



Bir Hukuk Teorisyeni Olarak Hans Kelsen ve Düşünceleri Üzerine Bir Çerçeve Çalışması

Ali SAĞLAM^(*)



Araştırmamızın konusu başlıktan anlaşılacağı üzere Avusturyalı ünlü hukukçu Hans Kelsen'in hukuk düşüncesi ve geliştirdiği teoridir. Ağırlıklı noktasını da kendisinin *Saf Hukuk Teorisi* [Alm. Reine Rechtlehre] adlı kitabı oluşturmaktadır. Vecdi Aral, bu teoriyi doçentlik tezine konu olarak almasında kişisel olarak ilgisinin doğumuna neden olanın, teorinin filozofik olarak yürütülebilecek bir doğru hukukun aranması olanağını reddetmekle kendine özgü bir pozitivist karakter taşıması ve hukuk biliminin gerçek bir bilim kavuşturulması yolundaki ciddi çaba ve girişimler arasında en başta yer alması keyfiyeti olduğunu söylüyor.¹ Adnan Güriz ise çağdaş hukukta Kelsen'in hukuk sisteminin yarattığı kapsamlı etkiyi başka bir hukuk teorisinde bulmanın mümkün olmadığını belirtiyor.² Konumuz bu denli önemli olmasına rağmen düşünürümüzün Türkçeye çevrilmiş bir eserine rastlayamadık. Ayrıca literatürümüzde konuyla alakalı fazla çalışma da yok.

Teorinin açıklanmasına ve kritiğine geçmeden evvel Hans Kelsen'in hayatına kısaca değinmenin yerinde olacağını düşünüyoruz. Zira kendisinin sistematikleştirdiği görüşlerinde, bulunduğu çevrenin ve aldığı eğitimin etkisinin olduğu iddia edilmektedir.³

(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi.

¹ Vecdi Aral; *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*. İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2471, Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 553.

² Adnan Güriz; *Hukuk Felsefesi*, s. 354.

³ Nicoletta Bersier Ladavac; "Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note And Bibliography". *Europen Journal Of International Law*. Volume: 9 No: 2, 1998.

Hans Kelsen'in Hayatı^(*)

Hans Kelsen 11 Ekim 1881 yılında Prag'da doğmuştur. 3 yaşındayken, Yahudi fakat anadil olarak Almanca konuşan, orta gelir düzeyindeki ailesi; daha sonra Kelsen'in akademik kariyerini de sürdüreceği Viyana'ya yerleşti. Kelsen felsefe, mantık, edebiyat, matematik gibi farklı alanlarla da ilgili olmasına rağmen 1906 yılında Hukuk doktoru olmuştur. Zira diğer alanlara olan ilgisi daha sonraki çalışmalarında kendisini göstermektedir.

Önceleri kararlı bir Agnostik olmasına rağmen, 1905 yılında uyum problemlerinden kurtulma girişimi olarak Katolik olmuştur. Bu kararının altında ailesinin Yahudi geçmişinin üniversitede ders verme olanağına engel teşkil edebileceği kaygısı yatmaktaydı. Fakat bu özüm yolunun pek işine yaradığı söylenemez zira göç kararı alınca kadar Yahudi geçmişi dolayısıyla pek çok zorlukla karşılaşmıştır.

Birinci Dünya Savaşı sırasında Avusturya Ordusu ve Adalet Bakanlığı'nda danışmanlık yapan Kelsen, 1918 yılında Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde doçent, 1919 yılında da Kamu ve İdare Hukuku alanında profesör olmuştur. Öğretim ve araştırma hayatının sonraki on yılı da oldukça verimli geçmiş; bu dönemde ders verdiği pek çok öğrencisi ilerleyen yıllarda önemli teorisyenler konumuna gelmişlerdir. Bu entelektüeller daha sonra

(*) Bu bölüm Nicoletta Bersier Ladavac'ın *Kelsen (1881-1973) Biographical Note And Bibliography* adlı çalışmasından derlenmiştir.

“Viyana Okulu” olarak bilinen fikir hareketini oluşturmuşlardır.

Viyana Çevresince geliştirilen fikirsel akımın esaslarını pozitivism, bilimcilik, akılcılık, özgür düşünce ve metafiziğin reddedilmesi oluşturmuştur. Belli başlı temsilcileri arasında Rudolf Carnap, Neurath, Gödel, F. Waisman H. Feigl, F. Kaufmann gibi matematik ile bilim formasyonuna sahip mantıkçı düşünürler ve toplum bilimcilerin yer aldığı Viyana Çevresinin temsilcileri aynı zamanda “*mantıkçı pozitivistler*” olarak anılır.⁴

1922 ve 1938 yılları arasında en parlak dönemini yaşayan Viyana Çevresi, bu kültürel hareketin bir temsilcisi olarak 1930 yılına kadar akademik hayatını Viyana Üniversitesi’nde sürdürmüş olan Hans Kelsen’in çalışmalarını ve metodolojisini ciddi bir biçimde etkilemiştir.⁵ Pozitivist düşüncenin, Kelsen’in metafiziği yok saymasının yanı sıra siyasi, ahlaki ve diğer bütün ideolojik unsurları dışlamasında ve ortaya koymuş olduğu hukuk teorisini saflaştırma eğiliminde Viyana Çevresi akımının etkisi çok fazladır.⁶

Kelsen, siyasi görüş açısından sosyal demokrat görüş sempatisini olmasına rağmen tarafsız kalmaya ve hiçbir siyasi partiye üye olmamaya özen göstermiştir.

1919 yılında Avusturya’nın yeni Anayasasının oluşturulması görevinin Kelsen’e verilmesi, onu Avusturya tarihi için önemli bir kişilik konumuna getirmiştir. 1920 yılında kabul edilen bu Anayasa, temel prensiplerinde değişikliğe uğramadan günümüze kadar geçerliliğini sürdürmüştür. Kelsen bu Anayasada, Anayasa Mahkemesi üyelerinin yargılabılır olmasına öncelik vermişti. 1921 yılında Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanmış fakat

1930 yılında siyasi sebeplerden ötürü görevinden alınmıştır.

Siyasi baskılar sonucunda 1930 yılında Köln’e yerleşen Kelsen, burada uluslararası hukuk dersleri vermiş; çalışmalarını da yeni bir alan olarak pozitif uluslararası hukuk üzerinde yoğunlaştırmıştır.

1933 yılında Nazilerin iktidara gelmesiyle Kelsen ailesini de yanına alarak Cenevre’ye, yeni akademik kariyerine başlamak üzere göç etmiştir. Burada uluslararası hukuk ve devlet hukuku ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkileri incelemeye devam etmiştir. 1934 yılında normlar hiyerarşisi, devlet ve uluslararası hukuk ve haklar ve ödevler konularını içeren, en önemli eseri *Reine Rechtslehre* [Saf Hukuk Teorisi]’yi yayınlamıştır. Cenova’daki derslerine ek olarak Prag Üniversitesi’nde de uluslararası hukuk dersleri vermiş; burada da siyasi baskılardan ve öğrencileri arasında gelişen anti-semitik fikirlere ötürü istifaya zorlanmıştır.

İkinci Dünya Savaşı’nın başlamasıyla Kelsen yine yer değiştirmek zorunda kalmış, çok zayıf İngilizcesiyle 60 yaşında Amerika Birleşik Devletleri’ne göç etmiştir.

1940-42 yıllarında araştırmacı olarak Harvard Hukuk Okulu’nda, 1942 yılında da Amerikalı ünlü hukukçu Roscoe Pound’un desteğiyle Kaliforniya Berkeley Üniversitesi Siyaset Bilimi Bölümü’nde dersler vermiştir. 1952 yılında Amerikan vatandaşlığına geçmiş ve daha önceki yıllara göre uluslararası hukuk çalışmaları için daha rahat bir ortam bulmuştur. 1944 yılında *Peace Through Law* [Hukuk Yoluyla Barış] ve 1945 yılında da *General Theory of Law and State* [Hukukun ve Devletin Genel Teorisi] adlı kitaplarını yayınlamıştır. Yine 1945 yılında Washington’da Nuremberg Davası için Birleşmiş Milletler Savaş Suçluları Komisyonu’na danışmanlık yapmıştır.

Bu dönemde barışın ve uluslararası işbirliğinin sürdürülmesi için yoğun çabaları olmuş ve Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi, BM’ye üyelik, BM’nin organizasyonu ve yasal statüsü ile yaptırım ve fonksiyonları üzerine pek çok çalışma yapmış; bu araştırmaları da 1950 yılında *The Law of the United Nations* [Birleşmiş Milletler Hukuku]

⁴ Dağdelen, İhsan; Devlet Bilimi Metodolojisi. Web adresi: http://www.insanbilimleri.com/makaleler/-siyaset_bilimi/Devlet_Bilimi_Metodolojisi.htm

⁵ Richard A Posner; *Kelsen, Hayek and The Economic Analysis of Law*. Judge, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit; Senior Lecturer, University of Chicago Law School. Çevrimiçi Adres: <http://allserv.rug.ac.be/~bdpoorte/EALE-/posnerlecture.pdf> Ziyaret Tarihi:21/01/2004. Aktaran: İhsan Dağdelen. A.g.m.

⁶ Dağdelen, a.g.m.

adıyla yayınlanmıştır. Şu an için güncelliğini yitirmiş olmasına karşın 1966 yılına kadar pek çok baskısı yapılmış ve atıfların yapıldığı literatürdeki başarılı ve önemli kitaplardan biri olmuştur.

1951 yılında Seattle'da uluslararası organizasyonlar üzerine dersler verdikten sonra 1952 yılında emekliye ayrılmasına rağmen çalışmalarına devam etmiştir. Dünyanın dört bir yanında dersler, seminerler ve konferanslar veren Kelsen, 11 üniversite tarafından (Utrecht, Harvard, Chicago, Mexico, Berkeley, Salamanca, New York, Berlin, Vienna, Paris, Salzburg) fahri doktora unvanı ile onurlandırılmış ve sayısız ödül almıştır.

Avusturya Hükümeti 1971 yılında (90. doğum gününde) Kelsen'in kültürel mirasını yaşatmak üzere orijinal el yazılarının da bulunduğu Viyana Hans Kelsen Enstitüsü'nü kurmuştur.

Arkasında 24 dile çevrilen 400 eser bırakan Hans Kelsen, 19 Nisan 1973 yılında (92 yaşında) hayata veda etmiştir.

Kelsen Teorisinin Amacı

Kelsen'in teorisinin amacı, bizzat kendisinin de *Reine Rechtslehre* adlı kitabının ön sözünde açıkça bildirdiği gibi, hukuk bilimini gerçek bir bilim, bir tinsel bilim [geisteswissenschaft] düzeyine yükseltmek, bütün bilimlerin ideali olan objektiflik ve kesinliğe ulaştırmaktır.⁷

Kelsen bilginin konusunu bilgiyi elde etmek için kullanılan "metodun" yaratacağı fikrini hareket noktası olarak kabul etmekte⁸; bu açıdan hukuk bilimini gerçek bir bilim kimliğine kavuşturma çabasının temelinde de hukuk bilimine ilişkin "metodun saflığını" sağlama kaygısı yatmaktadır.⁹

Metottaki saflaşmayla beraber hukuk "yabancı" unsurlardan ayıklanmalıdır. Hukukun ödevi hukuk için gerekli ve sürekli olan unsurların bir araya getirilmesi, değişen ve geçici unsurların ise bir yana atılmasıdır.¹⁰

Metottaki saflık prensibinin diğer bir özelliği hukuki bilginin birliğidir. Aral'ın deyimiyile konusu hukuk olan bir bilgi ancak, bu hukuk olarak adlandırılan normlar sisteminin birliğini kendisi için de sarsılmaz bir prensip durumuna getirdiği oranda bir bilim kimliğini kazanabilir.¹¹

Kelsen'in Metodunun Analizi-Felsefi Karakteri

Kelsen'in hukuk teorisine ilişkin metodunu gereğince kavrayabilmek için, bu metodun dayandığı bilgi teorisine ilişkin temel ve karakterlerini saptamak gerekir. Zira onun görüşlerinin gıdalandığı kaynak tamamıyla felsefi ve epistemolojik (bilgi teorisine ilişkin) türdendir.¹²

Hukuk bilimine yeni bir bakış açısı getiren Kelsen üzerinde Kant'ın etkisi büyüktür. Kelsen'in ana metodolojik buluşu bilinçli bir biçimde Kant'ın felsefe için uyguladığı metodun temel öğelerinin hukuk bilimine uyarlaması olmuştur.¹³

Döneminde eski ve güçlü bir düşünce tarzı olarak varlığını sürdüren, "metafizik bütüncül bilimlerin en üstünü olduğu fikri" ile alay eden Kant, deneycilerin gerekircilik [determinizm] kazanıldığı görüşünü reddetmiştir. Deneyciler, insanoğlunun doğayı gözlemleyerek neden-sonuç ilişkileri kurduğunu, bu düşüncenin kaynağında yatanın da doğada kendiliğinden bir düzen olduğunu savunmuşlardır. Oysa Kant'ın akılcı kuramı bunu reddederek gerekircilik ilkesinin deneyden değil [aposteriori], zihinden geldiğini [apriori] savunuyordu. 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 neden-sonuç ilişkisi üreten bağlantı kategorisi olduğunun öne sürmüştür.¹⁴

⁷ Aral, a.g.e., s. 1.

⁸ Güriz, a.g.e., s. 336.

⁹ Aral, a.g.e., s. 3.

¹⁰ Güriz, a.g.e., s. 335.

¹¹ Aral, a.g.e., s. 46.

¹² Aral, a.g.e., s. 9.

¹³ Dağdelen, a.g.m.

¹⁴ Dağdelen, a.g.m.

Bir dönem bilimin tanımlamalar ve sınıflandırmalar yaparak objektif varlıkların bilgisine ancak deney yoluyla doğa bilimi sayesinde ulaşıldığı inancının etkisiyle hukukta da deneysel öğelere, objektif realiteye yönelmekteydi. Buna karşılık Kelsen metotta saflığı sağlamak için Kant'ın felsefe disiplini için yaptığı gibi, bütün çalışmalarında ağırlığı bizzat düşüncenin kendisine vermiş; öyle ki deneyden gelen içerik ve değeri küçümsemiş hatta hukuki kavramlardan tamamıyla çıkarılmasına çalışmıştır.¹⁵

Deneyden gelen her bilginin soyutlanması olan rasyonalizm ise Kelsen'de kendini iki şekilde gösterir:

İlki; her şeyden önce saf iddiasında bulunan bir hukuk teorisinin doğa dünyasında var olan realite ile ilgilenmemesi gerektiğidir.

Öbür yanda ise deneysel öğelerden soyutlanma ile somut bir hukuk düzeninde normların anlamlarının aydınlatılmasının araştırma alanından çıkarılıp atılmasıdır.¹⁶

Ayrıca belirtmek gerekir ki Kelsen teorisine egemen olan rasyonalizm evren, ruh ve Tanrı'nın niteliğine ilişkin saf akıl yolu ile bilgi edinebileceğini sanan aşırı bir rasyonalizm değildir. Daha çok bilginin olanak ve koşullarını inceleyen epistemoloji yani bilgi teorisi ile ilgilidir. Bu itibarla Kelsen teorisi Kant anlamında transdantal karaktere sahiptir.¹⁷

Transdantal kavramı sözlüklerde "üstün, aşkın, aşırı, öte", felsefi kullanımda ise "deneyüstü, tecrübeden üstün olan, fizikötesi, tabiatüstü, doğrudan tecrübeyi aşan ama akılcı bilgiye karşı olmayan" şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Immanuel Kant'ın felsefesindeki kullanımıyla "mümkün olan bütün tecrübe ve bilgilerin ötesinde olan" gibi anlamlarla karşılanmaktadır.¹⁸

Transdantal kavramı, 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.¹⁹ Bu anlamda Kelsen de, transdantal felsefe dolayımı ile, hukukun olanağını, bilgiye uygun koşullarını araştırmayı kendine amaç edinmiştir.²⁰

Netice olarak söz konusu transdantal metot, bir anlamda deneycilik ve metafizik ikilemi çıkmazından sıyrılarak, "olan" üzerinde değil bunların dışında akla dayanarak "olması gereken" üzerinde duran felsefi bir çözüm önermektedir.²¹

Hukuk normlarında doğa normlarında olduğu gibi koşul ve sonuç birbiriyle bağlantılıdır. Fakat bu bağlantıda benzerlik görünmesine rağmen doğa kanunlarından farklı bir durum söz konusudur. Doğa kanunlarında iki olay arasındaki nedensellik ilişkisi olmasına rağmen hukukta bu "isnad" ya da "atıf" yolu ile olmaktadır. Mesela doğa kanunu bir "A" olayı meydana gelirse "B" sonucu zorunlu olarak gerçekleşir, demesine rağmen hukuk kanunu bir "A" olayı meydana gelirse "B" sonucu gerçekleşmelidir, demektedir.

Deneysel öğelerin atılması ve doğa bilimlerindeki nedensellik ilişkisi karşısında metodu "olması gerekene" indirgenmesi ile özellikle nedensellik ilişkisine göre ayarlanmış sosyal psikoloji ve sosyolojinin hukuki alana saldırıları Kelsen'ce bertaraf edilmektedir.²²

Ayrıca teorisinin idealist, formalist, hipotetik yönü ile fiksiyonlar teorisi ile de benzerliği bulunmaktadır.

Kelsen'in Hukuk Sisteminde Temel Noktalar

Kelsen'in teorisi aynı zamanda pozitif hukukun da teorisidir. Bu açıdan doğal hukukun, doğadan gelen ve salt insan olmakla sahip olduğu hakların taşıyıcısı bir düzen kabulünden yola çıkmasına karşılık, pozitivist yaklaşım insan yapımı hukuk üzerinde temellenmektedir. Doğal hukuku bu açıdan eleştirirken Kelsen'in, hukuk bilimi ile hukukun konusunun karıştırıldığı eleştirisini getirdiğini görüyoruz.

¹⁵ Aral, a.g.e., s. 10.

¹⁶ Aral, a.g.e., s. 11.

¹⁷ Aral, a.g.e., s. 3.

¹⁸ Dağdele, a.g.m.

¹⁹ Dağdelen, a.g.m.

²⁰ Aral, a.g.e., s. 13.

²¹ Dağdelen, a.g.m.

²² Aral, a.g.e., s. 15.

Bu eleştirisinde Kelsen, Descartes'in bilimin konusu ile öznenin ayrılması görüşüne dayanır. Kelsen'e göre doğal hukuk, hukukun bu önceden verili oluşuna dayanarak çelişkiye düşmektedir. Doğal hukuka yönelttiği bir başka temel eleştiri ise doğal hukukun 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 açılımlar net ve başarılı bir adalet tanımına ulaşamamışlardır, demektedir. Kelsen'e göre bu tartışmalar, hukuk felsefesi içinde belki anlamlı olabilir, ancak bir bilim olarak hukukun konusu pozitif hukuktur ve bununla sınırlı kalmalıdır.²³

Kelsen hukuk sisteminde belki de en çok dikkat çeken konular *normlar hiyerarşisi, normların geçerliliği ve etkinliği* ile *temel norm* adını verdiği kavramla ilgili ileri sürdüğü görüşleridir.

Kelsen'in hukuk düzeni hiyerarşik bir normlar sistemidir. 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 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.

"Pozitif normlar" insanların davranışları tarafından ihdas edilen normlardır. 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. Anayasa normları kendi yürürlüklerini pozitif bir hukuk normundan almazlar fakat hukuk düşüncesinin varsaydığı hipotetik "temel normdan" (varsayımsal temel normdan) alırlar. Temel norm ise hukuki toplumun herhangi bir organı tarafından daha üstün bir norma göre çıkarılmış değildir. Bu hukuk düşüncesine ait bir varsayım niteliğini taşır.²⁴

Böylelikle bu sistemde varsayımsal bir temel normdan başlayan ve mahkeme kararı veya idari işlem şeklinde ferdileşen bir normlar hiyerarşisi söz konusu olmaktadır.²⁵

Diğer yandan bir hukuk düzeninin geçerli olması demek, organların ve sülhlerin bu 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 için kanunun uygulanması olarak, somut olayın çözümlenmesi için kanunun uygulanması ise mahkeme kararı olarak kendisini gösterir.²⁶

Saf hukuk teorisi açısından etkinlik ise 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 uygulanmaktan dolayı etkinliğini kaybettiğinden söz ederiz. Etkinlik ilkesinin en açık uygulamasını devrim durumlarında görürüz. Bir hukuksal sistemin kökten değişimi olarak bir anayasanın diğeri ile yer değiştirmesinde asıl olan "*kuvvettir*". Hukuksal açıdan eski anayasa yürürlükten kaldıran faktör bu anayasanın fiilen gücünü kaybetmesidir. Yeni anayasa da ancak etkinlik kazandığı zaman yürürlükte sayılır.²⁷

Kelsen metodunun prensiplerinden biri olan "*birlik ilkesi*" ise Vecdi Aral tarafından hukukun iç birliği olarak 14 başlıkta sıralanmıştır.²⁸ Bunlar;

1. Bir temel norm hipotezi ile hukuk biliminde bilgiye yönelik görüş açısından birliği,
2. Hukukun yaratma ve yaratılması bağıntısının birliği aracılığı ile hukuk düzeninin birliği,

²³ Yasemin Işıқтаç; "*Hukuk Felsefesi*", s. 281.

²⁴ Güriz, a.g.e. s. 340.

²⁵ Güriz, a.g.e. s. 341.

²⁶ Işıқтаç, a.g.e. s. 284.

²⁷ Işıқтаç, a.g.e. s. 284.

²⁸ Aral, a.g.e.

3. Hukukun yaratılması ve ile hukukun uygulanmasının birliği,
4. Hukukun görünüm biçimlerinin, hukukun kademeli yapısı teorisi aracılığı ile birleştirilmesi,
5. Kanuni hukukla, örf ve adet hukukunun birliği,
6. Sübjektif hukukla objektif hukukun birliği,
7. Hukuki yetki ile hukuki yükümlülüğün birliği,
8. Hukuk süjesi ile hukuk normunun birliği,
9. Gerçek kişi ile tüzel kişinin birliği,
10. Devletle hukukun aynılığı,
11. Hukuk düzeninin bağımsızlığının, birliğinin ve tek oluşunun deyimi olarak egemenlik,
12. Devlet hukuk düzeni (iç hukuk) ile devletler hukukunun birliği,
13. Kamu hukuku ile özel hukukun birliği,
14. Hukuk ile hukuka aykırılığın birliği.

Burada dikkat çeken başlık öncelikle devlet ve hukuk aynılığıdır.

Kelsen'de devlet, 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 tanımlanmıştır.²⁹

Hukukla devlet ayrı düzenler gibi varsayıl- sa da temel unsurlarının "yaptırım" olduğu hatırlanırsa geleneksel hukuk-devlet düalizminin muhafaza edilmesine gerek kalmayacaktır. Hukuku hukuk düzeninin organları yaratırken, hukuk düzenini yaratan kişiler de devletin organlarıdır. Yani devlet ve hukuk ayrı kavramlar olarak düşünülmemelidir. Böylece Kelsen devlet teorisini sosyolojik ve hukuki olmak üzere ikiye bölünmekten kurtarmakta ve devlet ile hukukun özdeşliğini savunmaktadır.³⁰

Kamu-özel hukuk ayrımı da olamaz. Bu ayrımın temelinde de ideolojik art niyetler

²⁹ Cemal Bali Akal; *Devlet Kuramı*, s. 429.

³⁰ Güriz, a.g.e. s. 345.

yatmaktadır. İdeologlara 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.³¹

Ayrıca Kelsen bir dönem yoğunlaştığı uluslararası hukukun varlığını kabul eder ve monist (birlik ilkesi gereğince) yaklaşımını burada da sürdürür. O'na göre tek bir pozitif hukuk düzeni vardır. Ulusal ve uluslararası hukuk, ayrı hukuk düzenleri değil, aynı düzenin bölümleridirler. Uluslararası hukuku saymamak doğru değildir çünkü hukukun temeli olan yaptırım ögesi savaş ve misilleme biçiminde bu hukukta da vardır.³²

Kelsen'e Yöneltilen Eleştiriler

Bilimin bir dereceye kadar rasyonalist olma zorunluluğu kabul edilebilir. Fakat Kelsen, düşüncesinde ılımlı bir rasyonalizmin sınırları içinde kalmamaktadır. Beşeri akıldan çıkan faktörlerin abartılmasıyla, ampirik, deneysel bilgi öğelerinin küçümsenmesi hatta *Yeni Kantçılığa* dayanarak bu öğelerden oluşan malzemenin, bilgimizin meydana gelmesinde tamamıyla bir "hiç" olduğu kanısına varılmaktadır.³³

Diğer yandan modern fizikte de atom altı yapıların incelenebilmesi sonucunda Newton fiziğinin öngörüsünün aksine, doğa kanunlarının mutlak olmadığı anlaşılmış; nedensellik ilkesinin yerine ihtimal ilkesinin varlığı sonucuna ulaşılmıştır.

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.³⁴ Zira sosyal realite ile ilgilenmemek, aslında sosyo-politik alandan gelen verileri olduğu gibi

³¹ Niyazi Öktem-Ahmet Ulvi Türkbağ; *Felsefe, Sosyoloji ve Devlet*, s. 359.

³² Öktem-Türkbağ, a.g.e. s. 359.

³³ Aral, a.g.e. s. 87.

³⁴ Öktem-Türkbağ, a.g.e. s. 357.

kabullenmek anlamına gelir. Başka bir anlamıyla, 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 anlamına gelir. 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.³⁵

Hemen belirtelim 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.³⁶

Kelsen'in hukuk teorisi, özellikle, "temel norm" varsayımından dolayı şiddetle hücumlara uğramıştır. Çünkü temel normun hukuk dışı bir varsayım olduğunu belirtmekle, her türlü siyasal rejimin adalete uygunluğunu da benimsemek durumunda bulunmaktadır. Bu şekilde modern diktatorya ve parlamenter demokrasi eşit derecede meşrulaşmış olmaktadır.³⁷

Temel Norm ve Türkiye^(*)

Kelsen'in normlar hiyerarşisinde anayasalar, geçerliliklerini ve etkinliklerini, kendilerinin üstündeki varsayımsal temel normdan alırlar. Devletlerin kurulmasıyla, örgütlenme biçimine yani "esas teşkilata"; yani anayasaya hakim olan zihniyet, felsefe temel normdur. Görüldüğü üzere Kelsen'in temel normu bildiğimiz klasik anlamda bir hukuk normu değil, bir yaşam görüşü, bir felsefedir.

Temel normun yapı ve mahiyetini ilk kurucu iktidar (asli kurucu iktidar) belirler. Belli bir ülke içinde örgütlü bir şekilde toplumu yöneten, yani devleti ele geçiren grup hukuk sis-

temini kurarken belli bir anlayış içindedir. Türkiye'nin de kendine özgü bir temel normu vardır ve bu temel norm meşruluk ve etkili olmanın ölçütüdür.

Türkiye'de temel norm, özelliklerini Türkiye'nin sosyal koşullarından ve tarihi süreçten almaktadır.

Bu özelliklerden ilki Türk toplumunun yaşadığı batılılaşma sürecidir. Temelini Batı Felsefesi ve Batılı yaşam tarzında bulan Atatürkçülükle özdeşleşen bu tarihi süreç, temel normun belirleyici çerçevesidir.

İkinci olarak, ülkemizin sentetik kültür yapısından bahsedilebilir. Bu coğrafyada yaşamış insanların çeşitli uygarlıklarla iletişimi Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı kimliğinin plüralist yapısının ortaya çıkmasını sağlamıştır. Temel normda bu husus da göz önünde bulundurulmalı; uygulama, yorum ve yargılamada çağdışı ve önyargılı yaklaşımlardan kaçınılmalıdır.

Toplumumuzun diğer bir sosyal özelliği ise İslam dinidir. Dinin bir yorum olduğu kabullenildiğinde Kur'an-ı Kerim ve hadislerde özünü bulan İslam, yorumlarla kurumsallaştırılmıştır. Böyle olması doğalken dini yorumlayan bilim, kültür, tarih bilgisi, sosyolojik verilerle, felsefeyle donatık ve çağdaş bir bakış açısına sahip değilse tıpkı Kelsen'de olduğu gibi biçim ve teknikte takılıp kalıyorsa din karanlık ufuklara gidip, gelişmeyi engeller. Bu açıdan toplumsal yapının önemli ögesi olan dini Türk kimliğinin oluşmasında görmezlikten gelemeyiz. Bu etmeni göz önünde bulunduran yargıç; hukukçu; sosyolog filozof kadar olmasa bile dinin çağdaş yorumlarına bağlı yönlendirmeler yapmak mecburiyetindedir.

Sonuç olarak anayasa yargısı hukuk devletin temel güvencelerinin başında gelmektedir. Anayasa mahkemesi de sadece anayasa yargısının değil tüm devlet yapısının temel yargısal denetleme kurumu olarak düşünülmelidir. Böyle bir yapıda da sadece Kelsen'ci bakış açısı içinde teknik ve lafzi bir yorumla etkinlik ve meşruluğu sadece pozitif normlar arasında aranmamalı, tüm normlar piramidinin kaynak aldığı temel normu her zaman için göz önünde bulundurarak genişletici ve amaçla bağlı yorum yapılmalıdır. ■

³⁵ Öktem-Türkbağ, a.g.e. s. 360.

³⁶ Niyazi Öktem; *Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı*.

³⁷ Güriz, a.g.e. s. 35.

(*) Bu bölüm Niyazi Öktem'in "Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı" isimli çalışmasından derlenmiştir.

Kaynakça

- Adnan Güriz; **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara: 2003.
- Aral, Vecdi; **Saf Hukuk Teorisinin Metodu Ve Değeri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2471, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 553, İstanbul 1978.
- Cemal Bali Akal; **Devlet Kuramı**, Dost Kitabevi, İstanbul: 2000.
- İhsan Dağdelen; **Devlet Bilimi Metodolojisi**, Web adresi: http://www.insanbilimleri.com/makaller-/siyaset_bilimi/devlet_bilimi_metodolojisi.htm
- Kemal Gözler; **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu**, US-A Yayıncılık, Ankara: 1998.
- Muharrem Balcı-Gülden Sönmez; **Temel Belgelerde İnsan Hakları**, Danışman Yayınları, İstanbul 2001.
- Nicoletta Bersier Ladavac; "Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note And Bibliography".. **European Journal Of International Law**, Volume: 9, No: 2, 1998.
- Niyazi Öktem; "Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı** dergisi, Cilt No: 8, 1991.
- Niyazi Öktem-Ahmet Ulvi Türkbağ; **Felsefe, Sosyoloji ve Devlet**, Der Yay., İstanbul 2001.
- Yasemin Işıқтаç; **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul: 2004.