir şeyi hukuken bilmek onu hukuk olarak kavramaktır. Bu sebeple, devleti doğal realiteye sahip bir varlık olarak kabul etmek doğru değildir. Devlet doğa alanında değil, aksine düşünce alanında ve düşünsel bir düzendir. Devlet sadece, hukukun sistematik birliğini deyimlemeye yarayan bir terim, kavramsal bir birlik noktasıdır. Bu anlamda Kelsen'de **hukuk eşittir devlettir** (Aral, 1978: 22).

iii.) Hukuk devleti

‘Hukuk devleti’ kavramı bir Alman hukuk deyimidir (Alm. der Rechtsstaat). Bu kavram ‘hukukun üstünlüğü’ ifadesinin dayanak noktasını teşkil eder. Kimilerince hukuk devletini anlatmada kullanılan, ‘hukuk devleti insanların değil hukukun hükümetidir’ sözleri, hukuku uygulayan hiçbir organa keyfi davranma hakkını vermediğini anlatır. ‘Hukuk devleti’ kavramı bugünkü anlamını sezdirecek tarzda Hobbes, Locke, Milton ve daha sonraları Kant tarafından kullanılmıştır (Doehring, 2002: 208).

Hukuk devleti üzerinde düşünmek insanlık tarihinde yeni olan bu kavramın tanımlanmasını içermektedir. Tanıma girmeden de belirtmek gerekir ki, bahsedilen kavram burjuva siyasal mücadelesi sonucu bu sınıfın öncelikleri çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Bu anlamda liberal demokrasinin vazgeçemeyeceği temel öğretilerden bir tanesidir. Zira bugün de liberal siyasal söylemde kendine oldukça geniş bir ifade alanı bulur. Öyle ki bugün politikacıların sözü edilen kavramı kullanmadan herhangi bir eylem içerisine girmeleri nadir rastlanan bir durumdur. Ancak idealize yönün yanı sıra ideolojik bir arka planında bulunduğunu bu noktada belirtmek yerinde olacaktır.

Hukuk devleti en kısa tanımıyla, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukukî güvenlik sağlayan devleti ifade eder (Özbudun, 2014: 89).

Kısaca, hukuk devleti, hukuka bağlı olan devlet demektir. Hukuk ise anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi kurallardan oluşan hiyerarşik bir düzendir. Tabii hukuk anlayışı benimsenmedikçe, hukuk daima devlet tarafından konulmuş kurallardan oluşmaktadır. Devlet tarafından konulmamış bir kural, hukuk kuralı değildir. O halde, ‘hukuk devleti’ demek, ‘devlet tarafından konulmuş kurallara uyan devlet’ demektir ki, bu aslında totolojik bir ifadedir. Bu anlamda, Hans Kelsen’in ifade ettiği gibi, aslında tüm devletler bir hukuk devletidir ve bu ‘hukuk devleti’ terimi bir tekrardan başka bir şey değildir (Kelsen, 1989: 73).

O halde pozitivist teoride hukuk devleti kavramı dinamik bir kavram değildir. Normlar hiyerarşisinin mevcut olduğu bir sistemde, hukuk devleti kavramına ihtiyaç yoktur. Her normun geçerliliğinin bir üst norma uygun olmasına bağlı olması ve bir normun üst norma uyup uymadığının yargısal denetiminin yapılması, devletin faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olduğu ve vatandaşların hukukî güvenlik içinde olduğu anlamına gelir. Böyle bir sistemde, hukuk devleti kavramına yer verilse bile değişen hiçbir şey yoktur; çünkü ‘hukuk devleti’ ifadesinde yer alan hukuk, pozitif hukuktan başka bir şey değildir (Özbudun,

2014: 113). O halde hukuk devleti kavramının pozitif hukuk sistemine getirdiği bir yenilik, bir katkı bulunmamaktadır.

Bu durumda, ‘hukuk devleti’ kavramının dinamik bir kavram, işe yarar bir kavram olabilmesi için hukuk devleti kavramındaki ‘hukuk’tan pozitif hukuku değil, bir başka şeyi anlamak gerekir. İşte söz konusu husus, hukuk devleti kavramının niçin bu derece yaygın kullanıldığını göstermektedir. Bu noktada Anayasa Hukuku duayenlerinden Ergun Özbudun’a göre aslında tabii hukuka inanan yazarlar, Türkiye Anayasasının 2’nci maddesinde geçen ve pozitif bir kavram olan ‘hukuk devleti’ kavramının arkasına saklanarak, tabii hukukçu düşüncelerini dile getirmektedirler. Bu şekilde hukuk devleti kavramının içeriği tabii hukuk ilkeleriyle doldurulmaktadır (Özbudun, 2014: 113).

Hukuk devletinin oluşumunu açıklamaya çalışan bazı görüşler, hukuk devletinin, geleneksel devletten sonra, devlet tarafından oluşturulduğunu ve sonra devletin o hukuka tabi olduğunu öne sürmüşlerdir. Kelsen, bu görüşü, başlangıçta herhangi bir hukuka tabi olmayıp daha sonra bir hukuki düzen kurarak kendisini bu hukuka tabi kılan bir devlete ya da bu şekilde gelişen bir sürece rastlamanın mümkün olmadığını iddia ederek reddeder (Dağdelen, 2004: 35). O, devlet ve hukukun ontolojik durumunun irdelenmesinde öncelik sonralık ilişkisi veya tabiiyet durumu değerlendirmesinden ziyade her ikisinin birlikteliğine vurgu yapar.

Hans Kelsen’e göre hukuk devletinin iki unsuru olan hukuki düzen ve devlet olma her türlü şartta birbirleri için gerek ve yeter şarttır. O’na göre, hukuk devleti tüzel kişisine atfedilen haklar ve yükümlülükler daha önce de değinildiği gibi, bu devlet tüzel kişisinin kişiselleştirilmesi olan hukuki düzen tarafından belirlenmişlerdir. Kelsen, bu yaklaşımlarına dayanarak, ‘hukuk devleti’ betimlemesindeki ‘hukuk’ ifadesini fazlalık olarak görür, çünkü O’na göre her devlet hukuk devletidir. Hukuki normların egemen olmadığı bir düzen ise asla devlet olamaz. Öte yandan Kelsen, ‘hukuk devleti’ ifadesinin demokrasi, haklar ve özgürlüklerin hukuk çerçevesinde güvence altına alındığı devlet tipine vurgu maksadı ile kullanılabileceğini belirterek görece merkezileşmiş bir hukuki düzen olarak tanımladığı böyle bir hukuk devletinin özelliklerini de şu şekilde sıralamıştır (Kelsen, 2000: 450);

‘Yasalar, yani hükümetin başında bulunan bir devlet başkanının katkısı olsun olması, halkın seçtiği bir parlamentonun belirlediği genel normlar, yargı ve yürütmeyi bağlar; hükümetin üyeleri eylemlerinden sorumludurlar; mahkemeler bağımsızdır; yurttaşların bazı özgürlükleri, özellikle inanç ve vicdan özgürlüğüyle düşüncelerini açıklama özgürlüğü güvence altına alınmıştır (Kelsen, 2000: 451).’

Philippe Braud'un, 'Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri' (Braud, 2000: 359) çalışmasında, son derece gerçekçi bir çözümleme olarak gördüğü Kelsen'in devlet anlayışına yönelik izahı Kelsenci devlet anlayışını tasvir etmek adına oldukça yerindedir;

"O'na göre, devlet 'görece merkezleşmiş, uzamsal ve zamansal geçerlilik alanı içinde sınırlandırılmış, doğrudan uluslararası hukuka tabi, tümüyle ve genel olarak etkili bir hukuki düzendir. Demek ki, devletin gücü, bir egemenlik yetkilendirmesi uyarınca elinde bulundurduğu bir çeşit gizemli ayrıcalık değildir. O, hukuki düzenin etkili olmasından başka şey değildir. Devletin ülkesi ve halkı, yalnızca, bu hukuki düzenin 'ratione loci ve ratione personae' (kişi açısından) uygulanabilirlik alanıdır. Yöneticiler? Kamusal güçler? Siyasi Kurumlar? Bunlar, anayasanın hukuki olarak düzenlediği ilişkileri kuran bireylerdir. Yalnızca, yürürlükteki hukuk tarafından ve onun buyurduğu usullerle göre, gereğince donatıldıkları yetkileri kullandıkları ölçüde, devlet organlarına dönüşürler. Demek ki Kelsenci devlet anlayışının temelinde, hukuki etkileşimcilik diye adlandırılabilir bir şey vardır. Çelişkili görünümüne rağmen, bu son derece gerçekçi çözümlemeden belli bazı sonuçlar çıkar. Her şeyden önce, devletin kendisini bağladığı düşünülen normların yaratıcısı olarak belirlediği şu çözülemeyen çelişkiden kurtulmayı sağlar. Kelsen çözümlemesi, devlet ve hukuk ikiliğini reddeder. Devlet yalnızca, olası ihlaller genel kural gereği cezalandırıldıkları sürece, gerçek anlamda kendini kabul ettiren merkezleşmiş bir hukuki düzen olarak tanımlanır. O, yerel hukuk kurallarıyla oluşmuş hukuki düzenlerden (âdemi merkezleşmiş otoriteler) farklı olarak, uluslararası hukuka doğrudan, aracısız tabi olma özelliği taşır (Braud, 2000: 375)."

Sonuç olarak Hans Kelsen'de devlet o kadar doğaldır ki, o artık 'hukuk'tur (Kelsen, 2000: 455). Dolayısı ile 'hukuk devleti' bir ilke ya da norm değildir, devletin devlet olarak var olma halidir. Kelsen, devlet ve hukukun iki farklı şey olarak ele alınmasının doğru olmadığını ifade eder. O'na göre hukuk ve devlet özdeş olduklarından aralarındaki ilişki tartışma konusu olamaz. O devletin merkezleşmiş hukuksal düzenden başka bir şey olmadığını inanır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KELSEN TARTIŞMALARI VE ELEŞTİRİLERİ

1. KELSEN METODUNUN FELSEFİ TEMELİNİN ELEŞTİRİSİ

1.1. Kelsen'in Metodunun Temel Niteliklerinin Eleştirisi

İnsanlar alışkanlıklarına ve toplumsal inanç biçimlerine farkında olarak veya olmayarak sıkı sıkıya bağlıdır. Yeni fikirler toplum ve bireyler tarafından birçok zaman dirençle karşılanır. Alman hukuk teorisyeni Hans Kelsen 1973 yılında Amerika'da vefat edene kadar üretken ve bir o kadar da yenilikçi fikirler üzerinde çalışmıştır. Kelsen'in zaman zaman hukuk ve felsefe sınırlarını zorlayan başta saf hukuk teorisi yaklaşımı olmak üzere hukuk konusundaki düşünceleri yaygın hissiyatlarca kabul gördüğü kadar farklı açılardan da birçok eleştiri de almıştır.

Hans Kelsen'in genel hukuk düşünceleri bağlamında geliştirdiği ve kendine özgü birçok yanı bulunan teorilerinden bilhassa normlar hiyerarşisi, temel norm kavramının varsayımsal niteliği, hukuk ve devlet konusundaki fikirleri farklı düşünürler tarafından eleştirilmiştir. Bu konular Kelsen'in temel hukuk felsefesinin en dolaysız halini okurlarına sunmaktadır. Kelsen'in metodunun temel niteliklerine getirilen yorumlar irdelenirken sırasıyla bu konulara (normlar hiyerarşisi, temel norm kavramının varsayımsal niteliği, hukuk ve devlet ilişkisi) yapılan eleştiriler tartışılacaktır.

Kelsen'in saf hukuk teorisine ve genel felsefi yaklaşımına gelen en dikkat çekici eleştiri, O'nun devlet ve hukuk teorisini yalnızca mantığa yani bilgi teorisine indirgemiş olan fikrine yöneliktir. Eleştirilerin önemli bir kısmı, metafiziği ve ilahi normları dışlayan Kelsen'in, bunun yerine **aklı ilahlaştırdığını** savunmaktadırlar (Crozat, 1936: 19). İdiia edilen şekliyle Kelsen'in akli ilahlaştıran bu düşünce tarzının felsefi geri planında Kant'ın tesiri bulunur. Kant'ın Kelsen üzerinde esintileri olan, Kelsen'in metodolojisinin formalist, akılcı, idealist, transandantal, normatif ve pozitivist karakterleri Kelsen'in akla atfettiği ilahi yön üzerinden çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır (Crozat, 1936: 19).

Kelsen'in teorilerinin temel vasıflarına yönelik getirilen eleştirilerin en başını çeken Kelsen'in akli ilahlaştırdığı vurgusu esasında bir zorunluluğu ifade eder. Bilimin bir dereceye

kadar rasyonalist olma zorunluluğu kabul edilebilir. Fakat Kelsen, düşüncesinde ılımlı bir rasyonalizmin sınırları içinde kalmaz. Kelsen beşeri akıldan çıkan faktörleri abartarak, ampirik, deneysel bilgi öğelerini küçümser hatta Yeni Kantçılığa dayanarak bu öğelerden oluşan malzemenin, bilginin meydana gelmesinde tamamıyla bir ‘hiç’ olduğu inancını taşır (Aral, 1978: 87).

Beşeri akli ön planda tutan tutumuyla Kelsen'in eleştiri aldığı bir diğer konu, benimsediği pozitivist hukuk akımının normlar hiyerarşisi bağlamındaki görüşleridir. Normcu pozitivistde denilen (Güriz, 2003: 235) pozitivist hukuk akımına göre normlar hiyerarşik bir şekilde sıralanır. Her norm kendisinden bir üst normun öngördüğü organ tarafından konulmaktadır (Aydemir, 2004: 16).

Hans Kelsen'e göre pozitivist hukukun aksine doğal hukukun adalet inancı aslında sübjektif çıkarların objektifleştirilmesi olarak ortaya çıkar. Bu nedenle Kelsen'e yönelik eleştirilerin başında son derece adaletsiz bir içeriğe sahip de olsa, normlar hiyerarşisine uygun oluşturulan yasaların hukuk sayılması fikri gelir.

Normlar hiyerarşisinde yer alan kanun ve diğer normların nihai temeli anayasadır. Bu noktada Kelsen, Anayasa'nın temel norm olduğunu, ancak temel normun ise bir hukuk kuralı olmadığını yani yaratıcısının olmadığını belirtir. Ancak, Anayasa'nın temeli konusunda normcu görüşü kabul etmek, Anayasa'nın yapım süreçlerine ters düşer. Çünkü Anayasa, kurucu iktidarı elinde bulunduran kişilerin iradesinin ürünüdür (Gözler, 2009: 192). Devletin temel erklerinden yasama organına tanınan ve onun iradesi sonucu vücut bulan hukuki bir metin için yaratıcı konumuna kimseyi yerleştirmemek ona ilahi bir yön katmak şeklinde yorumlanmış ve Kelsen bu noktadan sert eleştiriler almıştır.

Ayrıca Kelsen; temel normun hukuk dışı bir varsayım olduğunu belirtmiş ve bu şekilde de her türlü siyasal rejimin adalete uygun olduğunu belirtmek durumunda kalmıştır. Bu şekilde de modern dikta rejimleri ile parlamenter rejimleri eşitlenmiş olmaktadır. Buna bağlı olarak Kelsen'in, insanın sübjektif haklara sahip olmasını reddetmesi de eleştirilere muhatap olmuştur (Güriz, 2003: 353). Kelsen'e göre Temel Norm (Grundnorm) insan ürünü değildir, ilahi de değildir. Kelsen'in en çok eleştirildiği yer de burasıdır. Temel norm savında Kelsen tüm hukuk sistemine geçerliliğini veren, kendisi başka bir normdan ya da değerden yahut olgudan çıkmayan bir norm varsayımına dayanır. Aslında O burada, hep kaçmaya çalıştığı bir alana hapsolmuş olur ve bu varsayım açıklayıcı değildir. Kelsen'in hukuk

sisteminde varsayımsal bir temel normdan başlayan ve mahkeme kararı veya idari işlem şeklinde ferdileşen bir normlar hiyerarşisi söz konusudur.

Normlar hiyerarşisi ve temel norm teorileri bir yana Vecdi Aral'a göre Kelsen' in teorisindeki yanlışlık kendini her şeyden önce bu teorinin tek yanlı oluşunda belli eder. Bu teori genel devlet ve hukuk teorisini yalnızca mantığa, yani bilgi teorisine indirgemektedir (Aral, 1978: 87). Kant'a dayanarak Kelsen' in varlığını iddia ettiği, pozitif hukuk düzeninin tek tek kavramlarının içine sokulmasının zorunlu bulunduğu, yani hukuk biliminin gözlemine malzeme olarak arz edilen bütün hukuki nitelermelerin hukukilik karakterini sunan saf hukuki bir 'olması gereken' kategorisi de kabul görmez (Aral, 1978: 89). Biçimsel uygunluğu hukuk olmada yeterli unsur saymaktadır. Kelsen'e göre adaletle ilgili yargılar objektif bir değerlendirmenin konusu olamazlar. Adaletle ilgili yargılar hukuki yargıların tersine ahlaki veya siyasi içeriklidirler. Adaletin standardı olarak kullanılan normlar kişiden kişiye değişir ve bunların birbiri ile uzlaştırılması çoğu kez imkânsızdır.

Kelsen temel felsefi fikirlerinden hareketle bir yandan hukuk biliminin konusu olarak hukuku gösterirken diğer yandan genel devlet teorisinin konusu olarak da devleti gösterir. O'na göre devletle hukuk arasında bir ayırım yoktur. Böyle olmakla devlet ideal bir varlık olarak kabul edilmiştir. Keyman; hukuku, devletin koyduğu kurallar olarak görmeyi pozitivist görüşü sığlaştırmak anlamına geleceğini belirtmiştir (Keyman, 1981: 53).

Kelsen hukuk biliminin ödevini formal tabiattaki hukuki kavramların kurulmasında bulmakta ve hukuk biliminin sadece biçimi kavramak mecburiyetinde olduğunu ve bu nedenle de mantıken hukuk kavramlarına formal öğelerden başka hiçbir şeyin alınamayacağını deyimlemektedir. Oysa hukuk biliminin ödevi, hukuk normlarının içerdiği kavramların anlaşılması, anlamlandırılması ve yorumudur. Hukuk bilimi asla kavramları kurmaz aksine hukuk düzeni tarafından kavramlara verilmiş olan anlamı açıklamaya, kanun koyucunun kavramların içine sokmuş bulunduğu ayırıcı işaretleri bulup çıkarmaya çalışır (Leben, 1998: 297). Yani hukuk kendi konusunu hazır bir biçimde bulur, onun ödevi hukuk düzenine, pozitif hukuka uygun olanı saptamaktır.

1.2. Kelsen Metodunun Temel Prensipleri Olan Saflık Ve Birlik Konusundaki Düşüncelerinin Eleştirisi

Hans Kelsen'in fikri mücadelesi doğal hukuku insanın ve eşyanın değişmez tabiatından akıl yardımı ile çıkarılan pozitif hukuk düzeninin üzerinde gören ve bütün zamanlar ve uluslar

için geçerli olarak anlayan akılcı anlayışın aksine pozitif karakterli bir anlayış öngörür (Aral, 1978: 117).

Kelsen'in elinizdeki metnin ikinci bölümünde bahsedilen pozitif nitelikli, saf hukuk teorisi hukukun şekline ve yapısına yöneldiği, hukukun ahlaki ve sosyal içeriği sorunu ile adalet esasını dışarıda bıraktığı için eleştirilmiştir (Güriz, 2003: 237). Zira Kelsen diğer sosyal bilimlerden ayırıştırılmış bir hukuk anlayışıyla saf bir hukuk bilimi için çabalar.

Hans Kelsen'in hukukun saflaşmasının altında yatan tüm arzu ve çabası aslında hukuku politikadan bağımsız kılmaktır. Hâlbuki hukuku sosyal, etik ve politik faktörlerden dışlayarak, içerik yerine salt 'biçim' uğraşına indirgemesi, hukukçuluğu hukuk teknisyenliğine indirgemekle sonuçlanmaktadır (Öktem ve Türkbağ, 2001: 357). Zira sosyal realite ile ilgilenmemek, aslında sosyo-politik alandan gelen verileri olduğu gibi kabullenmek anlamına gelir. Başka bir anlatımla, sosyo-politik etkilerle hukuk kurallarının oluşması kaçınılmaz bir gerçektir.

Belli bir ortam içerisinde oluşan normları olduğu gibi kabul edip hukukçuluk yapmak, politikayı tartışmaksızın hukukun içine sokmak manasını taşır. Böylece yasa koyucunun politik eğilimleri olduğu gibi kabullenilmekte, politika ve ideolojilerin de kör bir uygulayıcısı olunmaktadır. Böyle bir anlayışla hukuka bilimsellik getireceğim diye, **hukukun sosyolojik ve filozofik tarafını** ihmal etmek de bilimsel olmayı değil, ideolog olmayı ifade eder (Öktem ve Türkbağ, 2001: 360). En kısa ifadesiyle Kelsen politikadan uzak bir hukuk tahayyülü ile realiteden uzak bir çizgi benimsemiştir.

Kelsen metodunda büyük önem atfettiği saflık prensibi ile politika dâhil tüm sosyal bilimlerden arınmış bir hukuk tahayyülü ortaya koymuş ve konuda kıyasıya eleştirilmiştir. Zira 19. Yüzyıl klasik hukuk anlayışı artık terk edilmiş, hukuk politika ayrımı çok taraftar toplayamaz olmuştur.

Herhangi bir hukuk düzeninin, içinde var olduğu ekonomik ve politik düzenden bağımsız bir varlık kazanabileceğini söylemek son derece zordur, zira hukuk normları aynı zamanda politik, ekonomik hatta ahlaksal normlardır ve politikadan, ideolojiden ya da bir yaşam görüşünden bağımsız olarak ortaya konamazlar (Özlem, 2004: 211).

Hukukun politik bir kurum olarak addedilmesinin, olumlu ve olumsuz nitelikte sayılabilecek bir takım sonuçları da beraberinde getirdiği görülür. Olumlu sonuçlar daha ziyade hukukun bir mücadele aracı olarak kullanılması suretiyle toplumun zayıf kesimlerinin

elde ettiği hak kazanımları özelinde ortaya çıkmaktadır. Olumsuz olarak sınıflandırılabilen sonuçlar ise, esasen hukukun, devletin, ekonomik sistemin, adaletsiz ve eşitlikten uzak toplumsal ilişkilerin ve mevcut politik iktidarın meşrulaştırılması safhasında oynadığı rol ile ilgilidir.

Hukuk ile politika ilişkisinin, hukuk düzeni içinde somutlaşmasının ilk biçiminin daha hukukun oluşturulması aşamasında, yani yasama aşamasında başladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Gerçekten de yasama organını, yani kanun koyucuyu, politikanın dışında bir yapı olarak değerlendirmek son derece zordur.

Her ne kadar klasik hukukçuluk, kanun koyucuyu tamamen politikadan arı bir konuma yerleştirerek onun iradesini objektifleştirmeye çalışsa da bu iradenin tam da politikanın kalbinde attığını söylemek gerekir. Dolayısıyla doğrudan var olan politik tartışmaların ve çatışmaların merkezinde yer alan kanun koyucunun ruhunun, politik çekişmelerin ne kadar dışında kalarak yasama faaliyetini objektif, tarafsız ve nötr bir çerçevede yürütebileceği belirsizlik arz etmektedir (Akman, 2012: 11).

Söz konusu belirsizlikler, yaşadığı dönemde Kelsen'e göre hukuk için kaygı verici durumlar oluşturmaktadır. Bağımsız bir bilim olarak hukuk bilimi tasavvur eden Kelsen için hiç şüphesiz politikanın hukukta yeri yoktur.

Bu noktada belirtmeli ki hukuk eğitim, öğretim ve uygulanmasında egemen olan hukukçuluk anlayışı da budur. Üniversitelerde hukukun teknik yönüne ağırlık verilmekte, onun öz ve esasını inceleyen disiplinler ikinci plana atılmaktadır (Öktem, 1991: 269). Bahsedilen ikinci plana atış ve düşünce dünyasının hukukun felsefesi ve sosyolojisinden uzak inşası, hukuk uygulayıcılarına ve dolaylı yoldan beşeri ve sosyal hayata sirayet etmektedir. Zira sosyolojik ve felsefi temelden yoksun, sosyal bilimlerin iççeliğinden uzak bir hukuk öğrenimi pozitif normlara aşırı bağlılık addettiği takdirde adalette uygulama alanı bulamaz.

Dünyayı, salt hukuksal bir bakış açısıyla açıklamaya, anlamlandırmaya çalışmak kendi içinde hem ciddi eksikliklere hem de paradokslara yol açar. Zira hukuk; politika, ekonomi, toplumsal ilişkiler, tarihsel birikim gibi bir dizi gerçeklikten tamamen soyutlanamaz (Akman, 2012: 17). Düzenlediği konular itibarıyla kendi başına anlamlar üreten ve varlığını salt kanun koyucudan alan kendi başına buyruk bir yapı olarak değerlendirilemez. Hukuk, doğrudan mevcut sistemin ekonomik ve politik belirlenimi altındadır. Fakat hukukun söz konusu belirlenmesinin tek yönlü olduğu da düşünülmemelidir.

Başta ekonomi olmak üzere politik ve toplumsal süreçler hukukun üzerinde nasıl bir belirleyicilik vasfına sahiplerse, hukukun da öncelikle toplumsal ve politik süreçlerde olmak üzere ekonomik dizge üzerinde belirli bir tesir gücü vardır. Fakat tüm bu olguların ve hukukun politik karakterinin, hukukun olumsuzlanması gibi bir sonucu da zorunlu olarak gerektirmediği söylenmelidir. Gerçekten hukukun politik olması, onun tek başına olumsuzlanması için yeterli bir sebep değildir. Sadece hukukun liberal hukuk sistemlerinin genel kabullerinden ve doğrularından daha farklı bir anlamı olduğunu göstermektedir (Akman, 2012: 17).

Hukukun politik olması yine de onun bir adalet arayışına tekabül ettiği gerçeğini değiştirmemektedir. Sadece liberalizmin hukuka ilişkin önsel kabulleriyle hukuku anlamlandırmak yerine, yeni yöntemlerin geliştirilmesi ihtiyacını açık biçimde gözler önüne sermektedir. Hukuk, yürürlükte olduğu sistemin ekonomik, politik, toplumsal ve tarihsel gerçekliklerinin bir arada değerlendirilmesi suretiyle anlamlandırılmalıdır. Hukuka ilişkin, liberalizmin geleneksel kabullerinin aksine, yeni yöntemsel perspektifler aranmalıdır. Hukukun politik, ideolojik, tarafgir ya da belirsiz bir karakter arz etmesi hukukun değerini azaltmamakta, sadece liberalizmin ona atfettiğinden daha farklı bir gerçekliğe tekabül ettiğini göstermektedir.

2. KELSEN'İN HUKUKİ POZİTİVİZM FİKRİNİN ELEŞTİRİSİ

Hukuki pozitivizm hukuk teorisinde ve pratiğinde esas itibarıyla hâlâ etkisini ve önemini koruyan bir akımdır (Keyman, 1978: 23). Bununla birlikte, hem pozitivizm, hem de hukukî pozitivizm terimlerinin ne anlama geldikleri hususunda bir netlik bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bir kere, genel olarak pozitivizmin sosyal bilimlerde, sosyal ve politik teoride bir hayli eleştirilmiş olduğunu, bu nedenle de kendi içinde önemli değişiklikler geçirdiğini, hatta bugün sosyolojide, siyaset biliminde ve sosyal bilimlerin hukuk dışındaki diğer alanlarında pozitivist yaklaşımı, 1920'lerden itibaren Viyana Çevresi'nin yeniden formüle ettiği haliyle dahi savunmanın pek de kolay olmadığı söylenebilir.

Hukukî pozitivizme yönelik en temel eleştirilerin etkili bir biçimde formüle edilmesinde, İkinci Dünya Savaşı'na giden yolun ve İkinci Dünya Savaşı içinde yaşananların önemli bir payı olmuştur. Örneğin, en azından Gustav Radbruch'tan beri 'kanun, kanundur' demenin ve

bunu da hukuk-ahlâk ayrımının bilimselliği temeline oturtmanın epeyce güçleşmiş olduğunu ifade etmek gerekir (Radbruch, 2006: 4).

Hukukî pozitivizmin en önemli teorisyeni ve bir bakıma ‘yeniden inşacı’ olarak Hans Kelsen’in hukuki pozitivizm konusunda özel bir yeri bulunmaktadır. Kelsen, Kıta Avrupası’nda belki modern devlete geçiş sürecinin başlatılabileceği 16. yüzyıldan itibaren gelişmekte olan bir devlet teorisini tamamen hukukî bir forma kavuşturup neredeyse devletle hukuku bir normatif sistem olarak özdeşleştirmek istemiştir (Vinx, 2007: 17). Böylece de, modern dünyada yetişmiş bütün hukukçuların yakından bildiği normlar hiyerarşisi kavramı ve normların ancak bu hiyerarşi içinde geçerliliklerini kazanabileceğini düşüncesi ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, Kelsen’in normlar hiyerarşisi yaklaşımı ve dolayısıyla devleti böyle bir normatif-hiyerarşik sistemle bütünleştirmesi de yine çok temel bazı sorular gündeme getirildiğinde yetersiz kalmaktadır.

Bahsedilen yetersizlik, özel olarak Kelsen’in hukuku, kendince hukuk-dışı olduğu kabul edilen tüm (ahlaki, sosyolojik, kültürel ve siyasi) değerlerden ve ilgilere arındırılmış bir bütünlük ve saflık içinde izah etme girişiminin sonunda gelip dayandığı bir tıkanıklıkta kendisini gösterir. Kısacası, normlar hiyerarşisi, nereden başlanırsa başlansın, somuttan soyuta veya özelden genele yahut soyuttan somuta, genelden özele giden bir hiyerarşi takip eder ve bu hiyerarşide alttaki norm geçerliliği üstteki normdan alır.

Hukuku bir Saf Hukuk teorisi ile açıklama girişiminde karşılaşılan tıkanıklık da şu soruda ortaya çıkmaktadır: Hiyerarşinin en üstündeki norm geçerliliğini nerden almaktadır? Başka bir ifadeyle, Kelsen’in ‘Temel Norm’ (Grundnorm) dediği en üstteki norma geçerliliğini veren nedir? Austin’in, hukuka varlığını ve geçerliliğini kazandıran egemenin varlığı bir toplumsal olgudur değerlendirmesiyle sormaktan kaçındığı, ancak Kıta Avrupası düşüncesinde böyle bir kaçınma imkânının bulunmadığı, dolayısıyla da Kelsen’le birlikte bir hiyerarşik normlar sistemi diye anlaşılan ‘devlet’in hukukî olması gereken kaynağının niteliğine yönelen söz konusu sorunun, yine Kelsen’in amaçladığı gibi, salt hukuk içinde kalınarak verilebilecek bir cevabı bulunmamaktadır. Bunun tek istisnası belki doğal hukuk ve toplumsal sözleşme teorilerinin bağlamı olabilirdi ama hukukî pozitivizm, bilindiği gibi sözü edilen teorileri metafizik yahut bilim dışı sayarak reddetmektedir. Bu reddedişin en keskin örneklerinden bazılarında Kelsen’in teorilerinde görülür.

O hâlde, Kelsen’in normlar hiyerarşisi sistemindeki temel normun geçerliliği nasıl izah edilecektir? Böyle bir izah için ilk akla gelen yaklaşımlardan biri Kant’ın felsefî düşüncesi

olmuştur. Nitekim Kelsen de, önce temel normun adeta kategorik bir varsayım olduğunu düşünmekle bu yola müracaat etmiştir. Kelsen'in bu Yeni-Kantçı yaklaşımında temel norm, Austin'in hukuku bir egemenin emrine tâbi olma ile belirleyen düşünceden farklı bir biçimde (Bjarup, 2005: 288) ve Immanuel Kant'ın pozitif hukuk içinde yurttaş iradesini kurucu bir unsur olarak gören yaklaşımına atfen, 'yurttaşların belirli davranışları normatif olarak kabul etmeleri'ne bağlanmaktadır (Bix, 2005: 29).

Temel normun böylesi bir temel kabul biçimdeki izahı ya da ancak felsefî bir temele oturtulabilmesi, hukukî pozitivizmin bir saf hukuk bilimi inşa etme amacını gerçekleştiremediğini göstermektedir. Başka bir ifade ile hukukî pozitivizmin, bu bildirinin en başında değinilen bilimsel yanını öne çıkaran bir biçimde, hukukun her türlü hukuk dışı unsurdan ayrıştırılarak izah edilmesi, Hans Kelsen'in deyimiyle bir saf hukuk bilimi inşa edilmesi konusundaki yaklaşımı, özünde hukukun içinde herhangi bir ahlâkî ve siyasî değer yargısının, değerlendirmenin veya argümanın yer almaması gerektiği düşüncesinin temellendirilmesi bakımından Kelsen'in yaklaşımı da yeterli olmamıştır (Vinx, 2007: 19).

Bu çerçevede Kelsen'e yöneltilen eleştirilerin hukukî pozitivizm içinde kalınarak karşılanabileceğini gösteren ve bu bakımdan da hukukî pozitivizmi Kelsen sonrasında en fazla geliştirmiş olduğunu söyleyebileceğimiz H. L. A. Hart'ın görüşleri özel bir önem kazanmaktadır. Hart'ın hukukî pozitivizmi yeniden formüle etmesinde şöyle bir özellik vardır; Hart bir defa doğrudan doğruya Kelsen ile değil ama daha ziyade Austin'le hesaplaşarak, hukukun sadece davranışları düzenleyen emredici kurallardan yani emir ve yasaklardan ve bunlara bağlı müeyyidelerden oluşan bir kurallar sistemi olmadığını söylemektedir (Hart, 1994: 43).

Kelsen'i çağrıştıran bir biçimde, Hart'ın yaklaşımına göre de hukuk bir normatif sistemdir ve bu sistem iki tür normdan meydana gelmektedir. Söz konusu norm türlerinden birine Hart birincil normlar adını vermektedir ki bunlar, Austin'in dediği anlamda emirlerden, yasaklardan ve bunlara bağlı müeyyidelerden oluşan kurallardır. Hart'a göre hukuk, bu tür insan davranışlarını düzenleyen normlardan ibaret değildir. Hukuk sisteminde bir de Hart'ın ikincil normlar (secondary norms) dediği türden normlar yer almaktadır. Keyman'ın veciz ifadeleriyle, 'yükümlülük getiren' birincil normlardan farklı olarak 'ikincil normlar yetkiler veren normlardır' ve esasen birincil normlar koymak, eskileri ortadan kaldırmak veya değiştirmek, birincil normların varlığını saptamak ve uygulanmalarını kontrol etmek gibi

yetkilerle ilgilidirler ki, sonuçta ‘tanıma normu, değiştirme normu ve muhakeme normu’ diye de kendi içinde ayrılmaktadırlar (Keyman, 1981: 45).

Hart’ın hukuku birincil ve ikincil normlardan oluşan bir sistem olarak kavrayışı, ilk olarak hukuku bir egemenin ortaya koyduğu ve boyun eğilmesi gereken müeyyideli kurallar olarak açıklayan Austin’in ve ikinci olarak hukuku, bir temel norma bağlanan hiyerarşık bir sistem olarak goren Kelsen’in açıklamalarının bir ‘pozitif hukuk’ teorisi ortaya koymaktaki eksikliklerini gidermek üzere ortaya atılmıştır. Bu erevede Hart’ın, özellikle bir ikincil norm olan ‘**tanıma normu**’ kavramı aracılığıyla hem Kelsen’in temel normun geçerliliği sorununu Yeni-Kantçı bir felsefi yaklaşıma müracaat ederek ve bir ‘kabul’e veya ‘varsayıma’ dönüştürerek izah etmesindeki problemi, hem de Austin’in egemeni teorik olarak temellendirilebilir bir biçimde açıklamaktan ziyade kişi gibi goren sosyal olgu yaklaşımındaki problemi çözmeye yönelmektedir.

Yine söz konusu bağlamda, Hart’ın, temel normu ‘fili durum ve şartlara ilişkin bir varsayım’ olarak goren Kelsen’den farklı olarak, geek anlamda maddi bir olguyu, fiili durum ve şartları ifade eden tanıma normu kavramını (Keyman, 1981: 47) ortaya atmasının, hukuk normlarının varlığı ve geçerliliği ile ilgili sorunu çözmeye yönelik ‘sosyolojik bir yaklaşım’ getirdiği de söylenebilir. Böylece, hukuki pozitivizmin temel problemleri arasında ilk sırada yer alan, bir hukuk normunun varlığı ve geçerliliği hakkındaki ölçünün ne olacağı problemine, Kelsenci felsefi normativizmin sosyolojik bir bakışla birleştirilmesine yönelmiş olan Hart’ın (Keyman, 1981: 50), bu problemle ilgili olarak Austinci sosyal olgu olarak egemen kavramıyla da hesaplaştığı görülebilmektedir.

SONUÇ

Hukuk üzerine düşünmenin rafa kaldırıldığı küreselleşen bir dünyada, Fransız İhtilali ile gündeme gelen biçimsel rasyonelliğin akabinde bugün yine aynı güçte bir insan hakları rüzgârından sonra devlet ve hukukun yaşamımızı belirlemeye başlamasıyla birlikte bu yüzyılın başında yeni bir yasa devletine sarmal bir dönüşün yaşanmaya başlamıştır. Teoloji sonrası bilimin inkişaf ettiği zamanlardan sonra bugün yasa ve hukuk yeryüzü tanrısı haline gelmiştir. Devlet ve hukuk yeniden kendi felsefesini bulmuş ve devletler hukuku bu temelde ele alarak yeni bir pozitivist raya sokmuştur. Hukuk felsefesinin kalelerinden olan Almanya’da hükümetlerin tasarrufa ilk olarak hukuk felsefesi kürsülerini lav ederek başlamalarına, Atlantik’in öteki yakasından esen bu soğuk ve sert rüzgârın cesaret verdiği açıktır.

Hayrettin Ökçesiz’in ‘*Sivil İtaatsizlik*’ adlı çalışmasının arka kapak sayfasına yayınevinin, Henry David Thoreau’nun şu sözlerini koymasındaki sebep bu gelişimi en iyi ifade eden pasajlardan biri olması olsa gerek;

“Haksız birtakım yasalar vardır. Onlara boyun eğmekle yetinelim mi, yoksa onları değiştirmeye çalışalım, değişinceye kadar da boyun eğelim mi; yoksa hiç beklemeden çiğneyelim mi onları? İnsanlar böylesi bir yönetim altında genel olarak şöyle düşünüyor ve şöyle diyorlar; ‘Çoğunluk yasaların değişmesine ikna oluncaya kadar bekleyelim’. Yasa’ya karşı gelirse, deva derdin kendisinden daha beter olur diye düşünüyorlar. Eğer haksızlık hükümet makinesinin zorunlu sürtünmesinden ayrılmaz bir şeyse, varsın olsun. Zamanla pürüzü mürüzü kalmaz belki; ama makine muhakkak aşınır gider. Eğer haksızlığın, (salt kendisi için) makarası, yayı, ipi ya da vincivarsa, o zaman, devanın dertten daha iyi olup olmayacağını düşünebilirsiniz belki; ama eğer bu, sizin başkasına yapılan haksızlığa alet olmanızı isteyecek yapıdaysa, o zaman da, yasayı çiğneyin, derim size. Hayatınız makineyi durduracak bir karşı sürtünme olsun. Benim dikkat etmem gereken şey, hiç değilse, kötülediğim bir haksızlığa alet olmamaya bakmaktır (Thoreau, 2001).”

Günümüzde tapılası addolunan ve sorgulanması neredeyse imkânsız olarak kabul edilen hukuk eski çağlardan bu yana adaleti sağlama noktasında ne derece başarılı olmuştur bilinmez ama 1881 – 1973 yılları arasında yaşamış ancak ölümü üzerinden yıllar geçmiş olmasına rağmen günümüzde dahi tartışılan ve ortaya koyduğu fikirlerden yararlanan Avusturyalı ünlü hukukçu Hans Kelsen’in saf hukuk teorisi hukuk tartışmalarına yeni bir boyut kazandırmıştır. Kendisi hukuk bilimine özgün bir metot kazandırarak, diğer disiplinlerden ayırmayı gaye edinir ve Kelsen’in ortaya koymuş olduğu devlet tanımlamasını, saf hukuk teorisinden ayrı ele almanın mümkün olmadığı açıkça görülür. Zira elinizdeki metnin birçok bölümünde de bahsedildiği üzere, Kelsen’in devleti ve devletin tüm unsurları ile hukuku özdeşleştiren yaklaşımı zaten buna izin vermemektedir.

Hans Kelsen tarafında ortaya konulan saf hukuk teorisinin, oldukça gerçekçi, kendi içerisinde tutarlı, analitik yönü kuvvetli ve işlevsel bir hukuk teorisi olduğunu söylemek yerinde olacaktır. ‘Normlar hiyerarşisi’ teorisi ile hukuk disiplinine yeni bir boyut kazandıran Avusturya Anayasasının yazarı, devlet veya hukuk ekseninde tanımlanabilecek bütün unsurların tanımlarını tamamıyla aynı metotla hukuki açıdan gerçekleştirerek, inceleme düzleminin bütününde geçerli ve matematiksel kurguyu içeren analitik bir teori ortaya koyduğu gibi, söz konusu teorisi ile Avusturya Anayasası dışında çeşitli Anayasalara ilham kaynağı olan fikirlerinin işlevselliğini ispatlama olanağı da bulmuştur.

Avusturyalı hukukçu Kelsen, **bilgi metodunun saf olmasını** çalışmalarının esaslı prensibi olarak ele alır. Kelsen, hukuk biliminde kullanılacak olan metot için evvela pozitif bir karakter taşımasının gerekliliğine vurgu yapar ve onun pozitif hukuki bir metot olması gerektiğini belirtir. O’na göre doğal hukukun metodundan pozitif hukuki metodun açıkça ayırımı zorunludur. Dolayısıyla, pozitif hukuk vasıtasıyla hukuk bilimini her türlü ahlaki, ideolojik ve doğal hukuka ilişkin düşüncelerden temizlenmek gerekmektedir. Hukukun pozitif karakteristiği Kelsen’in egemenlik kavramına verdiği anlamdan çıkmaktadır. Kelsen’e göre hukukun pozitivitesinin kaynağı doğa, Tanrı gibi mevcut normlar değildir.

Hukuki pozitivizm teorik olarak daha ince ayrımlar yapmış, kendi içinde uç ve ılımlı farklılaşmalara uğramış ve hatta büyük darbeler yemiş olmasına karşın, hala çağımızın uygulamadaki tek etkin hukuk felsefesi teorisidir. Hukuki pozitivizmin temel varsayımlarının, Nazi Almanya’sında ‘hukuk, kanundur’ sloganıyla kullanılması savaş sonrası hukuki pozitivizme karşı önemli tepkilerin doğmasına ve ‘doğal hukuk rönesansı’ olarak adlandırılan gelişmeye neden olmuşsa da, 1960’lı yıllarda ‘hukukun genel teorisi’ akımıyla birlikte tekrar canlanıp güçlenmesine engel olunamamıştır (Karakaş, 2011: 17).

Hukuki pozitivizme göre, her norm geçerliliğini bir üst normdan alır. Bu normlar hiyerarşinin en üstünde anayasa yer alır. Hukuki pozitivizm, ‘anayasanın geçerliliğini nereden aldığı’ sorusuyla karşılaştığında da, varsayımsal bir ‘temel norm’dan aldığı yanıtını verir ki bu yanıt Kelsen’de devlet-hukuk özdeşliğinin savunulması sonucu doğurmuştur. Hegel’in şu sözleriyle birlikte düşünüldüğünde, bu yanıtın çarpıcılığı ortaya çıkar: ‘genel olarak, siyasi ana yapının, zaman içinde meydana gelmesine rağmen, hiç yaratılmamış bir şey olarak görülmesi esastır’ (Hegel 1991: 225).

Hans Kelsen hukuki pozitivizmin normlar hiyerarşisi yaklaşımıyla örtüşen şekilde hukuk sistemlerini, üst iktidar ile alt iktidarın birbiriyle olan ilişkilerinde biri diğerinin ortaya

çıkmasına neden olan normların oluşturduğu dinamik bir sistem olarak görmektedir (Güriz, 2003: 341). Bu dinamik sistem bir piramit misali tabanda geniş üst basamaklara yani temel norma doğru daralan bir yapıdadır.

Hukuki pozitivism tüm aksayan ve eleştiriye açık yanlarına karşın, 'kanunilik ilkesi' ile hukuk uygulamasına kesinlik kazandırmıştır. Kanunilik ilkesinin dayandığı alt ilkeler olan, 'kanunun tekelciliği, kanunun açık ve kesin olması ve kanunun geçmişe uygulanmazlığı' ilkeleri, yargının keyfiliğini önleyici özellikleri nedeniyle, özellikle ceza hukuku alanında önemli kazanımlardır. 'Kanunsuz suç olmaz' ilkesi ile ceza hukuku uygulamasına yerleşen 'kıyas yasağı' da söz konusu kazanımlar arasındadır (Toroslu 1998: 13). Hukuki pozitivism bahsedilen kazanımları, onu en işlevsel ve açık şekilde çalışmalarına yansıtan Kelsen'in çalışmalarında birçok zaman yer bularak sağlam bir zemine oturma imkânına kavuşmuştur. Zira Kelsen temel norm yaklaşımı dışında pozitif metinlere bağlı hiyerarşik bir hukuk sistemi öngörmüştür.

Temel norm bu noktada istisna tutulmuştur. Çünkü Kelsen temel normu tanımlarken ona pozitif bir karakter biçmekten ziyade varsayımsal yönüne vurgu yapmış ve bir fatih, muktedir tarafından inşa edildiğini ifade etmiştir. Hans Kelsen, hukuk biliminin bir bakış açısı olduğunu kabul eder ve temel normu önceden varsayarken hatalı mıdır? Söz konusu terimleri, hukuk bilimine uygulandığından tamamen farklı bir anlamda mı kullanmaktadır? Kelsen'in kendisi bile, böyle önemli bir sorun karşısındaki tutumundan emin değildir, bazen tereddüte düşmektedir. Saf teorinin temel normu varsayıp varsaymadığı sorusuna ilişkin açık tartışmasına *Saf Hukuk Teorisi'nde (Pure Theory of Law)* rastlanır (Kelsen, 1989: 204).

Söz konusu güçlüğün nedeni, hukukla ilgili konuşan hukukçuların ele aldığı hukuk bilimi ile hukuku kullanan avukat ve yargıçların eylemlerini ayırt etmemesidir. İkisini de aynı isimle, **hukuki biliş** başlığı altında değerlendirmektedir. Şunu öne sürmek ister Kelsen (Raz, 2013: 1189):

"Saf Hukuk Teorisi, temel norm teorisini önermekle, yeni bir hukuki biliş metodunun açılışını yapmamaktadır. Yalnızca çoğu hukuk bilimcinin, en azından bilinçsizce, yaptığını bilinçli şekilde gerçekleştirmekte; bahsi geçen olguları nedensel olarak belirlenmiş gibi yorumlamak yerine, sübjektif anlamlarını objektif bakımdan geçerli normlar gibi yorumlamayı seçmektedir....Temel norm teorisi, sadece pozitivist bir hukuk biliminin her zaman uyguladığı prosedürün analizinin bir sonucudur (Kelsen, 1989: 204)."

Buna rağmen, Kelsen sadece hukuk bilimcilerle değil uygulamadaki hukukçularla (avukatlar, savcılar ve hâkimler) ilgili de benzer bir iddiada bulunmaktadır. Aşağıdaki paragraf, hukuk profesörleri kadar avukatlara da uymaktadır (Raz, 2013: 1189):

"Temel normun hukuki bilinçte gerçekten var olması, gerçek hukuki ifadelerin basit bir analizinin sonucudur. Temel norm şu sorunun cevabıdır: Tüm bu hukuki ifadeler nasıl -yani hangi koşullar altında - hukuki normlar, ödevler, haklar ve diğerleriyle ilgilidir? (Kelsen, 1957: 116)"

Tüm bu uyarılarla beraber Kelsen'in metodunun normatif karakteri hukuki metodu doğa bilimlerinin metodundan ayırmaktadır. Sebebi ise neden-sonuç ilişkisinin, doğa bilimlerinde kozalite prensibine göre, hukuk geleneğinin ise yükleme prensibine göre açıklanmasıdır. Doğal hukuk 'olan'la ilgilenirken pozitif hukuk 'olması gereken'in peşindedir. Hukuk bilimi ilk önce beşeri düşüncenin 'nedir' sorusunu cevaplandırmaya girişir ve gerçekten doğru olup olmadığını araştırmaksızın pozitif hukukla uğraş içindedir.

Kelsen'in normatifliğe ve temel norma ilişkin teorisinin analizi, önemli savlarından bazılarını açıklık getirmektedir. Hukuk bilimince önceden varsayılan temel normun, ilk anayasayı, tanrı veya doğa gibi hukuki olmayan herhangi bir otoriteye başvurmaksızın nasıl yetkilendirdiğini ortaya koymaktadır. İşin doğrusu, bireylerin söz konusu normu, kişisel bakış açılarından kendi temel normları gibi benimsemeleri pek mümkün görünmemektedir. Temel normları olarak tanrıya, doğaya veya bazı başka ahlaki normlara başvurmaları olasıdır. Ancak söz konusu bakış açısı, hukuk bilimine ait özgün yaklaşımdan oldukça farklıdır. İkincisi, benimseme kavramının profesyonel ve özel anlamını yani hukuk adamının bakış açısını işaret etmektedir. Zira hukuk bilimi, bir bilim olarak sadece pozitif hukuku konu edinmekte ve temel normu önceden varsaymaktadır (Raz, 2013: 1191).

Mevcut analizde, Kelsen'in hukuk ve ahlak ilişkisine dair tutumu, teorisinin geri kalanınca zorunlu kılınmış gibi görünmektedir:

"Pozitif hukuk ile ahlakın, iki farklı ve karşılıklı bağımsız normlar sistem olduğu iddia edildiğinde, bu sadece, hukukçunun neyin hukuksal olduğuna karar verirken ahlaki değerlendirmeye almaması ve ahlakçının neyin ahlaki olduğunu kararlaştırırken pozitif hukukun buyruklarına kulak asmaması anlamına gelir. Pozitif hukuk ve ahlak, iki farklı ve karşılıklı şekilde bağımsız normlar sistemi olarak kabul edilebilir, çünkü aynı bakış açısıyla aynı anda geçerli oldukları düşünülmemektedir (Kelsen, 1957: 284)."

Hans Kelsen burada, hukuk ve ahlak bilginlerinin profesyonel bakış açılarını tartışmaktadır. Hukuksal bir düzenin ahlaki kurallar içerebileceğine ya da ahlakın hukuku barındırabileceğine ve bunu ahlaken geçerli sayabileceğine karşı çıkmamaktadır. Bir kişinin, kendi bakış açısıyla hem hukuki hem de hukuki olmayan normları geçerli görebileceğini de yadsımamaktadır. Bunların tamamı, o kişinin kendi bakış açısına dayanan normatif sisteminin bir parçasını şekillendirecektir. Bununla beraber, nasıl etik teorilerin bakış açısına göre sadece ahlaki normlar geçerliyse, hukuk biliminin bakış açısıyla da salt hukuk geçerlidir.

Kelsen'in tek bir bakış açısıyla sadece bir normatif sistem ve bir temel norm bulunabileceğine ilişkin ısrarı, normatifik teorisinin neden her hukuk sisteminde yalnızca bir

temel normu zorunlu kıldığını da açıklamaktadır. Temel normlar, sadece hukukun normatifliğini açıklamak için gereklidir. Yoksa kişiyi, bir sistemde farklı temel normlar bulunduğunu farz etmekten alıkoyacak herhangi bir şey yoktur (Raz, 2013: 1192).

Bu konuyu somutlaştırıcı şöyle bir örnek açıklanabilir; bir temel norm ceza hukukuna, bir başkası borçlar hukukuna normatifik kazandırabilir. Ancak Kelsen'in teorisine göre bu, hukuk sisteminin değerlendirildiği tek bir bakış açısının değil, her biri, temel normların hepsine denk gelen çok sayıda bakış açısının bulunduğu anlamına gelecektir.

Devletlerin birden çok temel norma sahip olabileceğini bu şekilde izah eden Kelsen, görece merkezileşmiş bir hukuki düzen olarak modern devletin saf hukuki bir tanımını vermekle, modern devletin ulusal sınırlar içinde geçerli tek hukuk sistemiyle özdeşleştiğini belirtir ve **devlet eşittir hukuk** özdeşleşmesini ortaya koyar. Devletin bir hukuki düzen olarak tanımlanmasının bir sebebi de devletin insani davranışın düzeni olarak algılanmasıdır. Tüm hukuk düzenleri devlet değildir. Çünkü devlet hukuki düzeninin, genel normların merkezi bir yasama organı tarafından yaratılmış olduğu bir düzendir. Bu sebeple, devlet sosyal bir kolektivitedir ve normatif düzenle kurulmuş olan görece merkezileşmiş zorlayıcı bir yapıdadır.

Devletin üç unsuru halk, toprak ve iktidardır ve bu unsurları hukuksal bağlarla devlete bağlayan Kelsen, tüzel kişilik olarak devleti uluslararası hukuki düzenin karşısına oturtur. Bu sayede devlete hem iç hem de uluslararası hukuk düzeninde haklar ve ödevler yükler.

Kendi içinde oldukça tutarlı ve ayakları sağlam basan bu hukuk ve devlet ilişkisi irdelemelerine karşın Kelsen'in saf hukuk teorisine, çok çeşitli eleştiriler getirildiğini bu noktada belirtmek gereklidir. Örneğin Crozat, Kelsen'in '*devleti hukuk kurallarından müteşekkil bir yığın*' olarak tanımlamasını kastederek şunları söylemiştir;

"Maalesef çok basit olan bu tarzı hal mühim bir hatayı ihtiva ediyordu: Zira devlet yalnız hukuk düsturlarından müteşekkil bir halita değil, aynı zamanda mütecanis manevi bir birliktir. Filhakika hukuk devletin esaslı bir unsurudur; lakin bunun devlet olduğunu söylemeye imkân yoktur (Crozat, 1936: 17)."

Crozat'ın ve çağdaşı bazı başkaca hukuk mütefekkirlerini eleştirilerine rağmen devlet teorilerine yeni bir boyutla yaklaşan Kelsen günümüzün modern, anayasal ulus devletlerinde geçerli hukuk sistemi olan pozitif hukukun şekillenmesine de önemli katkılar sağlamıştır. Bununla beraber, Birleşmiş Milletler hukukunun oluşturulmasında da görev alan Kelsen'in, hukukla özdeşleştirerek geliştirdiği devlet teorisinin (iç hukuk) yanı sıra uluslararası devletler hukuku alanında yapmış olduğu çalışmalar (dış hukuk) ile devlet teorisini uluslararası devletler düzlemine taşımış olması ve aynı zamanda iç hukuk ile dış hukuku metodu gereği

birbirleri ile özdeşleştirmesi, onun bütünleşik bir devlet teorisi ortaya çıkarabilmesine olanak vermiştir. Kelsen uluslararası hukuk ve hukukun birliği çalışmalarını daha çok hayatının son döneminde Amerika’da çalıştığı süreçte yapmıştır.

Bu dönemde ulusal ve uluslararası hukukun birliğine işaret eden Kelsen’in öğretisi iki aksiyoma bağlıdır. İkisinin de reddedilmesi gerektiğini görmek zor değildir. Sözü edilen aksiyomlara getirilen reddiyeler bir anlamda eleştiri olarak da değerlendirilebilir.

İlk aksiyom, tek bir geçerlilik zincirine bağlı olan tüm kuralların, tek ve aynı hukuk sisteminin parçası olduğunu ileri sürmektedir. Eğer bu aksiyom doğru olsaydı, yeni devletlere barışçıl yollarla bağımsızlık tanımak imkânsız hale gelebilirdi (Raz, 2013: 1176). Zira tüm geçerlilik kurgusu ve dayanak noktası bu tek zincir üzerinden yürümektedir.

Bunun kendini açık şekilde gösterdiği şu açıklamaları yapmak gerekir ki; X ülkesinin Y isimli bir kolonisi olduğunu ve ikisinin de aynı hukuk sistemiyle yönetildiğini varsayalım. X, Y halkı tarafından seçilmiş bir temsilciler meclisine kapsamlı ve sınırlanamaz bir yasama yetkisi veren bir yasayla, Y ülkesine bağımsızlık tanımış olsun. Ayrıca bu temsilciler meclisi, Y halkının genelinin kabul ettiği bir anayasayı benimsemiş ve hatta buna göre seçimler yapılmış ve sonraki yasalar konulmuş olsun. Hükümet, mahkemeler ve Y halkı, Y’yi bağımsız bir hukuk sistemine sahip, bağımsız bir devlet olarak görmektedir. X dâhil olmak üzere, tüm diğer devletler tarafından tanınmıştır. X’in mahkemeleri, Y’nin anayasa ve yasalarını, Y’ninkinden farklı ve bağımsız bir hukuk sistemi olarak kabul etmektedir. Bu olgulara rağmen Kelsen’in ilk aksiyomundan, Y’nin anayasa ve yasalarının X’in hukuk sisteminin parçası olduğu sonucu çıkmaktadır. Çünkü Y’nin anayasası ve buna dayanarak yapılan tüm yasalar, X’in bağımsızlık tanıyan yasasıyla yetkilendirilmiştir ve bu nedenle aynı sistemin aynı geçerlilik zincirine aittirler.

Kelsen’in hatası, olguları dikkate almaması ve sadece kuralların içeriğini değerlendirmesidir. Teorisi açısından en önemli özellik, X’in hukuk sisteminin Y’deki yasaların tümünü yetkilendiren bir yasasının bulunmasıdır. Y’nin mahkemelerinin ve halkının, söz konusu yasayı kendi hukuk sistemlerinin bir parçası olarak değerlendirmemelerinin konuyla ilgisi yoktur. Ancak halkın ve mahkemelerin tutumu, bir hukuk sisteminin niteliğine ve birliğine karar verirken oldukça önem taşır. Aynı husus H. L. A. Hart, ‘*Kelsen’in Hukukun Birliği Doktrini (Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law)*’ adlı makalesinde de açıklanmıştır.

Söz konusu eleştiri Kelsen'in temel norm teorisini doğrudan sarsmamaktadır. Ancak eğer hukuk sistemlerinin birliği öğretisi çürütülürse, temel norm teorisini kabul etmenin nedenlerinden biri de ortadan kalkar. Kelsen'in hukuk sistemlerinin niteliği ve birliği teorisi, doğrudan temel normun rolüyle ilgili ikinci bir kusurla etkisini kaybetmektedir.

Kelsen'in hukuk sisteminin niteliği ve birliğiyle ilgili ikinci aksiyomu, bir sistemdeki tüm kuralların aynı geçerlilik zincirine bağlı olduğunu söylemektedir. Bu aksiyomu değerlendirirken, Kelsen'in, temel normu yok saymanın, bir sistemdeki tüm pozitif kuralların birden çok geçerlilik zincirine bağlı olması anlamına geleceğini iddia ettiğini, hiç değilse imada bulunduğu metnin önceki bölümlerinde ifade edilmişti. Aralarından bazıları geçerliliklerini geleneksel bir anayasaya, diğerleri yasama faaliyetiyle oluşturulmuş bir anayasaya borçludur. İki anayasaya da yetki tanıyarak, bunları tek bir geçerlilik zincirinde birleştiren sadece temel normdur (Raz, 2013: 1176). Böyle durumlarda temel normun norm yapıcı eylemlerle oluşturulan farklı anayasal esasları yetkilendirdiği not edilmelidir. Bunu sağlayan temel normun, hangi anlamda çeşitli normların birliği değil ancak kendisinin bir norm olduğu açık değildir.

Böyle bir ülkeye gelen, yasallaşmış ve geleneksel anayasaların aynı hukuk sistemine ait olup olmadığını merak eden hukuki bilince sahip bir gözlemci, Hans Kelsen'in fikirlerini benimsemiş biri tarafından temel norma yönlendirilecektir. O'na iki anayasaya da yetki tanıyan bir temel normun bulunup bulunmadığının veya her bir anayasanın farklı bir temel normla yetkilendirilip yetkilendirilmediğinin belli olmadığı söylenecektir. Başka sorulara cevaben, temel normun içeriğini bilmek için 'bir düzenin yaratılmasına ve uygulanmasına aracılık eden olguları' ortaya çıkarması gerektiği söylenecektir ki zaten belirleyici olan bunlardır. Kişinin bu izahlar karşısında umutsuzluğa sürüklenmesi mümkündür.

Görünüşe bakılırsa, hukuk sistemi sadece temel normun yardımıyla teşhis edilememekte, temel norm ancak hukuk sisteminin niteliği belirlendikten sonra tanımlanabilmektedir. Gözlemci en azından iki norm dizisinin (geleneksel ve yasalaştırılmış norm dizileri) toplumda etkili olduğunu belirlemeyi başarsa bile, bunların bir veya iki sistem oluşturup oluşturmadıklarını bir Kelsen savunucusu aydınlatamayacaktır. Söz konusu teoriye göre, aynı ülkede iki hukuk sisteminin uygulanmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Her şey temel normu teşhis etme olanağına bağlı olduğu halde, temel norm hukuk sisteminin niteliği bilinmeden tanımlanamaz. Dolayısıyla temel norm, hukuk sistemlerinin niteliği ve birliği sorununu çözemez, kaldı ki Kelsen'in bu duruma karşılık başka bir önerisi de yoktur.

Kelsen'in temel norm kuramını hukukun normatifliğini inşa etme işleviyle incelenmesi, doğal hukuk kuramlarını reddetse bile ısrarla doğal hukuktaki normatiflik kavramını, yani gerekçeli normatifliği kullandığı iddiasına dayanmaktadır. Kelsen hukuk biliminin değerden arınmış olduğunu, özel bir bakış açısını yani hukuk adamınınkini ileri sürerek ve hukuk biliminin bu bakış açısını benimsediğini iddia ederek sağlamaktadır ki söz konusu bakış açısı, temel normu özel, profesyonel ve bağımsız anlamıyla önceden varsaymaktadır. Bu, Kelsen'in kuramının özüdür. Buna, bir bakış açısıyla geçerli kılınan tüm normların tutarlı bir sistem olarak değerlendirilmesi gerektiğini de eklemektedir. Sonuncu tezin eleştirilmesi ve reddedilmesi mümkün ve hatta zorunludur. Çünkü bir kişinin kabul ettiği farklı değerler arasındaki ilişkilerin çarpıtılmış bir görünümüne ve hukuk sistemi kavramında tahribata yol açmaktadır. Ancak burası, Kelsen'in kişisel ahlak yaklaşımının yetersizliğini incelemenin yeri değildir. Yine de, Kelsen'in normatif sistem ve normatif bakış açısı saptamasını reddederken, O'nun normatiflik kuramının diğer temel ilkelerini ve temel normu muhafaza etmenin mümkün olduğunu hatırlamak önemlidir.

Tüm bu tartışmalar, eleştiriler ve değerlendirmelerden sonra şahsi kanaatimizce Kelsen'in kuramı, gerekçeli normatiflik kavramına dayanan mevcut en iyi pozitif hukuk kuramıdır. Kusuru, bağımsız ve yanlış olan diğer öğretilerle ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca, söylemin doğasını hukuk adamının bakış açısına göre açıklama kapasitesine sahip semantik bir öğreti veya söylem öğretisi tarafından desteklenmediği için noksanıdır.

Hukuki düzenin bir süreç olarak, yani kendi hareketi içinde, daha kesin olarak da yukarıdan aşağıya bir üst yetkiden bir alt yetkiye, aşağıdan yukarıya da, bir alt normdan bir üst norma doğru türeyen çifte bir hareket içinde görülmesini sağladığı yadsınamaz

KAYNAKÇA

Kitaplar

ACKERL Isabella, *Vienna Modernism: 1890-1910*, Vienna: Published by the Federal Press Service, 1999.

AKAL Cemal Bali, *Devlet Kuramı*, İstanbul: Dost Kitabevi, 2000.

ARAL Vecdi, *Kelsen' in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2471, İstanbul: Hukuk Fakültesi Yayınları No: 553, 1978.

ARSLAN Hüsamettin, *Epistemik Cemaat, Bir Bilim Sosyolojisi Denemesi*, İstanbul : Paradigma Yayınları, 2007.

AUGUSTİN Saint, *De Libero Arbitrio, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis*, Bruxelles, 1976.

BARNES Barry, *Bilimsel Bilginin Sosyolojisi*, Çev; Hüsamettin Arslan, Sakarya: Vadi Yayınları, 1990.

BARRY Norman, *Modern Siyaset Teorisi*, İstanbul: Liberte Yayınları, 2013.

BAŞGİL Ali Fuat, *Esas Teşkilat Hukuk Dersleri*, İstanbul: Selamet Matba, 1960.

BİX Brian, *Legal Positivism*, Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

BJARUP Jes, *Continental Perspectives on Natural Law Theory and Legal Positivism*, Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

BOBBIO Norberto, *Kelsen ve Hukukun Kaynakları*, Der: Cemal Bali Akal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2002.

BRAUD Philippe, *Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri*, Der: Cemal Bali Akal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2000.

CAN Cahit, *Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi*, Ankara: S Yayınları, 1989.

CEVİZCİ Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul: Say Yayınları, 2014.

ÇİN Halil, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Konya, Konya: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1988.

COMTE Auguste, *Pozitif Felsefe Kursları*, Çev: Erkan Ataçay, İstanbul: Sosyal Yayınlar, 2001.

ÇAĞIL Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971.

ÇEÇEN Anıl, *Adalet Kavramı*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2003.

DAĞI İhsan, *Devlet, Sistem ve Kimlik*, İstanbul: İletişim Yayıncılık, 2004.

DEMİR Ömer, *Bilim Felsefesi*, İstanbul: Ağaç Yayıncılık, 1992.

DOEHRING Karl, *Genel Devlet Kuramı*, Çev: Ahmet Mumcu, İstanbul: İnkılap Yayınevi, 2002.

DOĞAN Özlem, *Kant ve Yeni Kantçılık*, Ankara: Yapı Kredi Yayınları, 2005.

DOSTOYEVSKİ Mihailoviç, *Suç ve Ceza*, Çev: Leyla Şener, İstanbul: Antik Kitap Yayınları, 2010.

DUMONT Louis, *Bireycilik Üzerine Denemeler: Doğuş. XIII. Yüzyıldan Başlayarak Siyaset Kategorisi ve Devlet*, Der: Cemal Bali Akal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2000.

EVANS Graham, *Uluslararası İlişkiler Sözlüğü*, Çev: Ahsen Utku, İstanbul: Gökkuşbu Yayınları, 2007.

GOLDİNG Martin, *Philosophy Of Law*, London: Blacwell Publishhing, 1975.

GÖZLER Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998.

GÖZLER Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Bursa: Ekin Basım Yayıncılık, 2004.

GÖZLER Kemal, *Hukuk Başlangıcı*, Bursa: Ekin Basım Yayıncılık, 2009.

GÜÇLÜ Abdülbaki, *Felsefe Sözlüğü*, Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 2008.

GÜNGÖRMEZ Bengül, *Eric Voegelin, İnsanlık Draması*, İstanbul: Paradigma Yayıncılık, 2011.

GÜRBÜZ Ahmet, *Hukuk ve Meşruluk*, İstanbul: Beta Basım Yayınları, 2004.

GÜRİZ Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2003.

GÜRİZ Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2003.

HANÇERLİOĞLU Orhan, *Felsefe Ansiklopedisi: Kavramlar ve Akımlar*, İstanbul : Remzi Kitabevi, 1993.

HART H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

HEGEL Friedrich, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, Çev: Can Karakaya, İstanbul: Sosyal Yayınları, 1991.

HİMMA Kenneth Einar, *Hukukun Ahlâki Kriterleri Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma*, Çev: Saim Üye, Ankara: Bilge Su Yayınları, 2010.

HİRŞ Ernest, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Ankara: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2001.

İŞIKTAÇ Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.

JORGE Larrain, *İdeoloji ve Kültürel Kimlik*, Çev: N. Nur Domaniç, İstanbul: Sarmal Yayınları, 1995.

KABOĞLU İ. Özden, *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye*, Ankara: İmge Kitabevi, 2007.

KARDEŞ M. Ertan, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı*, İstanbul: İletişim Yayıncılık, 2015.

KELSEN Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925.

KELSEN Hans, *General Theory of Law and State*, translated by Anders Wedberg, Cambridge: Harvard University Press, 1949.

KELSEN Hans, *What is Justice?*, London: California Press, 1957.

KELSEN Hans, *Pure Theory of Law*, translated by Max Knight. 2nd German Ed., New Jersey: University Of California Press, 1989.

KELSEN Hans, *Introduction to Problems of Legal Theory*, Translation by Litschewski Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1992.

KELSEN Hans, *Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği*, Der: Cemal Bali Akal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2000.

KEYMAN Selahattin, *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, Ankara: Doruk Yayınları, 1981.

KEYMAN Selahattin, *Hukuka Giriş*, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniv. Yayınları, 1997.

KUEHEN Manfred, *Immanuel Kant*, Çev: İstanbul: Bülent Doğan, İş Bankası Kültür Yayınları, 2011.

MAGEE Bryan, *Büyük Filozoflar, Platon'dan Wittgenstein'a Batı Felsefesi*, Çev: Ahmet Cevizci, İstanbul: Paradigma Yayınları, 2008.

MUMCU Ahmet, *Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.

OKANDAN Recai Galip, *Umumi Amme Hukuku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1976.

OKURER Cahid, *Gerçek Politika*, Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1969.

ÖKÇESİZ Hayrettin, *Sivil İtaatsızlık*, 3. baskı, İstanbul: Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Aktivi Yayınları, 2001.

ÖKTEM Niyazi, A. Ulvi TÜRKBAĞ, *Felsefe, Sosyoloji ve Devlet*, İstanbul: Der Yayınları, 2001.

ÖZBİLGİN Tarık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.

ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2014.

ÖZCAN Zeki, *Viyana Çevresi Üzerine*, İstanbul: Birleşik Kitapevi, 2012.

ÖZLEM Doğan, *Etik – Ahlak Felsefesi*, İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 2004.

PAŞUKANIS Evgeny B., *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, Çev: Onur Karahanoğulları, İstanbul: Birikim Yayınları, 2002.

POUND Roscoe, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven: Yale University Press, 1992.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Bilimler ve Sanat Üzerine Söylev*, Çev: Sabahattin Eyüboğlu, Ankara: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2015.

SAHAKIAN William, *Felsefe Tarihi*, Çev: Aziz Yardımlı, İstanbul: İdea Yayınları, 1997.

SCHMITT Carl, *Siyasal Kavramı*, Çev: Ece Göztepe, İstanbul: Metis Yayınları, 2006.

SCHMITT Carl, *Die Diktatur, Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 4. Baskı, Berlin: Duncker und Humblot, 1978.

ŞAFAK Ali, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Ankara: Selin Kitapevi, 2002.

TARIK Özbilgen, *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul: İ.Ü.yy, 1976.

TOROSLU Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 1998.

TROPER Michel, *Hukuki Devlet Kuramı Üstüne*, Der: Cemal Bali Akal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2000.

TÜRKBAL Aydın, *Bilimsel Araştırma Yöntemleri ve Yazma Teknikleri*, İstanbul: Aktif Yayınevi, 2003.

TÜRKDOĞAN Orhan, *Bilimsel Araştırma Metodolojisi*, İstanbul: Timaş Yayınları, 2000.

USLU Cennet, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Ankara: Liberte Yayınları, 2009.

ÜLGEN Hilmi Ziya, *Sosyoloji Sözlüğü, Talim ve Terbiye Dairesi Yayınları*, Sözlük Serisi 1, Ankara: Milli Eğitim Basımevi, 1969.

VİN X Lars, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law, Legality and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

VONLANTHEN Albert, *Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm, Schriften zur Rechtslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965.

WACKS Raymond, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*, Çev: Engin Arıkan, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2013.

WOLFGANG Friedmann, *Legal Theory*, New York: Columbia University Press, 1967.

YÜCEL Mustafa Tören, *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2003.

ZİPPELIUS Reinhold, *Das Wesen des Rechts*, München: C.H.Beck, 1965.

Makaleler

ACAR Ali, “Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir? Hukuki Pozitivizmden Yanıtlar”, Sayı 8/2, Ankara: Çankaya University Journal of Law, 2011, ss. 109-131.

AKMAN Şefik, “Hukuk-Politika İlişkisinin Niteliği Üzerine”, *Hukuk Felsefesi Sosyolojisi Arkivi*, 26.Kitap, İstanbul: İstanbul Barosu, 2012, ss. 7-17.

AKTAŞ Sururi, “Liberal Hukuk Kavramı Üzerine Genel Bir Bakış”, Cilt V, sayı 2, İstanbul: Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, 2002, ss. 96-102.

AKTAŞ Sururi, “Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon”, Cilt.4, sayı 1, Erzurum: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, ss. 257-274.

ARSLAN Hüsamettin, “Pozitivizm/Bir Bilim İdeolojisinin Anatomisi”, *Türk Aydın ve Kimlik Sorunu*, ed. Sebahattin Şen, İstanbul: Bağlam Yayıncılık, 1995, ss. 541-583.

ATAY E. Ethem, “Hukukta Meşruiyet Kavramı”, *Haziran Sayısı*, Ankara: Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, 1998, ss.21-34.

AYDEMİR S. Ruhi, “Hans Kelsen’in Saf Hukuk Teorisi ve Devlet Anlayışı”, *ISSN: 1303-5134*, Ankara: Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, 2004, ss. 1-35.

BEZCİ Bünyamin, “Modern Türkiye’de Meşruiyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme”, Cilt 44, Sayı 508, Muğla: Finans, Politik ve Ekonomik Yorumlar, 2007, ss. 5-13.

CARTY Anthony, “The Continuing Influence of Kelsen On The General Perception Of The Discipline Of International Law”, Volume:9, London: European Journal of International Law, 1998, ss. 344-354.

CROZAT Charles, “Asrı Hazır Doktrininde Devlet Telakkisi”, Hukuk İlmi Yayma Konferanslar Serisi, 1936, ss. 17- 19.

ÇAĞIL Orhan Münir, “Hukuk Başlangıcı Dersleri”, Birinci Kitap, İkinci Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963, ss.105-109.

ÇAHA Ömer, “İdeoloji ile Hukuk Arasında Devlet”, yıl:4, sayı:13, Ankara: Doğu-Batı Dergisi, 2001, ss. 87-113.

ÇALIK Ethem, “Hukuk Sosyolojisindeki Temel Yaklaşımlar”, Cilt:3, Sayı:2, Malatya: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, ss. 61-82.

ÇETİNKAYA Buhari, “Hukuksal ve Siyasal Açıdan Meşruiyet”, *Hukuk Vakfı, Birikimler 3*, İstanbul: Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, 2009, ss.9-32.

DAĞDELEN İhsan, “Devlet Bilimi Metodolojisi, Hans Kelsen’in Saf Hukuk Kuramı ve Devlet Anlayışı”, *ISSN: 1303-5134*, Ankara: Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, 2004, ss. 1-44.

FİNNİS John, “The Truth in Legal Positivism The Autonomy of Law”, Oxford: Clarendon Press, 1996, ss. 195-214.

FROSİNİ Vittoria, “Teoria generale del diritto”, *VTET*, vol. XIX, Torino: Novissimo Digesto Italiano, 1975, ss. 5-8.

GEORGE Robert, “Natural Law, American Journal of Jurisprudence”, c. 31, S.1, Boston: Harvard Üniversitesi Yayınları, 2007, ss. 171–196.

GÖZLER Kemal, “Hukukun Genel Teorisine Giriş”, Bursa: USA Yayıncılık, 1998, ss. 56-64.

GÖZLER Kemal, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, No 15, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, ss. 207-249.

GÖZLER Kemal, “Tabîî Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı”, Yıl 4, Sayı 15, Bursa: Muhafazakâr Düşünce Yayınları, 2008, ss. 77-90.

GREEN M. Steven, “Hans Kelsen and The Logic of Legal Systems Volume 54, Number 2, Virginia: ”, *Alabama Law Review*, 2003, ss. 365-413.

GÜVEYİ Ümit, “Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi”, C. XVI, Sa. 3, Ankara: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, ss. 137-162.

HALATÇI Ülkü, “Hukuk, Politika ve Adalet İlişkisinin Yassıada Davası Örneğinde İncelenmesi”, sayı 15, İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, 2007, ss. 112-123.

JABLONER Clemens, “Kelsen and his Circle: The Viennese Years’, Volume:9, No:2, Vienna: *European Journal Of International Law*, 1998, ss.368-385.

JELIC Zoran, “An Observation On Theory Of Law Of Hans Kelsen”, *Law and Politics*, Vol. 1, No 5, Niş: *Facta Universitatis Series*, 2001, ss. 551–570.

KARAHANOĞULLARI Onur, “Marksizm ve Hukuk Yazın İncelemesi”, 57-2, Ankara: Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2003, ss. 61-92

KARAKAŞ Jale, “Hegel’in Hukuk Felsefesinin Temelleri ve Temeli Olduğu Hukuk Felsefesi”, Sayı: 118, Ankara: *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Dergisi*, 2011, ss. 1-28.

KAYIKÇI Sabrina, “Cemal Bali Akal ve Kelsen' in Devlet Anlayışı”, Çoğaltma: AÜ SBF, Ankara: *Kamu Yönetimi Çalışmaları-Devlet Bilimi Dergisi*, 2003, ss. 17-34.

KELSEN Hans, “Professor Stone and the Pure Theory of Law”, Vol. 17, No. 6, Stanford: *Stanford Law Review*, 1965, ss. 1128-1157.

KEYMAN Selahattin, “Hukuki Pozitivizm”, Cilt 35, Sayı 1-4, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1978, ss. 17-56.

LADAVAC N. Bersier, “Hans Kelsen (1881 - 1973) Biographical Note and Bibliography”, Volume:9, No:2, Ceneva: *European Journal Of International Law*, 1998, ss. 391-400.

LEBEN Charles, “Hans Kelsen and The Advacement Of International Law”, Volume 9, London: *European Journal of International Law*, 1998, ss. 287-305.

ÖKTEM Niyazi, “Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı”, Cilt No: 8, Ankara: *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1991, ss. 266-273.

POPOVIC Milijan, “Methodological Models of General Theory Of Law”, Vol. 1, No 6, Serbia: Facta Universitatis Series: Law and Politics, 2002, ss. 659 – 682.

RAZ Joseph, “Kelsen’in Temel Norm Kuramı”, Çev: Şule Şahin CEYLAN, 62 (4), Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, ss. 1169-1193.

ROCCO Alfredo, “Faşizmin Siyasal Doktrini”, Carnegie Endowment for International Peace, 1925, ss. 394-415.

SANCAR T. Yalçın, “Ceza Hukuku-Politika İlişkisi ve TCK’nın 301. Maddesi Bağlamında Düşünce Özgürlüğü Sorunu”, S.15, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2005, ss. 96-111.


SCHAUBER Frederick, “Amending the Presupposition of a Constitution,’ in Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment”, Princeton: Princeton University Press, 1995, ss. 149-150.

STEWART Iain, “The Critical Legal Science of Hans Kelsen”, 17(3), Sydney: Journal of Law and Society, 1990, ss. 273-308.

UYGUR Gülriz, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?,” C.52, S.3, Ankara: AÜHFD, ss. 143-159.

UZUN Ertuğrul, “Hukukun Saf Kuramı-Okuma Notları”, C. 1, S. 5, Eskişehir: Hukuk Kuramı, 2014, ss. 52-63.

ZOLO Danilo, Noberto BOBBÍO, “Hans Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System - A Talk”, Volume:9, No:2, Turin: European Journal Of International Law, 1998, ss. 355-367

ÖZGEÇMİŞ			
Adı, Soyadı	Y. Emre KOÇAK		
Doğum Yeri ve Yılı	İstanbul-1991		
Bildiği Yabancı Diller	İNGİLİZCE		ALMANCA
Eğitim Durumu	Başlama - Bitirme Yılı		Kurum Adı
Lise	2006	2010	Ankara Polis Koleji
Lisans	2010	2014	Polis Akademisi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Uluslararası Güvenlik Bölümü
Lisans	2014		İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (4.Sınıf Öğrencisi)
Yüksek Lisans	2014		Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyoloji Bölümü
Çalıştığı Kurum (lar)	Başlama - Ayrılma Yılı		Çalışılan Kurumun Adı
1.	2014 (Temmuz)	2016 (Ocak)	Beşevler Polis Merkezi Amirliği
2.	2016 (Ocak)	2017 (Mayıs)	İstihbarat Şube Müdürlüğü
3.	2017 (Mayıs)		Osmangazi Emniyet Müdürlüğü
Üye Olduğu Bilimsel ve Mesleki Kuruluşlar	Liberal Düşünce Topluluğu		
Katıldığı Proje ve Toplantılar	TUBİTAK Bilim İnsanı Destekleme Projesi		
Diğer	İngilizce YDS : 85 Puan Almanca YDS: 64 Puan ALES 2014 : 91 Puan		
İletişim (e-posta):	yuemkocak@gmail.com		
	Tarih	08.05.2018	
	İmza		
	Adı Soyadı	Y. Emre KOÇAK	

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

TEZ ÇOĞALTMA VE ELEKTRONİK YAYIMLAMA İZİN FORMU

Yazar Adı Soyadı	Yunus Emre KOÇAK
Tez Adı	Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	Sosyoloji
Tez Türü	Yüksek Lisans
Tez Danışman(lar)ı	Doç. Dr. Bengül GÜNGÖRMEZ
Çoğaltma (Fotokopi Çekim) izni	<input type="checkbox"/> Tezimden fotokopi çekilmesine izin veriyorum <input checked="" type="checkbox"/> Tezimin sadece içindekiler, özet, kaynakça ve içeriğinin % 10 bölümünün fotokopi çekilmesine izin veriyorum <input type="checkbox"/> Tezimden fotokopi çekilmesine izin vermiyorum
Yayımlama izni	<input type="checkbox"/> Tezimin elektronik ortamda yayımlanmasına izin Veriyorum

Hazırlamış olduğum tezimin belirttiğim hususlar dikkate alınarak, fikri mülkiyet haklarım saklı kalmak üzere Uludağ Üniversitesi Kütüphane ve Dokümantasyon Daire Başkanlığı tarafından hizmete sunulmasına izin verdiğimi beyan ederim.

Tarih : 08.05.2018

İmza :

