

# # KELSEN'İN SAF HUKUK KURAMI VE ÖTESİ

(KELSEN'S PURE THEORY OF LAW AND BEYOND)

Dr. Öğr. Üyesi Engin Arıkan \* \*\*

## ÖZ

*Hans Kelsen (1881-1973), hukuki pozitivist kuramın en önemli figürlerinden biridir. Kelsen, saf hukuk kuramında hukuku ahlak ve sosyolojiden bağımsız bir bilim olarak ele alır. Bu bağlamda normların ahlaki değeri veya toplumsal etkinliği, doğrudan hukuki bir varlık doğurmaz ve hukuk biliminin çalışma alanına girmez. Yazar, hukuk normunu ve hukuk sistemini, hukukun normatif niteliği çerçevesinde ele almaktadır. Buna göre hukuk her zaman bir “olması gereken” ögesi ile açıklanmalı ve bunun kaynağı da Hume'un “olan/olması gereken” ayrımı ilkesi doğrultusunda yine başka bir “olması gereken” olmalıdır. Kelsen açısından hukuk, mevcut normların kendi içeriklerinden dolayı geçerli oldukları statik bir sistem değil, üst normlar tarafından yetkilendirilmiş kişilerin irade eylemleri ile normlar yarattığı dinamik bir sistemdir. Düşünüre göre ulusal hukuk sistemleri uluslararası hukukun bir parçasıdır ve uluslararası hukuk ile ulusal hukuk sistemleri bir bütündür. Kelsen, siyaset felsefesinde ise ideoloji karşıtı, rölativist ve demokrat bir yaklaşım benimsemektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Hans Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Normu, Hukuki Pozitivizm

## ABSTRACT

*Hans Kelsen (1881-1973) is one of the most important figures of legal positivist theory. In his pure theory of law, Kelsen treats law as a science independent of morality and sociology. In this context, the moral value or social effectiveness of norms does not directly create a legal entity and does not fall within the field of study of legal science. The author deals with the legal norm and the legal system by focusing on the normative nature of law. Accordingly, the law should always be explained with an “ought” element,*

---

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 18.04.2020. İlk hakem raporu tarihi: 29.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 30.05.2020. Onaylanma Tarihi: 02.06.2020.

\* Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Ana Bilim Dalı

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4264-706X

**Eser Atıf Şekli:** Engin Arıkan, “Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Ötesi”, YÜHFD, C.XVII 2020/2, s.417-446.

*and the source of this element should always be another “ought”. This is in line with Hume's principle of “is/ought” gap. From Kelsen's point of view, law is not a static system in which current norms are valid due to their own content, but a dynamic system in which norms are created through acts of will by those individuals who have been authorized by some higher norm. According to the thinker, municipal legal systems are part of international law and international law and municipal legal systems are a whole. Kelsen adopts an anti-ideological, relativist and democratic approach in his political philosophy.*

**Keywords:** Hans Kelsen, Pure Theory of Law, Legal Norm, Legal Positivism.

\*\*\*

## Giriş

Türk hukuk doktrinde en çok bilinen hukuk felsefecisinin Hans Kelsen olduğu söylenebilir. Kelsen'in kuramındaki belli kavramlar hukukçular tarafından sıkça kullanılsa da düşünürün kuramının analiz edilmesi gereken pek çok inceliği vardır. Bu çalışmada Kelsen'in kuramının ana öğeleri diğer hukuki pozitivist kuramcılarının görüşleri ile karşılaştırılarak açıklanacak, teorik ve pratik düzlemdeki tespitleri analiz edilecektir. Bu sayede Kelsen'in hatalı yorumlara oldukça açık olan saf hukuk kuramının net bir şekilde aydınlatılması ve bu büyük düşünürün demokrasi, uluslararası düzen, anayasal yargı, yorum gibi uygulamaya dönük somut konulardaki fikirlerinin bu konulardaki tartışmalara kazandırılması hedeflenmektedir. Diğer hukuki pozitivist kuramcılar ile yapılan karşılaştırmalar da, Kelsen'in bu kuramdaki pozisyonunu ve hukuki pozitivism farklı görünümünü ortaya çıkaracaktır.

Bu çalışmada ilk önce düşünürün hayatı ve kariyeri sunulacaktır. İkinci olarak, Kelsen'in saf hukuk kuramının metodolojik yaklaşımı açıklanacaktır. Üçüncü olarak, Kelsen'in hukuk normu ve hukuk sistemine ilişkin görüşleri incelenecektir. Dördüncü olarak, yazarın uluslararası hukuka ilişkin fikirleri analiz edilecektir. Beşinci olarak, Kelsen'in siyaset felsefesi ele alınacaktır. Altıncı ve son olarak da Kelsen'in kuramı diğer hukuki pozitivist kuramlar ile karşılaştırılacaktır.

## 1. Hayatı ve Kariyeri

Hans Kelsen, 1881'de dönemin Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun bir parçası olan Prag'da doğmuştur. Orta sınıf, Musevi ve Almanca konuşan ailesi, Kelsen üç yaşında iken Viyana'ya taşınmıştır.

1906 yılında hukuk doktorasını tamamlayan Kelsen, 1911 yılında Viyana Üniversitesi'nde akademik kariyerine başlamıştır. 1919 yılında profesörlük unvanı alan düşünür, I. Dünya Savaşı'ndan sonra yeni kurulan Avusturya Cumhuriyeti'nin anayasasını hazırlamakla görevlendirilen hukukçular arasında yer almıştır. 1920'de kabul edilen ve günümüze kadar genel itibarıyla muhafaza edilen bu anayasada Kelsen'in en önemli katkısı, yasaların anayasal denetimini sağlayacak bir anayasa mahkemesinin oluşturulması olmuştur. 1921'de bu mahkemeye hâkim olarak atanan Kelsen, siyasi itirazlar sonucunda 1930'da bu görevini bırakmıştır. Avusturya'da yükselen aşırı sağ siyasetin etkisiyle Kelsen, 1930'da Almanya'ya göç etmiş ve Cologne Üniversitesi'nde çalışmaya başlamıştır. Ancak Almanya'da da Nazilerin iktidara gelmesiyle yazar, 1933'te İsviçre'ye göç etmiş ve Cenevre'deki Uluslararası Yüksek Öğretim Çalışmaları Enstitüsü'nde çalışmaya başlamıştır.<sup>1</sup>

Kelsen II. Dünya Savaşı'nın başlamasıyla 1940'ta Amerika Birleşik Devletleri'ne göç etmiştir. İlk önce Harvard Üniversitesi'nde ders vermeye başlayan Kelsen, daha sonra 1942'de Roscoe Pound'un da desteği ile Kaliforniya Berkeley Üniversitesi'nde çalışmaya başlamıştır. Bu süreçte Amerikan vatandaşı olan Kelsen, 1944'ten itibaren çalışmalarında uluslararası hukuka yoğunlaşmıştır. Yazar II. Dünya Savaşı sonrası dünya düzeninin uluslararası hukuk açısından nasıl ele alınması gerektiği hakkında önemli katkılarda bulunmuş, Birleşmiş Milletler'in yapısı ve savaş suçlularının yargılanması konularında önemli görüşler ileri sürmüştür. Kelsen 1952'de öğretim görevlerini bırakarak emekli olmasına rağmen akademik çalışmalarına ve yayınlarına devam etmiş, 1973'te 92 yaşındaki vefatına kadar dört yüze yakın eser kaleme almıştır.<sup>2</sup>

Yazarın en önemli eserleri arasında, 1934'te yayınlanan *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, 1944'te yayınlanan *Hukuk Yoluyla Barış*, 1945'te yayınlanan *Genel Hukuk ve Devlet Kuramı*, 1960'da güncellenen *Saf Hukuk Kuramı* ve vefatından sonra Hans Kelsen Enstitüsü tarafından derlenerek 1979'da yayınlanan *Genel Normlar Kuramı* sayılabilir.

Kelsen, hukuki pozitivist bir hukuk felsefecisidir. Bu bağlamda Kelsen kuramını doğal hukuk ve sosyolojik hukuk yaklaşımlarından farklı bir düzlemde inşa eder ve bunlardan ayırıştırır. Diğer yandan Kelsen'in hukuki

<sup>1</sup> Nicoletta B. Ladavac, "Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography", *European Journal of International Law*, Cilt: 9, Sayı: 1, 1998, ss. 391-393.

<sup>2</sup> *Ibid.*, ss. 393-394.

pozitivizmi hukukun normatif niteliğini ön plana aldığından dolayı toplumsal olgu temelli Anglosakson hukuki pozitivistlerinden de farklıdır. Yazarın hukuk kuramı uluslararası hukuk ile ulusal hukuku bir çatı altında birleştirmesi açısından da önemli bir pozisyon teşkil eder. Son olarak Kelsen'in hukuk felsefesinden beslenen siyaset felsefesi de adalet, demokrasi ve ideoloji konularında özgün fikirler getirmektedir. Aşağıdaki başlıklarda bu konular sırasıyla ele alınacaktır.

## 2. Saf Hukuk Kuramının Metodolojik Yaklaşımı

Kelsen'in hukuk felsefesinin odağında hukuk biliminin hukuka yabancı öğelerden arındırma fikri yatar. Yazara göre hukuk bilimi; etik, sosyoloji, siyaset gibi hukuktan bağımsız unsurlarla beraber ele alınmakta ve bu sebeple hukuka dair çarpık iddia ve tespitler ortaya çıkmaktadır. Düşünür, “saf” hukuk kuramı ile bu sorunları bertaraf etmeyi hedefler.

Bu kapsamda Kelsen'in hedef aldığı ilk yaklaşım, hukuk biliminde hukuk ile etiği birleştirme eğilimidir. Doğal hukuk kuramları ve bu kuramlardan beslenen doktrinin iddiası, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki olduğu ve bu ilişki doğrultusunda hukukun anlaşılması gerektiğidir. Buna göre hukuk, yalnızca insan ürünü toplumsal bir olgu, pozitif hukuk değildir. Hukuk, ilgili doğal hukuk kuramının temellendirmesine bağlı olarak kaynağını ve nihai geçerliliğini doğadan, insan aklından veya Tanrı'nın iradesinden alır. Kelsen ise bu kuramların bilimsel bir temelini olmadığına işaret eder. Doğal hukuk kuramları “ahlak” veya “adalet” kavramları üzerine inşa edilir. Bu kavramların içeriği hakkında belli iddialarda bulunulduktan sonra bir “doğal hukuk” düzeni türetilir ve en sonunda da hukukun nihai özüne dair çıkarımlarda bulunulur. Kelsen'e göre ise, ahlak veya adalet kavramlarının içeriklerine insanın bilişi vasıtasıyla nesnel bir şekilde erişilemez. Ahlak veya adalet bilimsel olarak gözlemlenemez ve nesnel bir şekilde ne olduğu hakkında bir yargıda bulunulamaz. Kelsen bu noktada etiğin veya ahlak felsefesinin kendisine bir itirazda bulunmamaktadır. Ahlaki yargılarda tabii ki bulunulabilir, bulunulmaktadır ve bulunulmalıdır da. Ancak buradaki itiraz bu yargıların bilimsel gereklilikleri sağlamasının mümkün olmadığı ve bu nedenle de hukuk “biliminin” bir parçası olamayacağıdır. Etik, hukuk biliminden ayrı bir alandır ve bu şekilde ele alınmalıdır.<sup>3</sup> Kelsen hukukun zorunlu olarak

<sup>3</sup> Hans Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş**, Çeviren: Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora Kitap, 2016, ss. 13-19; Hans Kelsen, **General Theory of Law & State**, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: A. Javier Trevino, New Jersey: Transaction Publishers, 2006, ss. 5-13.

ahlaki bir özünün olduğunu ileri süren doğal hukuk anlayışının bilimsel olmadığı gibi tehlikeli olduğuna da işaret eder. Hukuk doktrininde yaygın olan bu çarpık anlayış, hukuku ahlakilik ile birleştirerek, hukuka karşı eleştirellikten uzaklaşılmasına ve akılcı olmayan bir şekilde olası otokratik veya aristokratik devlet düzenlerinin meşrulaştırılmasına sebep olur.<sup>4</sup>

İkinci olarak Kelsen, hukukun sosyolojik bir yaklaşımla toplumsal olgular ile açıklanmasına itiraz eder. Düşünürü göre hukuk normunun esas ögesi bir “olması gereken”dir, “olan” değil. Bu nedenle hukuk bilimi, irade eylemlerinin anlamlarını ifade eden hukuk *normlarını* araştırma konusu olarak almalıdır, bunlara ilişkin olan *olguları* değil. Sosyolojik açıklamalar ise hukuk ile bağlantılı olan belli olguları ele alarak bunlar arasında neden-sonuç ilişkileri kurmaya çalışır. Ancak Kelsen’e göre bu yaklaşım hukuka dair pek çok önermeyi betimlemeye elverişli değildir. “X, Y’ye borçludur”, “X, Y’ye 1000 lira ödemekle yükümlüdür.” gibi hukuki önermeler bir olması gerekeni ifade eder, bir olguyu değil. X’in Y’ye parayı ödediğine veya ödememesi halinde yaptırımın uygulanacağına dair *olgusal* önermeler ile borcun ödenmesi *gerektiği* veya yaptırımın uygulanması *gerektiğine* dair *normatif* önermeler farklı düzlemdir. Sosyolojik yaklaşımda ise bu önermeler, ancak geleceğe dair bir neden-sonuç öngörüsünü ifade edebilir: “X, Y’ye borcunu muhtemelen ödeyecektir, eğer ödemezse tazminata mahkûm olabilir” gibi. Kelsen’e göre ise bu betimlemeler hukuk bilimindeki esas sorular olan “geçerli hukuk nedir?”, “geçerli hukuka göre ne olmalıdır?” sorularına cevap veremez. Bu sebeple düşünürü göre hukuk sosyolojisi asla hukukun normatif boyutuna eğilen bir hukuk biliminin yerini alamaz. Örneğin bir din söz konusu olduğunda o dine göre “kuralların” neler olduğunu, bu kurallara göre nelerin “olması gerektiği” ve bu kuralların “geçerliliğinin” nereden geldiğini inceleyen dogmatik teoloji asli, bu dinin uygulamasına ilişkin toplumsal olguları inceleyen din sosyolojisi ise talidir. Bir dini anlamak için öncelikle o dinin dogmatik teolojisini anlamak gerekir. Normatif hukuk bilimi ile hukuk sosyolojisi arasındaki pozisyon farkı da bu şekildedir. Asli hukuk bilimi normatif olandır, sosyolojinin hukuk anlayışımıza katkısı ancak tali olabilir.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Hans Kelsen, “Law and Morality”, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 91-93.; Hans Kelsen, “The Idea of Natural Law”, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 58-60.

<sup>5</sup> Hans Kelsen, **Pure Theory of Law**, 2. Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Max Knight, Berkeley: University of California Press, 1967, ss. 104-107.

Son olarak Kelsen, hukuk biliminin siyasi bir ajanda ile ele alınmaması gerektiğini savunur. Düşünürü göre hukuk sistemlerinin belli kuramlar tarafından çeşitli siyasi-ahlak öğelerini taşımadığı için geçersiz ilan edilmesi veya belli siyasi-ahlak değerlerini taşıdığı için meşru, itaate layık olarak tescil edilmesi bilimsel bir yaklaşım değildir, ideolojiktir. Bilim, araştırma konusunu aydınlatmaya ve anlamaya yönelmelidir. Siyasi bir ajanda ise gerçekliği bulmaktan ziyade belli bir menfaatin gerçekleşmesini talep eder. Kelsen her ne kadar belli siyasi hedeflerin değerli olabileceğini reddetmese de, bu faaliyetlerin bilimsel çalışmalardan ayrık ve onlara tesir etmeden gerçekleştirilmesi gerektiğini savunur. Aksi takdirde bilimsel olmayan siyasi bir iddia sanki bilimselmiş gibi ileri sürülmüş olur ve gerçek çarpıtılır. Bilimsel çalışmalar, bilimsel olmayan öğelerin varlığı halinde gerçekliği tespit edemez. Kelsen'in savunduğu saf hukuk kuramı siyasetten bağımsızdır ve hukukun betimlenmesine eğilir, siyasi düzeninin eleştirilmesine, savunulmasına veya değiştirilmesine değil.<sup>6</sup>

### 3. Hukuk Normu ve Hukuk Sistemi

Kelsen hukuku bir normlar sistemi olarak ele alır. Düşünür normu, bir kişinin belli bir şekilde davranması gerektiğini ifade eden bir irade eyleminin anlamı olarak tanımlar. Bu açıklamadaki en önemli öge “*olması gereken*” (İngilizcesi *ought*, Almancası *sollen*) unsurudur. Normlar, belli bir olgunun var olduğunu veya var olacağını ifade etmezler ve edemezler. Örneğin hırsızlık yapılmamalıdır normu, hırsızlığın olmadığını veya olmayacağı manasına gelmez. Olguların varlığına dair önermeler ancak “olan”a (İngilizcesi *is*, Almancası *sein*) ilişkin betimlemeler ile yapılabilir. Bu anlamda normlar, olgulara ilişkin önermelerden kategorik olarak farklı bir düzlemedir. Bu düzlemdeki anlam da işte bu “olması gereken” fikri ile kavranabilir. Kant ve Hume’un da vurguladığı üzere olan ile olması gereken arasında kavramsal bir farklılık vardır ve biri ile diğeri arasında varlıksal bir bağlantı kurulamaz. Bir şeyin var olması onun olması gerektiği veya bir şeyin olması gerektiği onun var olduğu manasına gelmez. Bu sebeple “olan” düzleminde yer alan toplumsal olgular kendi başlarına bir “olması gereken” ifade eden normları var edemez. Dolayısıyla sadece toplumsal olguların gözlemlenmesi ve betimlenmesi ile bir normlar sistemi olan hukukun açıklanabilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda hukuk, salt toplumsal olgulara indirgenemez. Örneğin bir grup insanın çoğunluğunun büyük bir

<sup>6</sup> Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş...**, ss. xx-xxiv.; Hans Kelsen, **The Communist Theory of Law**, New York: Praeger, 1955, s. 193. *YUHFD Cilt. XVII No.2 (2020)*

binanın çatısı altında belli tartışmalardan sonra ellerini kaldırıp indirmeleri kendi başına bir yasanın varlığını ifade etmez veya bir polis memurunun “dur” diye bağırması kendi başına bir hukuki direktifi oluşturmaz.<sup>7</sup>

Kelsen'in bu açıklamaları, normların “olması gereken” boyutunu ve “olan/olması gereken” ayrımından kaynaklanan kavramsal sınırları aydınlatmakla beraber başka bir sorunu doğurur. Bu da normların varlığının kaynağı meselesidir. Eğer normlar belli toplumsal olgulardan çıkamıyorlar ise (olan/olması gereken ayrımı bu açıklamanın kavramsal olarak yanlış olduğunu gösterir) o zaman normların varlığı nereden gelir? Kelsen'in bu soruya verdiği cevap *geçerlilik* kavramındadır. Normların varlıkları belli toplumsal olgulardan değil, onları geçerli kılan bir *üst* normdan gelir. Örneğin bir grup insanın meclis adı verilen bir binanın çatısı altında yaptıkları oylama sonucunda bir metni onaylamaları kendi başına bir yasa oluşturmaz. Söz konusu insanların meclis adı verilen bir binanın çatısı altında onayladıkları metinleri yasa haline getirmelerine yetki veren, söz konusu kişiler tarafından onaylanan metinlerin yasa olması gerektiğini ifade eden bir üst norm sayesinde bunlar yasa haline gelir. Aynı durum polis memurunun bağırışı için de söz konusudur. Bu sesin kendisi bir toplumsal olgu olarak hukuk normunu teşkil etmez, ilgili polislere belli koşullarda emir verme yetkisi veren, bu emirlere uyulması gerektiğini ifade eden bir üst norm sayesinde polisin direktifleri geçerli hale gelir. Görüldüğü üzere normların varlığı onların geçerliliğinden gelir. Üst norma geçerlilik veren normun geçerliliği de yine başka bir üst *normdan* gelir, toplumsal bir olgudan değil. Hukuk kendi varlığını (dolayısıyla geçerlilik şartlarını) kendisi düzenleyen dinamik bir sistemdir. Hukuk bu bağlamda, her bir normun geçerliliğini kendisinden üstün olan başka bir normdan aldığı bir normlar hiyerarşisini ifade eder.<sup>8</sup>

Kelsen normlar hiyerarşisini üç aşamada ele alır. Bu hiyerarşinin en üstünde anayasa vardır. Ancak buradaki anayasa şekli anlamda değil, maddi anlamda anayasa olarak anlaşılmalıdır. Kendisine anayasa denilmeyen, yazılı olmayan ancak anayasanın maddi içeriğine sahip kurallar bütünü de bu bağlamda anayasa manasına gelir. Bu açıdan her devletin bir anayasası vardır. Kelsen maddi anlamda anayasayı, genel normların nasıl yaratılacağını düzenleyen ve bunu yapacak olan kurumları veya makamları

<sup>7</sup> Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş...*, ss. 23-26, Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Michael Hartney, New York: Oxford University Press, 2011, ss. 58-62., ss. 79-82., s. 86.

<sup>8</sup> Kelsen, *Pure Theory of Law...*, ss. 2-9.; Kelsen, *General Theory of Law & State...*, ss. 123-124.

yetkilendiren norm veya normlar bütünü olarak tanımlar. Anayasa aynı zamanda genel normların içeriğine kısıtlamalar da getirebilir ancak bu zorunlu değildir. Normlar hiyerarşisinin ikinci aşamasında işte bu genel normlar yer alır. Modern devletlerde anayasalar genel normlar oluşturmakla yetkili yasama organları ve idari organlar belirler. Ancak bu da bir zorunluluk değildir; bu özel organlar olmaksızın da mahkemeler genel normlar oluşturmakla yetkilendirilebilir. Kelsen bu istisnai durumu belirtmekle beraber analizini modern devletlerdeki kurumlara ve genel norm tiplerine yoğunlaştırır. Modern devletlerde genel normlar; yasalar, kanun hükmünde kararname ile örf ve adet hukuku olarak sıralanabilir. Genel normlar, normlar hiyerarşisindeki bir sonraki aşamada olan birel normların içeriğini belirler. Bu genel normlar aynı zamanda norm uygulayıcı organları oluşturur. Normlar hiyerarşisinin üçüncü aşamasında ise mahkemelerin kararları, idari kurumların özel nitelikteki işlemleri gibi birel normlar yer alır. Mahkemeler ve idari kurumlar, norm uygulayıcı organlar olarak genel normlara dayanarak birel normları oluşturur.<sup>9</sup>

Kelsen'in toplumsal olgulara atıfta bulunmadan temellendirdiği geçerlilik açıklaması normların nasıl varlık kazanabileceği konusuna bir cevap vermekle beraber sistemin en üstünde yer alan norm olan anayasa açısından bir soru işareti doğurur. Bu da anayasanın geçerliliğinin nasıl açıklanacağı meselesidir. Anayasanın üstünde başka bir pozitif norm olmadığına göre anayasanın geçerliliği diğer normların temellendirildiği gibi temellendirilemez. Kelsen bu meselenin ancak anayasanın geçerliliğinin varsayılması ile çözülebileceğini söyler. Bir varsayım olan *Grundnorm*, anayasanın geçerli olduğunu ifade eden nihai normdur. Hukukçular anayasanın gereklerine itaat edilmesi gerektiğini doğru varsayıp, bu noktadan itibaren devam eden normlar hiyerarşisindeki normları geçerli kabul eder. Kelsen bu akıl yürütmeyi, bir baba ile oğlu arasındaki farazi bir konuşmada canlandırır. Bir baba çocuğuna okula gitmesini emrettiğinde çocuk bu emrin geçerliliğini sorgular. Baba da bu emrin geçerliliğini çocukların ebeveynlerine itaat etmesi gerektiği kuralına dayandırır. Çocuk bu kuralın da geçerliliğinin nereden geldiğini sorar. Baba da bunun Tanrı'nın emrinden geldiğini söyler. Çocuk ise ısrarını sürdürerek neden Tanrı'nın emirlerine itaat edilmesi gerektiğini sorar. Baba da nihayetinde Tanrı'ya itaat edilmesi gerektiğine ilişkin normun sorgulanamayacağını, Tanrı'ya inananların bunu zaten gerçek kabul ettiklerini söyler. Kelsen'e göre hukuki akıl yürütme de bu şekilde işler. Hukuki akıl yürütmede anayasanın

<sup>9</sup> Kelsen, *General Theory of Law & State...*, ss. 124-135.  
YUHFD Cilt. XVII No.2 (2020)



geçerliliği zorunlu olarak varsayılır. Bu noktada Kelsen, saf hukuk kuramının hukuka itaat etme yükümlülüğünü savunmadığını, sadece hukuki akıl yürütmede bulunabilmek için anayasanın geçerliliğinin bu bağlamda varsayılmasının kavramsal bir zorunluluk olduğunu belirtir. *Grundnorm*'un varsayılması pozitif hukuka herhangi bir değer atfetmez, sadece söz konusu yasaların bilişsel olarak anlaşılmasına imkân verir.<sup>10</sup>

Bu noktada anayasanın geçerliliğini belli bir siyasi harekete veya belli tarihsel gelişmelere dayandırmak akla gelebilir ancak bu hamle “olması gerekeni” ifade eden bir normu, bir takım “olanları” ifade eden toplumsal olgulara indirger ki bu da yukarıda ifade edilen olan/olması gereken ayırımından dolayı yanlıştır. Bir diğer deneme, anayasanın geçerliliğini belli başlı değerlere ve ahlaken meşru normlara dayandırarak yapılabilir. Ancak burada da iki sorun söz konusudur. İlk olarak hukuk, hukuki olmayan bir öge ile temellendirilmektedir ki bu ilk bölümde ifade edildiği üzere metodolojik olarak hatalıdır. İkinci olarak Kelsen, hukuk biliminden bağımsız olarak söz konusu adalet veya doğru ahlak kavramlarının bilişsel olarak erişilebilir olmadığı görüşündedir. Belli bir ahlaki görüşün doğru olduğuna dair önermeler baştan hatalıdır çünkü ahlak, “olan” dünyasında değildir. Bu akıl yürütme, var olan hukuk sistemlerinin geçersiz sayılması gibi toplumsal gerçekliklere ters çıkarımlara varır. Bu sebeplerden ötürü pozitif hukukun parçası olan bir anayasaya ahlaki bir temele dayanılarak hukuki bir geçerlilik sağlanamaz. Bu normatif geçerlilik ancak kurgusal olarak varsayılabilir.<sup>1112</sup>

Normların geçerliliğinin üst bir normdan sağlanması her ne kadar asli ve gerekli olsa da yeterli değildir. Kelsen'e göre normların geçerli olabilmesi için bir diğer koşul *etkililiktir*. Etkililik, norma genellikle uyulduğu ve normun genellikle uygulandığını ifade eder. Süjelerin bir norma bazı hallerde uymaması veya mahkemelerin bir normu bazı davalarda

<sup>10</sup> Kelsen, **Pure Theory of Law...**, ss. 193-205.

<sup>11</sup> **Ibid.**, ss. 217-221.

<sup>12</sup> Kelsen, en son yazılarının derlendiği General Theory of Norms'ta *Grundnorm*'u bir varsayım değil, bir kurgu olarak ifade eder. Kelsen, **General Theory of Norms...**, s. 256. Ancak burada Kelsen'in ciddi bir fikir değişikliği yoktur. Yazarın bu eserinde kullandığı örnek ile önceki eserlerinde kullandığı örnek aynıdır: “Dini bir ahlak sisteminde Tanrı'nın emirlerine uyulmalıdır” normu ile bir hukuk sistemindeki “anayasanın hükümlerine uyulmalıdır” normu geçerli varsayılır. Kuramını güncellediğine ilişkin bir ifadesi de mevcut değildir. Varsayım, “belli hallerde” var “olduğu” kanıtlanabilir anlamını ifade edebilir. Ancak Kelsen'in kastı bu değildir, yazar varsayımdan var “olmayanı” kasteder. “Kurgu” ise “hiçbir koşulda” var olmayan bir şeyi ifade ettiğinden daha net bir kavramdır.

uygulamaması normun geçerliliğini ortadan kaldırmaz. Ama uyulma ve uygulanma niteliğini hepten kaybeden bir normun “bir kişinin belli bir şekilde davranması gerektiğini ifade eden bir irade eylemi” olarak anlamı kalmaz. Bu tip normların geçerliliği ve varlıkları sona erer. Etkililik bu bağlamda geçerliliğin bir sebebi değildir, onun bir koşuludur. Bu koşul çeşitli normlar hiyerarşileri arasından neden etkili olanların geçerli olarak ele alınması gerektiğini de gösterir. Örneğin bir grup arkadaş kendi aralarında belli bir “anayasa” kabul edip, bu anayasaya göre yasalar çıkarıp, kendi kurdukları mahkemeler vasıtası ile bunları uygulamaya karar verirse bu “sistem” ya kendi başına etkili olmaktan aciz kalacak veya etkili bir hukuk sistemi tarafından etkisiz hale getirilecektir. Dolayısıyla normun insan davranışını bir olması gereken doğrultusunda yönlendirmesi mümkün olmayacaktır. Geçerlilik sadece etkililiği haiz normlar için söz konusu olabilir.<sup>13</sup>

Kelsen, hukuk normlarını diğer normlardan ayıran nitelikleri ele alırken hukukun cebri niteliğine ve yaptırımlarına işaret eder. Düşünüre göre hukukun alametifarikası, normlarının ihlali halinde bunlara karşı fiziksel güç kullanımının toplumsal olarak düzenlenmiş olmasıdır. Ahlak veya din gibi normatif sistemlerde ise bu unsur zorunlu olarak yoktur veya toplumsal bir örgütlenme söz konusu değildir. Yaptırım bu sebeple hukuk normunun asli öğelerinden bir tanesidir. Yaptırımı olmayan kurallar, bağımsız normlar değildir<sup>14</sup>. Ancak yaptırım sahibi diğer kurallar ile birleşerek tam bir hukuk normu olurlar. Bu noktada hukuku diğer cebri normlardan ayırmak gerekir. Örneğin silahlı bir haydut da parasını vermesini talep ettiği bir adama karşı cebri nitelikte bir emir ileri sürer. Kelsen’e göre bu haydudun emrini hukuk normundan ayıran unsur, birbirleri arasındaki içerik farkı değildir. Pekâlâ, söz konusu hukuk sistemi hayduda kıyasla ahlaken daha kötü de olabilir; “haydut” ise aldığı parayı yoksullara dağıtıyor olabilir. Düşünüre göre izole tekil bir norm kendi başına bir hukuk sistemi olamaz. Haydudun emri tekil bir normdur. Hukuk sistemi ise bir normlar bütünüdür. Söz konusu normun, bir hukuk normu olabilmesi için hiyerarşik bir sistemde geçerliliğe sahip olması gerekir. Bir vergi kanunu bu açıdan bir üst norm olan anayasadan geçerliliğini aldığı için haydudun emrinden farklılaşır. Bu aşamada da bir haydutlar çetesinin belli bir bölgede çoğul normlardan oluşan bir sistem

<sup>13</sup> Kelsen, **General Theory of Law & State...**, ss. 39-42.

<sup>14</sup> Sözleşmeler başta olmak üzere hukuki işlemlerin yaptırımları yoktur. Ancak bunlar da hukuk sisteminin parçalarıdır. Bu normlar, bağımsız değildir, kendi başlarına yaptırımdan yoksun oldukları için yaptırımı olan üst norm ile *birlikte* tam bir normu ifade ederler. Kelsen, **Pure Theory of Law...**, 256-262.

oluşturma ihtimali akla gelebilir. Kelsen'e göre bu sistemin objektif biçimde hukuk olarak nitelenmemesinin sebebi kalıcı bir etkililiğe sahip olmamasıdır. Bu sebeple hukuk bilimi kalıcı etkililiği haiz olan sistemin *Grundnorm*'unu geçerli varsayarak bu normun geçerli kıldığı normlar sistemini objektif olarak hukuk sayar. Ancak söz konusu sistem kalıcı etkililiği haiz hale gelir ise o zaman o sistemin de o bölge ve insanlar üzerinde bir hukuk sistemi kurduğu kabul edilebilir.<sup>15</sup>

Kelsen hukuk normlarının birçok işlevi olabileceğini belirtir. Bunlar emir, izin, yetkilendirme ve tadildir. Bir hukuk normu; belli bir davranışın gerçekleştirilmesini emredebilir. Bunun yanı sıra, belli bir davranışa izin verebilir, belli normların uygulanması veya yeni normların oluşturulması için belli kişileri yetkilendirebilir ve son olarak da başka normların geçerliliğine son vererek onları tadil edebilir. Görüldüğü üzere hukuk normları işlevsel olarak çok yönlüdür, sadece emir vermezler.<sup>16</sup>

Kelsen hukukun işleyişini ve yargı sürecini açıklarken klasik hukuk öğretisinden oldukça farklı bir çerçeve çizer. Özellikle Kıta Avrupası hukuk öğretisinde hâkimlerin önlerindeki vakaya uygulanacak mevcut hukuku “bulup” uyguladıkları kabul edilir. Düşünüre göre ise hâkimler verdikleri her hükümde yeni bir norm yaratır. Bu birel norm, genel norm ile ilişkilidir; ancak tümdengelim gibi bir mantıksal akıl yürütme ile çıkartılamaz. Her birel norm zorunlu olarak hâkimin o vakadaki kendi iradesi ile oluşur<sup>17</sup>. Diğer yandan Kelsen, kimi Anglosakson hukuk öğretilerinde olduğu gibi hâkimlerin en azından kimi vakalarda hukuku uygulamadıkları, sadece hukuk yarattıkları görüşünü de hatalı bulur. Bu tip vakalarda dahi hâkimler kendilerine yetki veren normları uyguladılar, ancak bunun sonucu olarak yeni bir norm yaratabilirler. Sonuç olarak Kelsen'e göre yargı sürecinde genel normların uygulanması ve birel normların yaratılması iç içedir ve her iki unsur da her zaman mevcuttur. Hukukun uygulanması ile yaratılması arasında bir ayrılık yoktur, birlikte icra edilir<sup>18</sup>. Hukukun yaratılması kavramının tipik görünümü olan yasama işlemi dahi bu yetkiyi veren anayasal üst normlar uygulanır, sadece hukuk yaratılmaz.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Kelsen, **Pure Theory of Law...**, ss. 33-50.

<sup>16</sup> Kelsen, **General Theory of Norms...**, ss. 96-114.

<sup>17</sup> Hans Kelsen, “Law and Logic”, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 246-251.

<sup>18</sup> Vecdi Aral, “Kelsen'in Hukuk Anlayışı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, s. 535.

<sup>19</sup> Kelsen, **General Theory of Law & State...**, ss. 153-161.

Bu noktada açıklanması gereken önemli bir konu, üst normlara aykırı olarak oluşturulduğu iddia edilen ast normlardır. Kelsen bu konuda üst normların ast normları doğrudan belirlemediğinin ve ast normların üst normlara aykırı bir şekilde oluşturulma ihtimalinin mevcut olduğunun altını çizer. Ancak bu iddianın sıradan bir kişi tarafından öne sürülmesinin Kelsen'e göre hukuki anlamda herhangi bir önemi yoktur. "Bu mahkemenin kararı hükümsüzdür", "Bu yasa anayasaya aykırı olduğu için yok hükmündedir" gibi iddialar kendi başlarına bir anlam ifade etmezler. Hukuken belirleyici olan bu tip bir hükmü bozma ile yetkilendirilmiş olan hukuki organın görüşüdür. Mahkemeler bu noktada uygunluk denetimi yaparak ast normu iptal edebilir. Ancak bu aykırılıklar bir iptal sebebidir, kendiliğinden normu hükümsüz hale getirmez. Mahkemeler söz konusu normu iptal etmeyebilir de. Bu iptal işlemi gerçekleşinceye kadar ilgili karar veya yasa geçerlidir.<sup>20</sup> İptalin gerçekleşmemesi halinde bir üst mahkemeye daha da başvurulabilir ancak bir noktada söz konusu işlem kesinleşecektir ki (*res judicata*) o aşamada artık ilgili hükmün hukuki niteliğini sorgulamak Kelsen'e göre anlamsızdır. Bu durumlarda artık hukuk sistemi, bu normları yaratanlar tarafından değiştirilmiş hale gelir. Örneğin yasaya sözde aykırı bir karar veren mahkemenin kararının kesinleşmesi halinde artık bu vakada geçerli hukuk o mahkemenin kararıdır. Veya üst mahkemelerin içtihatlarının bağlayıcı olduğu hukuk sistemlerinde bu tip kararlar genel normlar haline gelir. Son olarak, anayasaya aykırı olduğu iddia edilen bir yasa, eğer bunu iptal etmekle yetkili bir anayasa mahkemesinin olmaması veya mahkemenin iptal etmemesi halinde geçerlidir<sup>21</sup>. Bu tip durumlarda yasama meclisi anayasanın ilgili kısımlarını o yasanın kapsamı dâhilinde tadil etmiş olur. Kelsen'e göre tıpkı kimi durumlarda mahkemelerin birel normlar oluşturmanın ötesinde bağlayıcı içtihatlar yoluyla genel normlar oluşturmaları gibi, yasama meclisi de kimi durumlarda genel normlar

<sup>20</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki Kelsen hukuk öğretisinde ifade edilen „kesin hükümsüzlük“ veya “yokluk” hallerini hatalı kavramlar olarak niteler. Kelsen'e göre bu durumlar sadece “iptal edilebilir” statüsünde olarak ele alınmalıdır. Bazı iptal işlemleri en baştan itibaren söz konusu işlemin etkilerini ortadan kaldırırken bazı iptal işlemleri iptal kararından itibaren bu işlemin geçersiz kılar. Ama her iki ihtimalde de ilgili işlem kendiliğinden hükümsüz değildir, yalnızca yetkili kurumun iptal kararı bunu gerçekleştirebilir. Kelsen, **Pure Theory of Law...**, ss. 276-278.; Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumlanması Sorunu**, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998, s. 222.

<sup>21</sup> Mehmet Turhan, “Kelsen'e Göre 'Anayasaya Aykırı' Yasa”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 27**, Editörler: Hayrettin Ökçesiz & diğerleri, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2016, ss. 382-387.

oluşturmanın ötesinde anayasayı dahi tadil edebilir. Kelsen, yasamanın anayasaya aykırı şekilde genel normlar oluşturmasının engellenmesi için anayasa mahkemelerinin elverişli bir araç olduğunu ancak bu veya başka herhangi kurumun anayasanın korunması konusunda mutlak bir garanti sağlayamayacağını belirtir.<sup>22</sup>

Son olarak, Kelsen hukukun yorumlanması konusunda pasif bir konum alır. Düşünürre göre hukukun yorumlanması, her ne kadar doktrin aksini iddia etse de belli bir hukuk “mantığı” çerçevesinde “hukuki” bir çözüm olamaz. Hukukun uygulanması sürecinde yukarıda belirtildiği üzere zorunlu olarak genel normlar temel alınarak yeni birel normlar yaratılacaktır. Bu kapsamda hiçbir genel norm tam manasıyla belirli olamaz, uygulama aşamasında yeni bir norm oluşturularak daha belirli hale getirilmelidir. Bu süreçte de zorunlu olarak hâkimin iradesi rol oynayacaktır. Kelsen’e göre hukuku uygulayan mahkemelerin (ki bu mahkemeler aynı zamanda yeni normlarda da yaratır) yaptığı yorumlar her zaman otantiktir, yeni hukuk yaratır. Kelsen’e göre doktrin tarafından öne sürülen çeşitli yorum metotlarının hiçbiri “hukuki” bir çözüm sunmaz. Düşünürre açısından bilimsel bir hukuk anlayışı asla belli bir yorum yönetiminin hukukiliğini veya doğruluğunu iddia edemez. Saf hukuk kuramı sadece ihtimal dâhilindeki yorum uygulamalarını tespit ederek, yasa koyuculara arzu edilmeyen (eğer arzu edilmiyor ise) belirsizliklerin varlığı hakkında bilgi verebilir. Bunların asgari hale getirilmesi ile de hukuk güvenliği arttırılabilir.<sup>23</sup>

#### 4. Uluslararası Hukuk

Uluslararası hukukun, gerçek manada hukuk olup olmadığı veya ulusal hukuk ile bir bütün oluşturup oluşturmadığı, hukuk felsefesinde önemli bir tartışma konusudur. Kelsen’in bu konudaki görüşüne göre uluslararası hukuk tam manasıyla hukuktur ve ulusal hukuk ile bütünleşiktir. Uluslararası hukuk normları, diğer hukuk normları gibi insan davranışını düzenler. Uluslararası hukuk bunu bazı hallerde doğrudan bir şekilde yapar; örneğin korsanlığın uluslararası düzeyde yasaklanması gibi. Çoğu halde ise uluslararası hukuk, insan davranışını dolaylı bir şekilde düzenler; devletlerin vatandaşları üzerindeki kontrolü aracılığıyla bu sağlanır. Uluslararası hukukun en önemli işlevi, devletlerin sınırlarının ve vatandaşlık ilişkilerinin

<sup>22</sup> Kelsen, *Pure Theory of Law...*, ss. 232-255., ss. 267-78; Kelsen, *General Theory of Norms...*, ss. 268-272.

<sup>23</sup> Kelsen, *Pure Theory of Law...*, ss. 348-356.; Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumlanması Sorunu...*, s. 190.

düzenlenmesidir. Bu sayede hangi devletin hukukunun nerede başlayıp nerede bittiği ve kimler üzerinde geçerli olduğu belirlenir. Uluslararası hukuk olmaksızın bu konular düzenlenemez.<sup>24</sup>

Uluslararası hukuka ilişkin önemli bir soru işareti yaptırımlar meselesidir. Uluslararası hukukta, devletlerde olduğu gibi merkezi ve üstünlüğü tartışmasız bir yaptırım sistemi henüz yoktur. Kelsen bu eksiklik sebebiyle uluslararası hukukun ilkel bir hukuk sistemi olduğunu teslim eder ancak uluslararası hukukta da yaptırımların olduğunu belirtir. Misilleme ve haklı savaş, uluslararası hukuktaki yaptırımlardır. Bu yaptırımlar, hakları ihlal edilen tarafların kendilerince de uygulanıyor olabilir. Kelsen'e göre bu durum, verilen karşılıkların yaptırım olmadığı manasına gelmez. Tarihteki birçok ilkel hukuk sisteminde taraflar yaptırımları kendilerince uygulamışlardır; uluslararası hukuk da günümüzde benzer bir durumdadır. Kurumsallaşmanın henüz tam manasıyla gelişmemesi, hukukun olmadığı manasına gelmez.<sup>25</sup>

Kelsen'e göre uluslararası hukuk ile devlet hukuku bir bütündür. Bunun aksinin kabul edilmesi halinde söz konusu devletin üzerinde egemenlik iddia ettiği toprak ve insanların hukuki temeli açıklanamaz. Uluslararası hukukun içeriği ağırlıklı olarak örf ve adet hukukundan oluşur. Uluslararası hukukta oldukça önemli bir ilke olan ve sözleşmelerin bağlayıcılığını ifade eden *pacta sunt servanda* ilkesi ve devletlerin eşit egemenliği ilkesi bu kapsamdadır. Bu örfi hukukun geçerliliği için de Kelsen, ulusal hukuk sistemlerinde olduğu gibi *Grundnorm* kavramına başvurur. Buna göre uluslararası hukukun *Grundnorm*'u, devletlerin örf ve adetlerini hukuk yaratan edimler olarak tasdikleyen normdur. Uluslararası hukukun içeriğini oluşturan ikinci unsur, devletler arasındaki antlaşmalardır. Bu antlaşmalar tarafları bağlar. Son olarak, antlaşmalar ile kurulan yasama ve yargı organlarının kararları da uluslararası hukukun kaynakları arasındadır.<sup>26</sup>

İki dünya savaşına da şahit olan Kelsen dünya barışının sağlanması için uluslararası hukukun reform edilmesi yönünde birçok öneride bulunmuştur. Yazar, savaşın insanlığın en büyük kötülüklerinden biri olduğunu belirterek günümüz modern devletlerinin milyonlarca insanı savaşa göndermesini İnkaların insan kurban etme ritüellerine benzetir. Düşünür, dünya savaşlarının çıkmasında uluslararası hukukun eksikliğini de rol oynadığını

<sup>24</sup> Kelsen, *General Theory of Law & State...*, ss. 341-349.

<sup>25</sup> *Ibid.*, ss. 328-337.

<sup>26</sup> *Ibid.*, ss. 365-366.

öne sürer<sup>27</sup>. Bu konuda Kelsen'in işaret ettiği ilk eksiklik dönemin Milletler Cemiyeti'nin sorunlu kurumsal tasarımıdır. Milletler Cemiyeti, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra dünya barışının sağlanması için kurulmuş uluslararası bir kurumdur. Kelsen'e göre Milletler Cemiyeti ağırlıklı olarak yürütme ve yasama konusuna eğilmiş, yargısal kurum olan uluslararası mahkemesini geri planda tutmuştur. Kelsen, günümüz dünyasında devletlerin uluslararası hukuku oybirliği ile geliştirmesinin oldukça zor olduğunu belirtir. Oy çokluğu kuralı da azınlıkta kalacağından çekinen devletler tarafından benimsenmemiştir. Milletler Cemiyeti Konseyi ve Milletler Cemiyeti Meclisi'nde oy birliği sağlanamadığından dolayı etkili bir şekilde kararlar alınamamış ve hedeflediği gibi saldırgan devletler engellenememiştir. Bu sorunu daha da kötü hale getirecek şekilde, Milletler Cemiyeti silahsızlanmayı devletlere bir yükümlülük olarak getirmiş ancak silahlanan veya saldırgan devletlere karşı etkin ve hızlı bir şekilde yaptırımında bulunma mekanizmaları öngörmemiştir. Milletler Cemiyeti'nin Adalet Divanı ise sadece belli konularda ve sadece tarafların talepte bulunması halinde bir uyuşmazlık çözümü yöntemi olarak belirlenmiştir. Kelsen'e göre İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra kurulacak uluslararası hukuk düzeni, yürütme veya yasama odaklı olmaktan ziyade yargının ön planda olduğu bir model üzerinde şekillenmelidir.<sup>28</sup> Yazara göre tüm uyuşmazlıkların, hâkimlerin oy çokluğu ile karar verdiği bir mahkemeye taşınmasının zorunlu tutulduğu bir düzen, barışın korunması için daha doğru bir çözümdür. Uluslararası yasama organı bu mahkemenin uygulayacağı yasaları kendisi oy birliği veya çokluğu ile oluşturamasa dahi mahkeme, kendi içtihatları vasıtasıyla genel kuralları geliştirebilir. Anglosakson *Common Law* sisteminin tarihsel gelişimi de bu şekilde olmuştur.<sup>29</sup>

Kelsen, uluslararası kurumların oluşumu sürecindeki siyasi öğeleri de analizine dâhil eder. Yazara göre bu kurumların kalıcı olması için karşıt siyasi blokların da sürece dâhil edilmesi gerekir. Dolayısıyla, yalnızca ideolojik olarak birbirine yakın ülkeler bu kurumları oluşturmamalıdır. Kelsen, Sovyetler Birliği'nin sürece katılmasının uluslararası kurumsallaşmanın sağlanması açısından elzem olduğunu belirtir<sup>30</sup>. Diğer yandan Kelsen, savaşın engellemesi için devletlerin savunmasının sağlanması konusunun uluslararası hukuktan ziyade siyasi müttefiklik

<sup>27</sup> Hans Kelsen, **Peace Through Law**, New York: The University of North Carolina Press, 1944, ss. vii-ix.

<sup>28</sup> **Ibid.**, ss. 49-55.

<sup>29</sup> **Ibid.**, ss. 22-23.; **Ibid.**, ss. 43-48.

<sup>30</sup> **Ibid.**, s. 15.

mekanizmaları ile gerçekleştirilmesi gerektiğini de söyler. Kelsen'e göre Amerika Birleşik Devletleri ve Britanya İmparatorluğu arasındaki ittifak bu işlevi görebilir.<sup>31</sup>

Kelsen'e göre savaşın engellenmesi için savaş suçlularının da cezalandırılması gerekir. Savaş suçluların yargılanması uluslararası mahkemeler tarafından yapılmalıdır. Aksi takdirde sanığın veya mağdurların ulusal mahkemeleri kendi milli duyguları doğrultusunda taraflı bir şekilde karar verebilir.<sup>32</sup> Kelsen bu sebeple uluslararası mahkemelerin hâkimlerinin birçok ülke tarafından belirlenmesi gerektiğini ve bu süreçte hâkimlerin bir yasama meclisinde olduğu gibi kendi ülkelerini temsil etmemeleri gerektiğini ifade eder. Bu mahkemelerin yargıçlarının mesleki bağımsızlıklarını güvence altına alacak imkânlar sağlanmalıdır ve hâkimler kendi ülkelerinin taraf olduğu davalarda görev almamalıdır.<sup>33</sup>

## 5. Siyaset Felsefesi

Kelsen'in siyaset felsefesinin incelenmesi onun hukuk felsefesinin vardığı çıkarımları ve dayandığı temelleri anlamak açısından önemlidir. Yazarın hukuk felsefesi onun siyaset felsefesinin gelişiminde büyük rol oynamıştır. Siyaset felsefesine dair görüşleri onun siyasi düzene ilişkin tespitleri ve siyaset kurumlarının reformuna ilişkin önerileri olarak gruplanabilir. Kelsen'in siyasi düzene ilişkin tespitlerinde iki konu ön plana çıkar: demokrasi ve ideoloji. Reform önerileri ise demokrasinin iki önemli kurumu olan parlamento ve anayasa mahkemesi hakkındadır.

Kelsen'in siyaset felsefesindeki esas odak demokrasidir. Düşünür, demokrasiye dair çeşitli tespitler yaparak bu kavramın niteliklerine işaret eder. Düşünüre göre mutlakçı yaklaşımlar ile demokrasi düşüncesi uyumlu değildir. Komünizm, faşizm ve diğer otokrat eğilimli siyaset felsefelerinin ortak özelliği, kendi kuramlarının öne sürdüğü değerlerin nihai ve kesin olarak doğru olduğunu iddia etmeleridir. Bu iddia ise demokrasi ile uyumlu değildir. Demokratik tutum özünde, farklı doğruların da geçerli olabileceği ve bunların toplumsal yaşamda değerlendirilip hayata geçirilmesinin meşru olabileceği düşüncesine dayanır. Farklı insanlar ve toplumsal gruplara göre farklı doğrular, yaşam tarzları ve dünya görüşleri doğru ve değerlidir. Demokratlık, bu farklılıkların kendi bakış açılarından geçerli olduğunun ve bunlar arasında tek bir tanesinin mutlak olarak diğerlerinin üstünde

<sup>31</sup> *Ibid.*, ss. 54-55.

<sup>32</sup> *Ibid.*, ss. 56-65.

<sup>33</sup> *Ibid.*, ss. 108-118.



olmadığının kabulünü gerektirir. Kelsen'in bu yaklaşımı değer göreceliğine dayanır. Buna göre adalet, haklılık gibi kavramlar nesnel ve evrensel nitelikte değildir<sup>34</sup>. Bu kavramların içeriği bireylerin ve toplulukların farklı yönelimlerine göre değişkenlik gösterir. Demokrasi işte bu değer göreceliliğinin temsili ve uzlaşısına imkân sağlayan bir yönetim biçimidir. Anti-demokratik eğilimlerin temelindeki damar ise kendi savundukları doğrunun tek ve değişmez olduğunu iddia eden mutlakçı felsefelerdir.<sup>3536</sup>

Kelsen'in değer göreceliliği ile saf hukuk kuramı arasında önemli bir paralellik vardır. Her ikisi de belli normların “doğruluğunu” ancak belli bir sistem içerisinde olabileceğini ifade eder. Hiçbir norm kendi başına objektif olarak doğrulanamaz. “Olması gerekenler” veya değerler dünyası, objektif varlıklar dünyasından ayrıdır ve olanlar dünyasına ilişkin gözlemler ile olması gerekenlere ilişkin objektiflik iddiası taşıyan önermeler türetilemez. Bu iddialar ancak *belli bir bakış açısından* doğru olarak kabul edilebilir, dolayısıyla zorunlu olarak sübjektiftir. Hukuka dair objektif önermeler ise (örneğin belli yasaların geçerli ve bağlayıcı olduğuna dair tespitler) o sistemin “olması gereken” iddiasının doğru *varsayılması (Grundnorm)* sayesinde yapılır.<sup>37</sup>

Kelsen'in dikkat çektiği diğer konu ise devlet ve hukuka ilişkin ideolojik çarpıtmalardır. Düşünüre göre bazı kuramlar devleti kutsayarak, niteliklerini temelsiz bir şekilde yüceltmektedir. Parlamenter demokrasilere yöneltilen eleştirilerde, siyasi partilerin nihayetinde belli menfaat gruplarını temsil ettiği, hâlbuki devletin veya devlet başkanının tüm milleti temsil ederek egemenliğe daha uygun düştüğü iddia edilmiştir. Kelsen, siyasi partilerin belli menfaat ve dünya görüşlerini temsil ettikleri tespitini genel olarak kabul etse de bunu doğal karşılar. Düşünüre göre, devlet tüzel kişiliğinin veya devlet başkanının tüm milletin ortak iradesini temsil ettiği ve bu doğrultuda icraatta bulunduğu iddiası ise gerçeklikten kopuktur. Kelsen, bu

<sup>34</sup> Kemal Gözler, “Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı”, *Muhafazakâr Düşünce*, Yıl: 4, Sayı: 15, 2008, ss. 85-89.

<sup>35</sup> Hans Kelsen, *Demokrasi: Doğası & Değeri*, Çeviren: Yasin Uysal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2019, ss. 85-94.; Hans Kelsen, “What Is Justice”, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 7-24.

<sup>36</sup> Gerçekten de siyasi görüşleri çok ön planda olan birçok insanın retoriklerinin arkasında anti-demokrat bir damarın olduğu, siyasi konularda çok iddialı olmayanların ise genellikle daha demokrat ve açık fikirli olduğunu söylemek mümkündür.

<sup>37</sup> Ota Weinberger, “Introduction”, *Essays in Legal and Moral Philosophy of Hans Kelsen*, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. xxv-xxvi.

noktada siyasi liderlerin tüm milletin iyiliğini sağlayacak figürler olarak mitleştirilmesine karşı çıkar<sup>38</sup>. Devlet başkanları da kaçınılmaz olarak belli siyasi menfaat ve görüşler doğrultusunda hareket eder; tüm vatandaşların refah ve taleplerinin ödünsüz bir şekilde tek taraflı olarak sağlanabileceği fikri bir kurgudan ibarettir. Aynı durum, geçici bir aritmetik üstünlük elde eden parlamento çoğunluğu için de geçerlidir. Kelsen'e göre parlamenter demokrasi toplumdaki bu farklılıkları en azından barışçıl bir şekilde uzlaştırabilir. Mutlakçı veya otokrat devlet kuramları ise ideolojik kurgular ile kendi önerdikleri yönetim sistemlerinin bu sorunları çözebileceğini iddia eder. Ancak bu kuramların pratikteki uygulamasının temelinde muhalif düşüncelerin barışçıl olmayan bir şekilde bastırılması yatar.<sup>39</sup>

Kelsen'in hukuk doktrinindeki ideoloji eleştirisi ise hukukun takdiri ögelerden bağımsız, yasama ve yürütmenin işlemlerinden farklı bir boyutta faaliyet gösterdiği fikrini hedef alır. Kuvvetler ayrılığı doktrinindeki bu düşünce hukukçular arasında genel olarak kabul görmüştür. Kelsen'e göre ise hâkimler hükümde bulunurken bir yandan geçerliliklerini aldıkları üst normu uygularken diğer yandan kendi hükümlerini yeni bir norm yaratarak oluşturur. Normlar hiyerarşisinde aşağılara inildikçe takdirin kapsamı daralır, yukarı çıktıkça kapsam genişler. Burada bir derece farkı söz konusudur, bir tür farkı değil. Bu nedenle yürütme erkindeki bir memur, yargı erkindeki bir hâkim veya yasama erkindeki bir milletvekili kategorik olarak farklı işlemler yapmazlar, takdir alanları farklı olacak şekilde belli üst normlardan geçerlilik alan yeni normlar yaratırlar. Bu nedenle Kelsen, yasama-yürütme-yargı erklerini bir kuvvetler ayrılığından ziyade kuvvetler *bölüşümü* olarak niteler. Yasama ve yürütme işlemleri insanların iradesi ile oluşturulurken, yargı işlemlerinin hâkimlerin iradelerinden ziyade sanki sadece mevcut hukukun uygulanmasını ifade ettiği iddiası, bu faaliyeti gölgeleyen bir çarpıtmadır. Mahkeme kararları da nihayetinde insanların verdiği kararlardır. Bu erkler arasındaki fark, bunların farklı kurum ve kişiler tarafından kullanılıyor olmasından gelir, yaptıkları işlemlerin niteliklerinden değil.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Hans Kelsen, "State-Form and World-Outlook", **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 105-106.

<sup>39</sup> Kelsen, **Demokrasi: Doğası & Değeri...**, ss. 21-39.; Hans Kelsen, **The Political Theory of Bolshevism: A Critical Analysis**, Berkeley: University of California Press, 1949, ss. 42-58.

<sup>40</sup> Kelsen, **General Theory of Law & State...**, ss. 272-282.

Kelsen'in getirdiği bu eleştirilerin dışında belli reform öneriler de mevcuttur. Bunlardan ilki günümüz modern devletlerindeki asli yasa koyucu organ olan parlamentoya ilişkindir. Kelsen'e göre parlamentarizme ilişkin "halktan kopukluk" eleştirilerinde belli bir doğruluk payı olsa da bunun çözümü parlamenter olmayan otokrat yönetimler değil, parlamentarizmin reformudur. Düşünür, seçilmiş vekillerin hukuki bağımsızlıklarından dolayı doğrudan seçmenleri temsil etmediğini kabul eder. Bunun aksini savunmak yukarıda belirtildiği üzere ideolojik bir çarpıtma olur. Demokrasilerde siyasi olarak faal olan insanların oluşturduğu siyasi partiler, siyasi olarak faal olmayan bireylerin geçici desteğini alarak iktidar elde eder. Vatandaşların siyasi partiler üzerinde doğrudan bir güçleri yoktur, asıl aktör siyasi partilerdir. Kelsen bunun toplumsal hayattaki bir zorunluluk olan iş bölümünden kaynaklandığını belirtir. Düşünüre göre vatandaşların temsilini arttıracak belli mekanizmalar ile bu olumsuzluklar törpülenebilir. Yazarın ilk önerisi referandum ve halk girişimi imkânlarının sağlanmasıdır. Bu sayede vatandaşlar, siyasi partilerden bağımsız olarak da iktidara katılabilir. İkinci olarak, nispi temsil sistemi oluşturularak, toplumsal grupların daha fazla yönetime katılması sağlanabilir. Bazı yönetim sistemlerinde nispi temsil yerine çoğunluk temsili tercih edilmekte ve bunun sonucunda bir seçim bölgesinde çoğunluğun desteklediği aday parlamentoda temsil edilirken azınlık, azınlığı oranında temsil edilememektedir. Aynı durum, zorunlu olarak çoğunluk kuralı ile seçilen başkanlık sistemleri için de geçerlidir. Nispi temsile dayalı bir parlamenter sistemde ise tüm toplumsal gruplar, toplumdaki karşılıkları oranında siyasi sisteme katılma imkânı bulurlar ve bu sayede yönetimde pay sahibi olurlar. Bu durum koalisyonları daha sık ve zorunlu hale getirir ki Kelsen bunu olumlu bulur. Tek parti veya tek bir başkan iktidarları, tek bir siyasi görüşün ödünsüz bir şekilde icraatına imkân verse de toplumun tamamı bu görüşü benimsemediği için bu durum olumlu olarak nitelenmemelidir. Koalisyonlar, toplumsal farklılıkların temsili ve uzlaşısını sağlar. Üçüncü olarak Kelsen, milletvekillerinin dokunulmazlıklarının daraltılmasını önerir. Kelsen'e göre monarşinin hala kuvvetli olduğu dönemlerde makul olan bu koruma artık iktidarın çeşitli araçlar ile dengelendiği ve siyasi partilerin güçlendiği günümüz parlamenter sistemlerinde manasız hale gelmiştir.<sup>41</sup>

Kelsen'in reform önerilerindeki ikinci başlık, anayasa mahkemesidir. Yazar, demokratik bir yönetim açısından anayasa mahkemesinin varlığının çok önemli olduğunu savunur. Düşünüre göre demokrasilerde çoğunluğun

<sup>41</sup> Kelsen, **Demokrasi: Doğası & Değeri...**, ss. 43-48.

iradesi yönünde karar verilecek olsa da azınlığın korunması gerekir. Çoğunluk ile azınlık arasındaki ilişkinin özünde bu yatar. Azınlık çoğunluğun iradesini kabullenirken, çoğunluk da azınlığı ezmemelidir. Aksi takdirde çoğunluk kuralının anlamı kaybolur. Çoğunluğun azınlığı ezmesi halinde azınlığın çoğunluğun iradesini barışçıl bir şekilde kabullenmesi için bir sebep kalmaz. “Çoğunluğun hakkı” kavramı zorunlu olarak “azınlığın varlık hakkını” varsayar.<sup>42</sup> Kelsen’e göre çoğunluğun ve azınlığın haklarının düzenlenmesi meselesi anayasaların içeriğinde çok önemli bir başlıktır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere normlar hiyerarşisi kendi başına alttaki normun üstteki norma uygun yaratılacağını garanti etmez. Bu anlamda parlamentolar, yasama faaliyetleri ile anayasaları şekli olmasa da maddi olarak değiştirebilir ve azınlıkların haklarını ortadan kaldırabilir. Siyasi, sınıfsal veya kültürel azınlıkların haklarının korunması için anayasanın korunması gerekir. Kelsen’e göre anayasanın koruyucusu anayasa mahkemesi olmalıdır. Parlamentolar veya devlet başkanlarının anayasanın koruyucusu olması beklenemez. Çünkü bu kurumlar siyasi mücadelenin gerçekleştiği alanlar olduklarından dolayı azınlıkların haklarının ihlal edilebilir.<sup>4344</sup>

Anayasa mahkemesinin koruyuculuğunun reddedilmesi halinde ise geriye iki seçenek kalır. Birinci seçenekte, devlet başkanı gibi sözde siyasetin üstünde olan ve devletin birliğini temsil eden ancak gerçekte siyasi mücadelenin bir parçası olup azınlıkların haklarını ihlal etmesi ihtimal dâhilinde olan bir makama bu görev verilecektir. Kelsen’e göre bunun tercih edilmesi naiflik olur. İkinci seçenekte ise anayasanın korunmasından vazgeçilerek parlamentonun fiili (veya maddi) olarak anayasayı takdirine göre değiştirmesine izin verilmelidir. Bu seçenek ise çoğunluğun ve azınlığın barışçıl bir şekilde çatışmalarını uzlaştırdıkları demokratik bir devleti değil, güç mücadelesinde üstün gelenin her şeyi kazandığı ve diğerini ezdiği otokratik bir devleti ifade eder.<sup>4546</sup>

<sup>42</sup> **Ibid.**, ss. 55-58.

<sup>43</sup> Lars Vinx, “Introduction”, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 14-16.

<sup>44</sup> Kelsen’in bu başlıkta eleştirdiği düşünür Carl Schmitt’tir. Schmitt, anayasanın ve devletin birliğinin koruyucusu olarak devlet başkanını işaret etmektedir. Carl Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, İngilizceye Çeviren: Lars Vinx, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 150-160.

<sup>45</sup> Hans Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication”, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of YUHF D Cilt. XVII No.2 (2020)**

Kelsen, yasalar ile beraber olağan ve olağan üstü dönem kararlarının de anayasa mahkemesi tarafından denetlenmesi gerektiğini savunur. Anayasa mahkemesinin esas görevi genel normların anayasaya uygunluğunun denetlenmesidir. Sadece şekli bir yaklaşım ile yasama işlemlerinin denetime alınıp geri kalanının denetim kapsamı dışında tutulması doğru olmaz.<sup>47</sup> Başvuru imkânları açısından Kelsen, Almanya'da olduğu gibi federal devletlerde federe devletlerin, parlamentodaki siyasi azınlıkların ve anayasa mahkemesine tahsis edilecek bir savcılık makamının iptal davası açma yetkisine sahip olması gerektiğini söyler. Diğer mahkemelerde bakılmakta olan davalarda da tarafların anayasaya aykırılık iddiasının mahkeme tarafından ciddi bulunması halinde anayasa mahkemesi tarafından norm denetimi yapılmalıdır.<sup>48</sup>

Kelsen, anayasa yargısını diğer yargısal denetim mekanizmalarından farklı görmez. İdari işlemler ve ilk derece mahkeme kararları tüm hukuk sistemlerinde temyiz mahkemeleri tarafından denetime tabi tutulmaktadır. Anayasa mahkemeleri de aynı şekilde yasaların anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirebilir. Anayasa mahkemesinin diğer mahkemelere kıyasla takdir alanının geniş olması siyasi olarak sorunlu gözükebilir ancak Kelsen'e göre bu durum yukarıda da belirtildiği üzere bir derece farkıdır, bir tür farkı değil. Her mahkeme kararında zorunlu olarak hâkim iradesi ile yeni bir norm yaratılır, anayasa yargısındaki durum bunun kapsamının arttırılmasını ifade eder. Takdiri veya siyasi öğeler her mahkeme kararında olabilir.<sup>49</sup>

Düşünür anayasa mahkemesinin “siyasi” olduğu eleştirilerinin belli reformlar ile çözülebileceğini ifade eder. İlk olarak, Mahkeme üyelerinin bir

---

**Constitutional Law**, İngilizceye Çeviren: Lars Vinx, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 44-45.; Hans Kelsen, “Who Ought to be the Guardian of the Constitution?”, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, İngilizceye Çeviren: Lars Vinx, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 177-181.

<sup>46</sup> Kelsen'in anayasa mahkemesi için önerdiği bu aktif roller, Weimar Almanyası'nda etkili olamamıştır. Alman federal üst mahkemesi *Staatsgerichtshof* 1932'de Prusya federe hükümetinin, muhafazakâr şansölye Von Papen tarafından görevden alınması sonrasında yaptığı başvuruda oldukça pasif bir tutum alarak Prusya federe devletinin yetkilerinin askıya alınmasına karşı koymamıştır. Sürecin sonunda Almanya'da yükselen sağa karşı duran en güçlü muhalif sosyal demokrat federe hükümet de saf dışı kalmıştır. Prusya Darbesi (*Preussenschlag*) olarak nitelenen bu olay, Nazilerin yükselişinde bir dönüm noktasıdır. Vinx, “Introduction”, ss. 1-6.

<sup>47</sup> Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication”, ss. 49-54.

<sup>48</sup> **Ibid.**, ss. 65-67.

<sup>49</sup> Vinx, “Introduction”, s. 8.

kısmı parlamento tarafından seçilebilir. Bu sayede siyasi konularda siyasetin temsili sağlanmış olur. Buna ek olarak Kelsen, anayasada yer alan kavramların mümkün olduğunca somutlaştırılmasını ve anayasa mahkemesi hâkimlerinin takdirlerini nasıl kullanacaklarına dair yönlendirmeler yapılmasını önerir. “Adalet”, “demokrasi”, “eşitlik” gibi kavramlar kendi başlarına çok genişler ve gerçekten de bu halleri ile anayasa mahkemesi üyelerine neredeyse sınırsız bir takdir alanı bırakır. Ama bu kavramların belli bağlamlarda ne anlama geldikleri ve takdir aşamasında nasıl ele alınacaklarına dair özel hükümler bu sorunu törpüleyebilir.<sup>50</sup>

## 6. Karşılaştırmalar

Bu başlıkta Kelsen’in kuramı hukuki pozitivistizmin diğer önde gelen temsilcileri ile karşılaştırılacaktır. Sırasıyla Austin, Hart ve Raz’ın görüşleri ile Kelsen’in kuramı arasındaki farklar ele alınacaktır.

Austin, hukuku egemenin emirleri olarak ele almaktadır. Bu açıdan Kelsen ile Austin, hukukun cebri niteliği ve yaptırımların hukukun asli bir unsuru olduğu konusunda hemfikirdir.<sup>51</sup> Öte yandan Kelsen, tek hukuk normu tipinin emir olduğu konusunda Austin’den ayrı düşmektedir. Kelsen aynı zamanda, hukuku *normlar* olarak ele alır ve egemenin iradesi gibi bir toplumsal olguya indirgemez. Bu bağlamda Kelsen, hukukun geçerliliğini bir egemene bağlamaz. Yukarıda ifade edildiği üzere hukuk, kendi varlığını kendisi düzenleyen bir sistemdir. Bir hukuk sistemindeki normların geçerliliği o sistemin anayasasına dayanır, sistemden bağımsız veya onun üstündeki bir egemene değil. Austin’e göre ise egemen güçten gelir ve hukuku sınırlanması kavramsal olarak mümkün değildir.<sup>52</sup>

Austin, Kelsen’den farklı olarak uluslararası hukuku, hukuk olarak görmez; Austin’e göre uluslararası hukuk olarak nitelenen şey “pozitif ahlak” kurallarından ibarettir. Austin bunun gerekçesi olarak uluslararası hukuku yaratan uluslar üstü bir egemenin ve yaptırım mekanizmasının olmamasını gösterir.<sup>53</sup> Kelsen ise hukuku egemen temelli görmediğinden dolayı uluslar üstü bir egemeni zaruri görmez. Diğer yandan Kelsen, uluslararası hukukta da yaptırım mekanizmalarının olduğunu, sadece bunların henüz ilkel düzeyde kaldığını ifade eder.

<sup>50</sup> Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication”, ss. 44-61.

<sup>51</sup> John Austin, **Hukukun Belirlenmiş Alanı**, Çevirenler: Ülker Yükselbaba & diğerleri, İstanbul: Tekin, 2015, ss. 27-35.

<sup>52</sup> **Ibid.**, ss. 171-180.

<sup>53</sup> **Ibid.**, ss. 114-116.

Hart'ın hukuk kuramı da Kelsen ile bazı paralellikler gösterir. Hart da Austin'den ayrılarak hukuku bir kurallar sistemi olarak ele alır ve geçerliliklerini egemenin iradesinden ayırır. Hart'ın kuramında hukuk kuralları geçerliliklerini, yazarın tanıma kuralı olarak ifade ettiği bir üst kuraldan alır. Bu, Kelsen'in kuramındaki hukuk normlarının geçerliliğini “hukuk içerisinden” ve “üst normdan” alması fikri ile uyumludur. Diğer yandan Hart, tanıma kuralını resmi devlet görevlilerinin toplumsal pratiklerinden doğan bir toplumsal kural olarak ele alır. Buna göre tanıma kuralı yargısal örfi bir kuraldır. Hart'ın modelinde hukuk kuralları, tanıma kuralının toplumsal pratiklerle olan ilişkisinden dolayı toplumsal olgulara indirgenmiş olur. Düşünürce göre hukukun varlığına ilişkin akıl yürütürken üst bir normun varsayılmasına gerek yoktur, tanıma kuralının varlığı resmi devlet görevlilerinin pratiklerinde gözlemlenebilecek bir olgudur.<sup>54</sup> Kelsen ise bu noktada Hume'un olan/olması gereken ayırımına titiz bir şekilde sadık kalarak anayasanın geçerliliğini açıklamak için varsayımsal bir norm olan *Grundnorm*'a başvurur ve hukukun toplumsal olgular ile olan ilişkisini geçerlilikten ayırık bir öge olan etkililik ile açıklar. Ancak saf hukuk kuramında etkililik, geçerliliğin gerekçesi değildir.

Hart'ın hukuk kurallarına ilişkin hukuk felsefesine getirdiği en önemli öge, “içsel bakış açısı” analizidir. Hart, sùjelerin kuralları sadece yaptırımları ölçüsünde değerlendirmediklerini, aynı zamanda bu kuralları eylemleri için bir kılavuz veya iyi bir eylem sebebi olarak kabul ettiklerini söyler. Buna göre bir kişi, davranışlarını düzenlerken hukuk kurallarının sadece yaptırım boyutuna odaklanmaz, aynı zamanda davranışının bir sebebi olarak bu kuralları kabul eder<sup>55</sup>. Kelsen'in kuramında ise hukuk normlarının asıl yöneldiği kesim hukuk sùjelerinden ziyade resmi devlet görevlileridir. Resmi devlet görevlileri, hukuk normunun ihlali halinde yaptırım uygulamakla yükümlüdürler. Yaptıkları işlem veya verdikleri hüküm ile bunların geçerliliğini sağlayan hukuk normu arasında bir ilişki vardır ancak Kelsen bu ilişkinin ne olduğu konusunda bir açıklama sunmaz. Hart'ın modeli bu açıdan, bireylerin davranışlarını hukuk kuralları doğrultusunda nasıl düzenlediklerini ve hâkimlerin hükümlerini bu kurallara dayanarak nasıl oluşturduklarını açıklama konusunda daha elverişlidir. Kelsen'in kuramı ise hukukiliğin sınırları konusunda daha aydınlatıcıdır. Örneğin kanuna aykırı olduğu iddia edilen bir mahkeme kararının

<sup>54</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2. Baskı, Editörler: Penelope A. Bulloch & Joseph Raz, Oxford: Clarendon Press, 1994, ss. 97-107.

<sup>55</sup> *Ibid.*, ss. 54-56.

kesinleşmesi halinde bu kararın hukuki ve nihai niteliği, söz konusu hukuk sisteminde artık bu kararı iptal edecek bir yaptırım kalmaması ile açıklanabilir. Bu aşamada hâkimlerin hangi sebeplere dayanarak hüküm kurdukları kararın hukuki niteliği açısından bir önem teşkil etmez.

Uluslararası hukuk konusunda ise Hart, her ne kadar Austin gibi uluslararası hukukun hukuk dahi olmadığını iddia etmese de, uluslararası hukuku bir “hukuk sistemi” olarak görmez. Bunun sebebi, uluslararası hukukun Hart’ın ikincil kurallar olarak ifade ettiği tanıma kuralı, değiştirme kuralları ve yargılama kurallarını henüz içermemesidir. Bu sebeple Hart’a göre uluslararası hukuk, Kelsen’in de hemfikir olduğu gibi ilkel bir hukuk tipidir. Diğer yandan Hart, Kelsen’in ulusal devletlerin hukuk sistemlerinin geçerliliklerini uluslararası hukuktan aldıkları fikrine katılmaz. Hart’a göre uluslararası hukuk mevcut düşük gelişmişlik seviyesinden dolayı ulusal hukuk sistemlerinin geçerlilik sebebi olarak görülemez.<sup>56</sup> Kelsen’e göre ise her hukuk normu zorunlu olarak bir sistem içerisinde varlık gösterebileceğinden dolayı uluslararası hukukun normları da bir sistem içerisinde olmaları kavramsal bir zorunluluktur. Ulusal hukuk sistemlerinin sınırları ve vatandaşları üzerindeki egemenlikleri de ancak bu sistem içerisinde açıklanabilir.

Raz da Hart gibi kuralların sùjelerin davranışlarını nasıl etkilediğine odaklanmaktadır. Bu konuda Raz’ın hukuk felsefesine getirdiği yenilik, hukuk normlarının sùjelerin belli bir şekilde davranmasına yönelik bir eylem sebebi oluşturmasının yanı sıra, bu sebebin haricindeki sebeplerin pratik eylem muhakemesinden çıkartılmasına ilişkin bir “dışlayıcı sebep” teşkil etmesidir. Bu açıdan hukuk normları, sùjelerin pratik eylem muhakemelerine sadece katılmazlar aynı zamanda kendi getirdikleri eylem sebeplerinin haricindeki sebepleri de bu muhakemeden dışlarlar. Bu nitelik, hukukun otoriteyi haiz olma özelliğinden gelir. Raz’a göre hukukun alametifarikası Kelsen’in iddia ettiği gibi cebri niteliği değil, otoriteyi haiz olma niteliğidir. Yazar yaptırımların hukuktaki varlığını *destekleyici sebepler (auxiliary reasons)* olarak niteler. Bu modelde yaptırımlar otoritenin getirdiği eylem sebebi ve dışlayıcı sebeplere ek bir sebep olarak kişilerin eylem muhakemesinde yer alabilir ancak tali bir niteliktedir.<sup>57</sup> Kelsen’e göre ise zorlayıcı olmayan bir sistem hukuk olarak nitelenemez. Yazarın kuramında söz konusu hukuk normlarının sùjelerin akıl yürütmesi

<sup>56</sup> *Ibid.*, ss. 208-231.

<sup>57</sup> Joseph Raz, **Practical Reasons and Norms**, 2. Baskı, New York: Oxford University Press, 2002, ss. 35-37; Joseph Raz, **The Authority of Law**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 28-33.



üzerindeki etkisinden ziyade bu normların geçerlilik ilişkileri ve hukuka aykırılıkların sonuçlarına odaklanılmaktadır. Pekâlâ, kimi hukuk normları süjeler tarafından dışlayıcı bir sebep olarak alınmayabilir veya bu normlara uyulmayabilir. Hukuk sistemi neyin hukuka uygun ve neyin hukuka aykırı olduğunu ifade eder. Hangi akıl yürütmeler doğrultusunda hukuka uyulduğu veya uyulup uyulmadığı hukuk biliminin konusu değildir. Hukuka uygunluk ile hukuka aykırılık arasındaki fark ise birinde yaptırımın uygulanmaması, diğerinde ise uygulanmasıdır. Saf hukuk kuramı, hukuku işte bu üst seviyede ele almaktadır.

Raz'ın kuramında eğildiği bir diğer konu, hukuk sistemi kavramıdır. Raz'a göre hukuk felsefesi yazınındaki önemli bir hata, hukuk sistemlerinin tek merkezli bir yapı ile modellenmesidir. Austin'in kuramında bu merkez, egemendir; Hart'ta ise tanıma kuralıdır. Kelsen'de ise bu nihai merkez *Grundnorm*'dur. Austin ve Hart'ta olduğu gibi Kelsen'in kuramında da bir hukuk sisteminde tek bir geçerlilik zincirinden oluşan bir normlar birliği vardır. Hukuk sisteminin bütünlüğü bu merkezi yapıdan gelir. Raz ise birbirinden bağımsız geçerlilik silsilelerinin tek bir hukuk sisteminde mümkün olabileceğini savunur. Örneğin Ortaçağ Avrupası'ndaki pek çok hukuk sistemi hem Katolik Kilisesi'nin yasalarını hem de ulusal yasaları uygulamakta idi ve bunların kaynakları aynı merkezden gelmiyordu. Hukuk sisteminin bütünlüğü, normların ortak bir geçerlilik merkezinden çıkmasından kaynaklanmaz, çeşitli kurumların ortak faaliyetinde vücut bulan siyasi birliktelikten gelir. Raz, bu niteliğin açıklanabilmesi için siyasi öğelerin gözlemlenmesi gerektiğine işaret eder. Bunun için de hukuk sistemine ilişkin bir açıklama zorunlu olarak siyasi bir analizi gerektirir. Kelsen'in kuramı ise devleti ilk başta hukuki öğeler ile açıklamaya çalışmaktadır ki Raz'a göre bu bir hatadır.<sup>58</sup> Kelsen'e göre ise söz konusu kurumların ilk başta "kurum" olmasını sağlayan şey hukukun yetkilendirmesidir. Hukuk sisteminin anayasası bu kurumlara ilgili yasaları uygulayarak hüküm verme yetkisi vermedikçe bunlar sistemin kurumu olarak nitelenemez. Bu sebeple herhangi bir hukuk sistemi, o sistemin anayasasından başlar. Bu da bir hukuki kaynaktır.

Raz'a Kelsen'e karşı son eleştirisi *Grundnorm* kavramına ilişkindir. Kelsen'in kuramında her hukuk sisteminin *Grundnorm*'u zorunlu olarak toplumsal olgulara bağlıdır. Hangi normlar sisteminin geçerli olduğu hakkında akıl yürütmek veya hangi *Grundnorm*'un varsayılacağına karar

<sup>58</sup> Joseph Raz, **The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 1980, s. 209-212.

vermek için zorunlu olarak hangi normlar sisteminin etkili olduğuna bakmak gerekir. Bu sebeple Kelsen'in kuramı her ne kadar olan ile olması gereken arasında bir ayrımı muhafaza ettiğini iddia etse de *Grundnorm*'un içeriği nihayetinde doğrudan toplumsal olgulara bağlı olduğundan dolayı bu ayrımın bir anlamı kalmaz.<sup>59</sup> Kelsen ise her ne kadar etkililiği hukuk sisteminin varlığı açısından bir koşul olarak kabul etse de, geçerliliğin açıklanmasında asla bu unsura başvuramaz. Bunun nedeni Hume'un olan/olması gereken ayrımından gelir. Olanlar ile olması gerekenler farklı düzlemlerde olduğundan bir normun varlığı zorunlu olarak başka bir norm ile açıklanabilir, bir olgu ile değil.

### Sonuç

Hans Kelsen hukuki pozitivist kuramın en önemli temsilcilerinden biridir ve bu kuramın ele aldığı felsefi sorunların ve verdiği cevapların anlaşılması açısından kilit bir pozisyondadır. Metodolojik olarak saf hukuk kuramı, hukuk bilimine ayrı bir alan açmakta ve onu farklılaştırmaktadır. Kelsen'in hukuk normu ve hukuk sistemine dair argümanları, olan/olması gereken ayrımına olabilecek en titiz şekilde bağlı kalarak hukukun normatif boyutunu, geçerliliğini, etkililiğini, birliğini ve bütünlüğünü tutarlı ve aydınlatıcı bir şekilde açıklamaktadır. Yazarın uluslararası hukuka dair analizleri bir taraftan uluslararası hukukun teorik alt yapısını ve ulusal hukuk sistemi ile bağlantılarını sunarken diğer taraftan günümüz sisteminin nasıl geliştiğine dair önemli tespitler ortaya koymaktadır.

Kelsen'in kuramı, ilk bakışta şekli ve durağan bir şekilde algılanmaya müsait olsa da esasında hukukun işleyişine dair oldukça dinamik bir görüntü sunmaktadır. Saf hukuk kuramında mahkeme kararlarının hukukun uygulanması kadar aynı zamanda hukukun yaratılmasını ifade etmesi, hükmün kesinleşme sürecinde kararların hukuku değiştirmesi, yorum yöntemleri konusunda farklı olasılıkların mevcudiyeti, kuramın hukuka basit bir formalist gözle asla bakmadığını göstermektedir.

Kelsen'in siyaset felsefesi ise günümüz demokrasilerindeki tartışmalar açısından çok değerli ve aydınlatıcıdır. Düşünürün işaret ettiği ideolojik çarpıtmalar pek çok kez siyasetçiler tarafından kullanılmakta ve demokratik kurumlara zarar vermektedir. Anayasa mahkemesine dair tespitleri de güncelliğini korumaktadır. Yazarın bu analizlerinin entelektüel temeli, hukuk felsefesinde işlediği temalardadır. Değer göreceliliği, normların

<sup>59</sup> Joseph Raz, "Kelsen'in Temel Norm Kavramı", Çeviren: Şule Ş. Ceylan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 62, Sayı: 4, 2013, ss. 1170-1177.  
*YUHFD Cilt. XVII No.2 (2020)*

geçerliliğinin nihayetinde bir varsayıma dayandığı fikrine dayanır. Anayasa mahkemesinin işlevi ve işleyişine ilişkin açıklamalar ve gerekçelendirmeler de Kelsen'in hukuk sistemi analizindeki öğelerinden beslenir. Kelsen'in kurduğu sağlam teorik altyapı, faydalı pratik tespit ve reform önerilerine imkân vermektedir.

Kelsen'in kuramını hukuki pozitivist yazın içinde değerlendirmek gerekirse, buna yazarın hukukun cebri niteliğine yaptığı vurgu ile başlamak gerekir. Bu konuda Kelsen, hukukun normatif niteliği konusunda koyduğu şerhler rağmen Austin'in yakınsamakta, Hart ve Raz'dan farklı bir pozisyon almaktadır. Hukukun toplumsal bir kurumu temsil eden bir kavram olduğu düşünüldüğünde Hart ve Raz'ın toplumsal gerçekliklerden görece kopuk teorik ihtimallere atıfta bulunmaları kuramsal bir çalışmanın hedefleri düşünüldüğünde hatalıdır. Kelsen, hukukun cebri niteliğine dair yaptığı tespit bu açıdan yerindedir. Kelsen'in kuramının eksikliği ise normların insan davranışları ile ilişkisi konusunda muğlak kalmasıdır. Bu alanda Hart ve Raz'ın eylem sebeplerine ilişkin tespitleri daha aydınlatıcıdır. Kişilerin hukuk normlarını eylemleri için bir eylem sebebi olarak almaları, hâkimlerin verdikleri kararlarda normları birer gerekçe olarak kullanmaları fikri bu ilişkiyi açıklamaktadır. Bununla beraber Kelsen'in bu konuda tam bir açıklama sunmamasının da makul gerekçeleri vardır. Kelsen'in kuramı kişilerin normları eylem sebebi olarak almaması veya hâkimlerin üst norma aykırı karar vermesi halinde oluşacak hukuki sonuçları kapsayacak bir çerçeve çizmektedir. Bu açıdan Kelsen'in kuramı hukuk normlarının insan davranışlarına etkisine ilişkin daha açıklayıcı bir tespitten ziyade kapsayıcılık ve genelliği öncelemektedir. Kelsen'in hukuk sistemine ilişkin görüşlerindeki esas tartışma konusu hukuk sisteminin siyasi sistemden önce geldiği iddiasıdır. Bu konuda Raz'ın hukuk sisteminin birliğini açıklarken hukuk kurumlarının siyasi birlikteliğine ve siyasi sistemin önceliğine işaret eden görüşü değerlidir. Hukuk sisteminin siyasi bir sistem içerisinde bulunduğu dair model, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk sistemleri arasındaki ilişkilerin aydınlatılması için de daha makul bir bakış açısı sunar. Ulusal hukuk sistemlerinin asli, uluslararası hukukun ise tali olduğu da bu şekilde görülebilir. Diğer taraftan, Kelsen'in hukukun siyasi güçlerin iradesi olarak anlaşılamayacağına dair tespitleri, hukukun normatif karakterinin basit bir şekilde siyasi unsurlara indirgenemeyeceğini göstermektedir. Hart ve Raz'ın hukukun *Grundnorm* gibi bir norma başvurmadan hukukun olgusal boyutuna inmesi bir taraftan daha somut bir anlayış gibi gözükse de bu stratejiler kaçınılmaz olarak Hume'un olan/olması gereken ayrımını ihlal eder. Austin, Hart ve Raz'da belli toplumsal olgulardan belli kurallar ortaya

çıkılmaktadır. Kelsen'in kuramı ise hukukun olgusal boyutu ile normatif boyutu arasındaki ilişkiyi açıklamaktan kaçınmaktadır ancak bunun da felsefi bir gerekçesi mevcuttur. Yazar, hukuki pozitivist yazın içerisinde olan/olması gereken ayırımına titiz bir şekilde uyan tek temsilcidir.

Kelsen'in felsefesinin bu kadar tartışma yaratması ve yıllar boyunca felsefi yazındaki önemini muhafaza etmesi, kuramının ağırlığını göstermektedir. Hukuki pozitivismdeki farklı yaklaşımlar her ne kadar hukuka dair belli alanları daha iyi aydınlatsa da bunu ya hukukun başka boyutlarını görmezden gelerek ya da belli kavramsal gereklilikleri ihlal ederek başarırlar. Kelsen, soyut kavramları oldukça özenli bir şekilde ele aldığı gibi hukukun pratiğine ve siyaset kurumuna ilişkin tespitleri ve somut sorunlara dair getirdiği gerçekçi çözüm önerileri ile sahip olduğu ünün hakkını vermektedir.

#### KAYNAKÇA

- Aral, Vecdi, "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, ss. 513-552.
- Austin, John, **Hukukun Belirlenmiş Alanı**, Çevirenler: Ülker Yükselbaba & diğerleri, İstanbul: Tekin, 2015.
- Gözler, Kemal, **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumlanması Sorunu**, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998.
- Gözler, Kemal, "Tabiî Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", **Muhafazakâr Düşünce**, Yıl: 4, Sayı: 15, 2008, ss. 77-90.
- Hart, H. L. A., **The Concept of Law**, 2. Baskı, Editörler: Penelope A. Bulloch & Joseph Raz, Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Kelsen, Hans, **Demokrasi: Doğası & Değeri**, Çeviren: Yasin Uysal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2019.
- Kelsen, Hans, **General Theory of Law & State**, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: A. Javier Trevino, New Jersey: Transaction Publishers, 2006.
- Kelsen, Hans, **General Theory of Norms**, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Michael Hartney, New York: Oxford University Press, 2011.
- Kelsen, Hans, "Law and Logic", **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 228-251.
- Kelsen, Hans, "Law and Morality", **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 83-93.

- Kelsen, Hans, **Peace Through Law**, New York: The University of North Carolina Press, 1944.
- Kelsen, Hans, **Pure Theory of Law**, 2. Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Max Knight, Berkeley: University of California Press, 1967.
- Kelsen, Hans, **Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş**, Çeviren: Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora Kitap, 2016.
- Kelsen, Hans, **The Communist Theory of Law**, New York: Praeger, 1955.
- Kelsen, Hans, “State-Form and World-Outlook”, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 95-113.
- Kelsen, Hans, “The Idea of Natural Law”, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 27-60.
- Kelsen, Hans, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication”, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, İngilizceye Çeviren: Lars Vinx, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 22-78.
- Kelsen, Hans, **The Political Theory of Bolshevism: A Critical Analysis**, Berkeley: University of California Press, 1949.
- Kelsen, Hans, “What Is Justice”, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 1-24.
- Kelsen, Hans, “Who Ought to be the Guardian of the Constitution?”, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, İngilizceye Çeviren: Lars Vinx, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 174-221.
- Ladavac, Nicoletta B., “Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography”, **European Journal of International Law**, Cilt: 9, Sayı: 1, 1998, ss. 391-400.
- Raz, Joseph, “Kelsen’in Temel Norm Kavramı”, Çeviren: Şule Ş. Ceylan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 62, Sayı: 4, 2013, ss. 1169-1193.
- Raz, Joseph, **Practical Reasons and Norms**, 2. Baskı, New York: Oxford University Press, 2002.
- Raz, Joseph, **The Authority of Law**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Raz, Joseph, **The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System**, 2. Baskı, Oxford: Clarendon Press, 1980.

- Schmitt, Carl, “The Guardian of the Constitution”, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, İngilizceye Çeviren: Lars Vinx, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 79-173.
- Turhan, Mehmet, “Kelsen’e Göre ‘Anayasaya Aykırı’ Yasa”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 27**, Editörler: Hayrettin Ökçesiz & diğerleri, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2016, ss. 373-404.
- Weinberger, Otta, “Introduction”, **Essays in Legal and Moral Philosophy of Hans Kelsen**, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. ix-xxviii.
- Vinx, Lars, “Introduction”, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 1-21.