

# Hans Kelsen'e Göre Adalet

Mehmet TURHAN<sup>1</sup>

## Özet

Kelsen'in adalet kavramının ve bu kavramın hukuk bilimiyle ilişkisinin saf hukuk teorisinde üstü kapalı bir biçimde var olduğu söylenebilir. Kelsen'e göre objektif adalet anlayışına ulaşabilmek mümkün değildir; çünkü adalet bir değer yargısıdır ve mutlak değildir. Kelsen'e göre mutlak değerler ispatlanamaz ve bu nedenle de mutlak adalet irrasyonel bir idealdir. Bu düşünceler Kelsen'in doğal hukuk teorilerini reddetmesinin nedenidir. Kelsen ahlâki göreceliği savunur ve doğal hukuku reddeder. Kelsen'e göre doğal hukuk dogmatizmin bir biçimidir. Rasyonel bilişsellik açısından insanların sadece menfaatleri ve menfaatlerin çatışması söz konusudur. Görecelik menfaatlerin dengelenmesi yaklaşımıyla birlikte düşünülmelidir. Bir değer bir başka değerden üstünlüğünün ispatlanamaması görecelik düşüncesinde hoşgörüyü zorunlu kılar. Hoşgörü düşünceyi açıklama özgürlüğüne dayanır ve bu değerler sadece demokratik düzenlerde gerçekleşebilir. Kelsen'in adalet anlayışına yönelik eleştiriler de bu makalede ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir. Yazıda sonuç olarak, Joshua W. Felix'in belirttiği gibi Kelsen'in pratik akıl ve deontik mantık eleştirilerinin konstruktivizme bir yanıt olarak anlaşılması

gerektiği savunulmuştur. Bir başka deyişle, Kelsen'in bu konulardaki argümanlarının göreceli adalet kavramını konstruktivizme karşı savunma olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür.

*“Birisi rolümü bana Allah ezberletti diyor; öbürü tarihî determinizmin içinden geliyor diyor.”*

*Ahmet Hamdi Tanpınar, Huzur (İstanbul: Dergâh Yayınları, 2015), s. 392-393.*

Hans Kelsen hukuk normlarının yanında insan davranışlarını düzenleyen başka normların da var olduğunu ve bu nedenle hukuk biliminin sosyal normları tanımlamaya ve kavramaya yönelmiş tek disiplin olmadığını belirtmiştir. Kelsen bu diğer sosyal normların ‘ahlâk kuralları’ olduğunu ve bunları tanımlamaya ve kavramaya yönelmiş disiplinin de ‘etik’ olarak adlandırılacağını söyler. Adalet ahlâkın bir postulatı olduğu sürece, adalet ve hukuk arasındaki ilişki ahlâk ve hukuk arasındaki ilişkide yer alır. Kelsen yaygın kullanımda, hukukun hukuk bilimiyle karıştırılmasında olduğu gibi, ahlâkın çoğunlukla etik ile karıştırıldığını belirtmiştir. Kelsen'e

<sup>1</sup> Prof. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Yazımı okuyup eleştiri ve önerilerini sunan ve yazının daha iyi bir noktaya ulaşmasını sağlayan meslektaşım Dr. Ali Acar'a teşekkür ederim

göre hukuk biliminin metodolojik saflığı sadece hukuku doğal bilimler ve sosyal bilimlerden yeteri ölçüde ayırlamaması nedeniyle değil, hukuk biliminin açık bir biçimde etikten de ayırlamaması nedeniyle tehlikeye düşmektedir.<sup>2</sup>

Hukukun ahlâktan ayrılmasının sonucu hukuk normunun geçerliğinin ahlâk normlarından, özellikle adalet normundan bağımsız olması olacaktır. Farklı ve birbirleriyle çelişkili ahlâk sistemleri birbirleriyle çelişkili adalet ideallerini ortaya çıkarmaktadır. Pozitif hukuk düzeni bunlardan biriyle uyumlu olabilecek ve diğerleriyle çelişebilecektir. Ancak bu durum hukuk normunun geçerliliğini etkilemeyecektir. Kuşkusuz bu söylenenler saf hukuk teorisinin ahlâk postulatını, yani hukukun adil olması varsayımını reddettiği anlamına gelmez. Reddedilen sadece yaygın bir kanı olan hukukun temel unsurunun adalet düşüncesini gerçekleştirmek olduğu yolundaki düşüncedir. Pozitif hukuk adil veya adil değil diye nitelendirilebilir. Saf hukuk teorisi hukuk ve adalet kavramlarının açık bir biçimde birbirinden ayırt edilmesi konusunda ısrarcıdır. Ancak Kelsen saf hukuk teorisinin adaletin varlığını inkâr etmediğini de belirtmiştir. Saf hukuk

teorisi adaleti farklı değer sistemlerine göre farklı olan göreceli bir değer olarak kabul etmektedir.<sup>3</sup> Kelsen'in reddettiği “mutlak adalet” düşüncesidir. Kelsen'e göre neyin adil neyin adil olmadığı sadece söz konusu yargıda bulunan özneyle ilişkili olarak geçerli olabilecektir.<sup>4</sup>

Kelsen'e göre olması veya olmaması gerekeni kurallaştırın her norm gibi, hukuk normları da “değerleri” oluşturur. Bir davranışın yasal olup olmasıyla ilgili hüküm bir değer yargısıdır. Ancak Kelsen hukuksal değerler hukuk normları dışında oluşan değerlerden ayırt edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Hukuk bilimi hukuk normlarını oluşturan değerlerin betimlenmesinde nesnel değerlendirmeye kalkışmamalıdır; çünkü böyle bir değerlendirme pozitif hukukun adil olup olmamasını yanıtlamaya kalkışmak demektir. Adalet kavramıyla bağlantılı spekülasyon hukuk felsefesine bırakılmalı ve hukuk felsefesi pozitif hukukun bir bilimi olan hukuk biliminden ayırt edilmelidir. Bu nedenle zaman zaman iddia edildiği gibi hukukun pozitivistik teorisi olan saf hukuk teorisinin bir sonucunun da hukuk felsefesinin genel hukuk teorisince ortadan kaldırdığı yolundaki eleştirinin doğru olmadığıdır. Kelsen'e

2 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, çev. Max Knight (Berkeley: University of California Press, 1967), s. 59. Kelsen *Saf Hukuk Kuramı*'nin ilk baskısında saf hukuk teorisini şöyle tanımlamaktadır: “Saf Hukuk Kuramı, başlı başına pozitif hukukun kuramıdır, herhangi bir hukuk sisteminin değil. Belirli ulusal yahut uluslararası hukuk normlarının yorumu değildir; genel hukuk kuramıdır. Kuram olarak Saf Hukuk Kuramı, sadece ve sadece inceleme konusunu, yani nesnesini bilmeyi amaçlar. Hukukun ne olduğu ve nasıl yapıldığı sorularını cevap vermeye çalışır, hukukun ne olması gerektiği veya nasıl yapılması gerektiği sorularına değil. Saf Hukuk Kuramı hukuk bilimidir, hukuk politikası değil.” Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson (Oxford: Oxford University Press, 1997), s. 7. Türkçe çeviri için bakınız: Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, çev. Ertuğrul Uzun (İstanbul: Nora Kitap, 2016), s. 1. Çeviri Ertuğrul Uzun'un çevirisinden alınmıştır.

3 Hans Kelsen, “On the Pure Theory of Law”, *Israel Law Review* (Vol., 1966), s. 3-4.

4 Jes Bjarup, “Kelsen's Theory of Law and Philosophy of Justice”, *Essays on Kelsen*, Richard Tur ve William Twining der (Oxford: Oxford University Press, 1986), s. 273.

göre saf hukuk teorisi hukuk felsefesinin pozitif hukuk biliminden ayrılmasına neden olmuştur<sup>5</sup>

Kelsen'e göre bilim değiştiremeyeceği objelerle ilgilenir. Yani bilimsel bilgi mutlak doğru olan değerlendirmelerle sınırlı olmak zorundadır. O halde pozitif hukuk bilimi bilim olabilmek için değiştiremeyeceği objelerle ilgilenmelidir. Bir başka deyişle, pozitif hukuk biliminin hukuk normlarının ortak yapısıyla ilgilenmesi gerekir. Bu ortak yapıyla ilgili bilgi mutlak doğru niteliğinde olan hipotetik hükümlerle ifade edilmektedir. Bu bakımdan her norm için neyin geçerlilik ölçütü olduğu ve her türlü hukuksal sistemde neyin ortak unsur olduğu objektif metotlarla açık bir biçimde anlaşılabilir. Objelerin statüsü hukuk bilimi ile hukuk felsefesi arasındaki bölünmeyi ortaya çıkarır. Hukuk bilimi normlarla ilgili ve hukuk sisteminin zorunlu birliğiyle ve böylece de yasallığın zorunlu birliğiyle bağlantılı değerlendirmelerde bulunur. Hukuk felsefesi ise normların içerdikleri değerlerle uğraşır ve bu değerleri inceler. Kelsen'e göre adalet sosyal düzenin olması ama zorunlu bir özelliği değildir. Ortada birbirinden farklı iki disiplin vardır: Hukuk bilimi ve hukuk felsefesi. Hukuk bilimi objesini tanımaya ve tanımlamaya gayret ederken, hukuk felsefesi objesini değerlendirmeye çalışır.<sup>6</sup>

Kelsen'in hukuk normlarının veya hukuk sistemlerinin adil olup olmadığıyla ilgili sorunları hukuk felsefesine bırakmasının bir nedeni de adalet ile ilgili veya hukuk normlarının içeriğiyle

bağlantılı değer yargılarını gerekçelendirmede kullanılan düşünme metodundan kaynaklanmaktadır. Kelsen objektif bir adalet ölçüsünün söz konusu olmayacağını; çünkü bu durumda bir şeyin adil olup olmamasıyla ilgili değer yargısına mutlak doğruya veya mutlak iyiye atıfla ulaşılmaya çalışılacağını belirtmiştir. Oysaki bu tür değer yargıları doğaları gereği subjektif bir karaktere sahiptir; çünkü bunlar aklımızın duygusal unsurlarına, yani duygularımıza ve isteklerimize dayanmaktadır. Adalet ile ilgili yargılar gerçeklerle ilgili ifadelerde olduğu gibi gerçeklerle doğrulanamaz. Oysa hukukun değeriyle ilgili hukuksal değer yargıları olgularla doğrulanabilir veya objektif olarak test edilebilir. Bu nedenle de bunlar hukuk bilim tarafından kabul edilebilir değer yargılarıdır. Adalet ile ilgili yargılar ise gerçeklerle doğrulanamaz ve objektif olarak test edilememeleri nedeniyle bunlar hukuk biliminde kabul edilemeyen değer yargıları olarak ele alınmalıdır. Kelsen'e göre adalet ile ilgili yargılar duygusal etkenler tarafından belirlenen değer yargılarıdır. Bu nedenle de bu yargılar öznel ve sadece yargılayan taraf için geçerlidir, yani görecelidir.<sup>7</sup>

### **Hans Kelsen'in "Adalet Nedir?" Başlıklı Makalesi**

Hans Kelsen "Adalet Nedir?" başlıklı makalesinde adaletin insan ilişkilerini düzenleyen toplumsal düzenin bir niteliği olduğunu belirtmektedir. Kelsen'e göre toplumsal düzenin adil olduğunu söylemek insan davranışlarının herkesi

5 Kelsen, *op. cit.*, s. 4.

6 Bjarup, *op. cit.*, s. 293-294.

7 *Ibid.*, s. 294.

tatmin edecek biçimde düzenlenmiş olması demektir. Böyle bir düzende herkes mutlu olabilir ve bu düzende mutluluk toplumsal düzen tarafından güvence altına alınmıştır. Kelsen adaleti anılan makalesinde şöyle açıklamaktadır:

“Öncelikle adalet, karşılıklı insan ilişkilerini düzenleyen toplumsal düzenin mümkün, ama zorunlu olmayan bir niteliğidir. O, ancak tali olarak insanın bir erdemidir; çünkü insan, eğer davranışı adil olarak kabul edilen toplumsal bir düzenin normlarına uyuyorsa adildir. Peki, toplumsal bir düzenin adil olduğunu söylemek gerçekte ne anlama gelir? O şu demektir: bu (toplumsal) düzen insan davranışlarını herkesi tatmin edecek şekilde düzenlemiştir. Yani herkes, o düzende mutluluğu bulabilir. Adalet arzusu, insanın mutluluk için duyduğu ebedi arzudur. O, insanın yalıtılmış bir şekilde, yani yalnız başına bulamayacağı, bu nedenle bir toplum içinde aradığı mutluluktur. Yani adalet, toplumsal mutluluktur. O, toplumsal düzen tarafından garanti edilmiş bir mutluluktur.”<sup>8</sup>

Kelsen mutluluk kavramının dar anlamda, yani bir kişinin mutluluktan ne anladığı biçiminde anlaşılması durumunda, bir başka deyişle mutluluk kişisel mutluluk olarak tanımlandığında, herkese mutluluk verebilen bir düzenin kurulamayacağını belirtir; çünkü bu durumda bir kişinin mutluluğu zaman zaman başkalarının mutluluğuyla çatışabilecektir. Kelsen iki erkeğin aynı kadına âşık olmasını bu duruma örnek olarak

vermektedir. Böyle bir durumda eğer bu erkekler o kadının eşi olmadan mutlu olamayacaklarına inanıyorlarsa, erkeklerden birinin mutluluğu kaçınılmaz olarak diğerinin mutsuzluğu olacaktır.<sup>9</sup> O halde, adalet kişisel mutluluk olarak anlaşılacak olursa adil bir düzen yaratılmak imkânsızdır.

Kelsen adil toplumsal bir düzen kurma düşüncesinin kişisel mutluluğa değil de, Jeremy Bentham’ın formüle ettiği mümkün olan en fazla sayıda kişinin mutluluğunu sağlamaya çalışma varsayımına dayandırılrsa dahi mümkün olmayacağını iddia etmektedir. Kelsen eğer adaletle kişisel bir değer kastediliyorsa, ister istemez farklı bireylerin kendi mutluluklarının ne olduğuna ilişkin farklı düşüncelere sahip olacağını ve bu nedenle Bentham’ın tanımının da uygulanamayacağını söylemektedir. Kelsen toplumsal düzenin sağlayabileceği mutluluğun, öznel-bireysel anlamda mutluluk olamayacağını; mutluluktan anlaşılması gerekenin siyasal otorite tarafından belirlenen beslenme, giyinme, barınma gibi tatmin edilmeye değer bazı ihtiyaçların giderilmesinin anlaşılması gerektiğini; ancak bu durumda da toplumsal olarak tanınan ihtiyaçların giderilmesi düşüncesinin mutluluk kavramının ima ettiği ilk anlamdan çok farklı olacağını belirtmiştir.<sup>10</sup>

Adaletin sağladığı mutluluğun top-

8 Hans Kelsen, “What is Justice”, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science Collected Essays by Hans Kelsen* (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 2. Türkçe çevirisi için bakınız: Hans Kelsen, “Adalet Nedir?” çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 432. Kelsen’den yapılan bu alıntıda Ali Acar’ın çevirisini kullandık

9 *Ibid.*, s. 2-3. Kuşkusuz feminist düşüncenin henüz yaygın kabul görmediği bir dönemde bu örneğin kadını nesnelleştirdiği ve feminist bakış açısından adaletsizliği için olarak barındıran bir örnek olduğunu ayrıca belirtmek isterim.

10 *Ibid.*, s. 3.

lumsal bir kategori olabilmesi için, mutluluk fikrinin anlamının değiştirilmesi gerekir. Kelsen kişisel mutluluğun toplumsal olarak belirlenen ihtiyaçların giderilmesi düşüncesine adaletin tanımı olarak dönüşmesini, özgürlük düşüncesinin toplumsal bir ilke olmak için geçirilmesi gereken dönüşüme benzetmektedir. Adalet düşüncesi bütün öznelerin kişisel mutluluklarını güvence altına alma ilkesinden, çoğunluk tarafından korunmaya değer görülen bazı çıkarların korunduğu toplumsal bir düzene dönüşür. Kelsen şöyle bir soru sormaktadır: Hangi insan çıkarları giderilmeye değerdir ve bu değerlerin bir sıralaması yapılabilir mi? Bu sorun çatışan çıkarlar ortaya çıktığında kendini gösterir. Adalet çatışan çıkarların olduğu toplumsal bir düzende gereklidir. Kelsen'e göre çıkar çatışması olmayan yerde adalete de gerek yoktur. Çıkar çatışması, çıkarın tatmininin bir başka çıkar pahasına yapılması durumunda ortaya çıkar. Eğer iki değer arasında bir çıkar çatışması varsa ve ikisini de aynı anda gerçekleştirme olasılığı yoksa biri, sadece diğeri göz ardı edilerek gerçekleştirilebilecekse birinin gerçekleşmesini diğerinkine tercih etmek gereklidir, hangisinin önemli olduğuna karar vermek gerekir. Değer sorunu her şeyden önce değerlerin çatışması sorunudur ve bu sorun objektif bir biçimde çözüm-

lenemez. Bu sorulara verilecek yanıt duygusal etkenlerce belirlenen bir değer yargısıdır. O halde yanıt kişiseldir ve ancak yargılayan taraf için geçerlidir. Bu nedenle de *görecelidir*.<sup>11</sup> Kelsen ahlâki göreceliği savunur. Bir başka deyişle adalet Kelsen'e göre rasyonel<sup>12</sup> olmayan bir idealdir.

Kelsen "Adalet Nedir?" başlıklı makalesinde beş somut ikilem örneği vermektedir. Bunlardan bir tanesi şöyledir: Eğer bir kişi Nazi toplama kampında tutsak ise ve bu kamptan kaçmak mümkün değilse, böyle bir durumda intihar etmenin doğru olup olmayacağı sorusu ortaya çıkacaktır. Bu konuda verilecek karar yaşam ya da özgürlük değerlerinden hangisinin daha yüksek değer olduğuna bağlıdır. Eğer yaşam daha yüksek bir değer olarak kabul edilecek olursa bu durumda intihar kabul edilemez. Yani sorun yaşam ve özgürlük değerlerinin sırası veya derecesi olmaktadır. Kelsen'e göre bu soruya sadece subjektif bir yanıt verilebilir. Herkes için geçerli objektif bir yanıt mümkün değildir.<sup>13</sup> Özgürlük, eşitlik, güvenlik, hakikat, yasallık ve benzeri farklı değerlerin sıralanmasına ilişkin soruya verilecek yanıtlar Kelsen'e göre her zaman subjektiftir.<sup>14</sup>

11 *Ibid.*, s. 4. Görecelik (rölativizm) için bakınız: Simon Blackburn, *What Do We Really Know? The Big Questions of Philosophy* (London: Quercus, 2012), s. 125-138. Simon Blackburn görecelik ile ilgili şunları yazmaktadır: "Sadece sizin, benim ve onların gerçeği vardır. Bunlardan birine ayrıcalık tanımaya çalışmak bir güç gösterisidir; daha da kötüsü emperyalizm veya sömürgecilik gibi küstahlık ve başkalarına saygısızlıktır."

12 Bu makalede "rasyonel" "reasonable" karşılığı olarak "makul olan" anlamında kullanılmamıştır. "Rasyonel" sözcüğü "objektif/nesnel" anlamında kullanılmıştır.

13 Hans Kelsen, "What is Justice?" *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science Collected Essays* by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 5.

14 *Ibid.*, s. 7. Bu makalede "subjektif" sözcüğü "öznel" ve "objektif" sözcüğü de "nesnel" anlamında kullanılmıştır.

Kelsen bir toplumda genel olarak kabul edilen bazı değerlerin bulunmasının değer yargılarının sübjektif ve göreceli karakterini ortadan kaldırmadığını ileri sürmüştür. Yine Kelsen'e göre çok sayıda kişinin bazı değer yargıları üzerinde uzlaşması, bu yargıların doğru veya bir başka deyişle objektif anlamda geçerli olduklarının kanıtı değildir. Bu konuda Kelsen kan davasını örnek olarak vermektedir. Kan davası eski zamanlarda genel olarak adil bir kurum olarak kabul edilirken, modern zamanlarda bireysel sorumluluğun adil olduğu görüşü geçerlilik kazandığından kan davası adil bir kurum olarak düşünülmemektedir.<sup>15</sup>

Eğer herhangi bir şey, özellikle de bir insan davranışı örüntüsü, belli bir amaç için araç olarak meşrulaştırılıyorsa, kaçınılmaz olarak bu amacın meşrulaştırılabilir olup olmadığı sorunu ortaya çıkar. Bu düşünce biçimi bizi genel olarak ahlâkın ve özel olarak adaletin temel sorunu olan nihai amaç yani mutlak doğru ve/veya mutlak iyi varsayımına götürecektir. Eğer nihai amaç meşrulaştırılabilir değilse, bu amaca yönelik araç da meşrulaştırılamaz. Bu bakımdan örneğin demokrasi ancak bireysel özgürlüklerin korunduğu bir yönetim modeli olarak kabul edildiğinde adil bir yönetim modeli olabilir. Bir başka deyişle, bireysel özgürlükler nihai bir amaç olarak varsayıldığında demokrasinin adil bir yönetim olduğu söylenebilir. Eğer, bireysel özgürlük yerine sosyal güvenlik mutlak iyi olarak kabul edilecek olursa ve eğer sosyal güvenliğin demokratik bir yöne-

tim modeli altında sağlanamayacağı ortaya çıkarsa, böyle bir durumda demokrasi dışında bir başka yönetim modeli adil olarak düşünülebilir. Yani başka bir amaç başka bir aracı gerekli kılabilir. Bu nedenle demokrasi, mutlak olarak değil, sadece göreceli olarak adil bir yönetim modeli olarak meşrulaştırılabilir. Kelsen'e göre genel anlamda mutlaklık ve özellikle mutlak değerler insan aklının sınırları dışındadır. Bu nedenle de Kelsen'e göre meşrulaştırma sorunu olarak adaletin sadece koşullara bağlı ve göreceli bir çözümü mümkündür.<sup>16</sup>

Politikada mutlakiyetçilik devlet iktidarının bir kişide yoğunlaştığı ve bu tek kişinin iradesiyle yasaların çıkarıldığı hükümet biçimini göstermektedir. Böyle bir yönetimde yönetilenler yöneticinin iktidarına katılamamakta ve bu nedenle yönetici sınırsız bir iktidara sahip olabilmektedir. Siyasal mutlakiyetçilik despotizm, diktatörlük ve otokrasi ile eşanlamlıdır. Geçmişte on yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda Avrupa'da var olan mutlak monarşiler mutlakiyetçiliğin tipik örnekleridir. Kelsen XIV. Louis'nin "*L'Etat c'est moi*" ifadesinin mutlakiyetçilik düşüncesini formüle ettiğini söylemektedir. Kelsen yaşadığı dönemde faşizm, nasyonal sosyalizm ve Bolşevizm gibi totaliter yönetimlerde siyasal mutlakiyetçiliğin gerçekleştiğini belirtmiştir. Siyasal mutlakiyetçiliğin tersi özgürlük ve eşitliğe dayanan demokrasidir. Özgürlük ve eşitlik ilkeleri totaliter yönetimin, yani sınırsız ve mutlak bir iktidarın ortaya çıkmasını önler. Kelsen demokra-

15 *Ibid.*, s. 8.

16 *Ibid.*, s. 10.

tik görüş açısının “*L'Etat c'est nous*” ile ifade edilebileceğini belirtmiştir.<sup>17</sup>

Kelsen otokrasinin felsefi mutlakiyetçiliğe paralel olarak siyasal mutlakiyetçiliği ve demokrasinin de felsefi göreceliğin karşılığı olarak siyasal göreceliği gerektirdiğini ileri sürmüştür. Demokrasi ile görecelik arasındaki ilişki-deki esas kanıt felsefi açıdan göreceliği savunanların demokrasiyi ve siyasal mutlakiyetçilik yanlılarının ise demokrasiye karşı olmaları ve siyasal mutlakiyetçiliğin yanında yer almalarıdır.<sup>18</sup>

Kelsen demokrasi ile görecelik arasındaki ilişkiyi şöyle açıklamaktadır:

“Demokrasinin temel ilkelerinden biri bireylerin eşit ve özgür olmaları nedeniyle herkesin siyasal düşüncesine saygı gösterilmesi gerektiğidir. Demokrasinin ayırt edici özellikleri olan hoşgörü, azınlık hakları, ifade özgürlüğü ve düşünce özgürlüğünün mutlak değerlere dayanan siyasal sistemlerde yeri yoktur. Bu inanç bizi karşı konulmaz bir biçimde -her zaman- mutlak iyinin ne olduğu gizemine sahip olduğu varsayılan kişinin yanlış yolda olanlara iradesiyle birlikte düşüncesini zorla kabul ettirmek hakkına sahip olduğu iddiasına götürür. Bu görüşe göre yarınlığı içinde olanlar yanlış yapmaktadırlar ve cezalandırılabilirler. Şu var ki, eğer insan iradesinin ve bilgisinin sadece göreceli değerlere ulaşabileceği kabul ediliyorsa, isteksiz bireylere sosyal düzeni zorla kabul ettirmek yalnızca bu düzen eşit bireylerin olası en büyük sayısı ile, yani çoğunluğun iradesiyle uyum içindeyse savunulabilir. Çoğunluğun görüşü değil zaman zaman azınlığın görüşü de doğru olabilir. Bir tek felsefi göreceliğin

itiraf ettiği -bugün doğru olan yarın yanlış olabilir- bu olasılık nedeniyle, azınlıkta kalanlar özgürce düşüncelerini ifade edebilmeli ve çoğunluk olabilmeleri için her türlü fırsata sahip olabilmelidir. Sadece neyin doğru neyin yanlış olacağı mutlak bir biçimde belirlenemiyorsa, ortaya çıkan sorunun tartışılması ve tartışmadan sonra da uzlaşmaya sunulması tavsiye edilebilir.”<sup>19</sup>

Bununla birlikte Kelsen mutlak meşrulaştırma gereksiniminin her türlü rasyonel düşünceden daha güçlü olduğunu belirtmektedir. Bu konuda Kelsen şunları yazmaktadır:

“... Bu nedenle, insanoğlu bu ihtiyacın tatminine, din ve metafizik yoluyla ulaşmaya çalışmaktadır. Bu da mutlak adaletin bu dünyadan öteki dünyaya havale edildiği anlamına gelir. Mutlak adalet, insanüstü varlığın, yani özellikleri ve işlevleri, tanımı gereği insanın idrakine açık olmayan Tanrı'nın zorunlu bir özelliği ve onun gerçekleştirilmesi de Tanrı'nın zorunlu bir işlevidir. İnsan, Tanrı'nın varlığına inanmak zorundadır ve bu da mutlak adaletin varlığına inanmak anlamına gelir; ancak insan bunu anlamaya muktedir değildir. Adalet sorununun bu metafiziksel çözümünü kabul etmeyenler ve yine de mutlak değerler düşüncesinde ısrar edip onları, rasyonel-bilimsel bir şekilde belirleyebileceğini uyanlar, kendilerini bir yanılsamayla, yani insanın aklından mutlak değerlerin türetilebileceği bazı temel ilkeleri bulmanın olanaklı olduğu fikriyle, kandırmaktadırlar. Fakat gerçekte bu değerler, son tahlilde, buna inanan insanların aklının duygusal unsurlarıyla belirlenmektedir. Bu mutlak değerlerin belirlenmesi ve

17 Hans Kelsen, “Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics”, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s.201-202.

18 *Ibid.*, s. 204.

19 *Ibid.*, s. 206-207. Çeviri tarafımdan yapılmıştır.

özelde bu şekilde elde edilen adalet idesi tanımı, her türlü toplumsal düzenin adil olarak meşrulaştırılabileceği boş reçetelerden başka bir şey değildir.”<sup>20</sup>

Kelsen yaşadığı dönem bakımından metafiziksel ve aynı zamanda da rasyonel tarzdaki hukuk felsefesinde doğal hukuk öğretisinin tekrar önem kazandığını belirtmiştir. Doğal hukuk öğretisinde doğa, yasa koyucu olarak anlaşılmaktadır. Bu öğretilerde doğa çözümlenerek adil insan davranışlarını emreden ve her yerde var olan normlara ulaşılabilen ileri sürülmektedir. Eğer doğanın Tanrı tarafından yaratıldığına inanılırsa bu inanç gereği doğada her yerde var olan normlar Tanrı'nın iradesinin ifadesi olarak anlaşılacaktır. Bu şekilde anlaşılan doğal hukuk öğretisi metafiziksel bir karaktere sahiptir. Eğer doğal hukuk, akılla donatılmış olan insan doğasından çıkarılacak olursa, bir başka deyişle insan aklının çözümlenmesiyle bulunabileceği düşünülürse, doğal hukuk öğretisi rasyonel bir nitelik taşıyacaktır. Kelsen bilimsel açıdan her iki görüşün de savunulamayacağını belirtmiştir.<sup>21</sup>

Kelsen görüşünü şöyle gerekçelendirmektedir: Nedensellik ilkesine göre biri diğerine bağlı olan bir olgular sistemi olarak doğa dediğimiz varlık bir iradeye sahip değildir. Bu nedenle de doğa belirli bir insan davranışını emredemez. Olgular-

lardan olması gerekene dair bir çıkarımda bulunulamaz. Doğal hukuk öğretisi *olandan olması gerekeni* çıkarması nedeniyle mantıksal bir yanılaşa dayanmaktadır Aynı sonuç insan aklına ilişkin olarak da geçerlidir. İnsan aklında insan davranışlarına ilişkin normlar bulmak, o davranışları doğadan elde etmekle aynı yanılısamadır. Kelsen bu nedenle doğal hukuk öğretisinde zaman zaman çelişkili sonuçlara varılabildiğini belirtmiştir. Kelsen Robert Filmer'in mutlak monarşiyi veya otokrasiyi tek doğal, yani adil bir yönetim biçimi olarak görebilirken, bir diğer önemli filozof John Locke'un ise, aynı yöntemle sadece demokrasinin en adil yönetim olduğunu belirttiğini bize hatırlatmaktadır.<sup>22</sup>

Kelsen'e göre insan aklı sadece göreceli değerlere ulaşabilir. Yani bir şeyin adil olduğuna yönelik değerlendirme karşıt değerlendirme dışlanarak yapılamaz. Rasyonel kavrayış açısından insanların yalnızca çıkarları vardır ve bu nedenle de çıkarlar arasında çatışmalar ortaya çıkar. Bu çatışmaların çözümü ya bir çıkarı diğerinin aleyhine tatmin etmekle, yani çatışmayla ya da çıkarlar arasında bir uzlaşmayla gerçekleştirilebilir. Bunlardan sadece birinin veya diğerinin adil bir çözüm olduğunu nesnel olarak kanıtlamaya çalışmak nafiledir.<sup>23</sup>

20 Hans Kelsen, "What is Justice", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 10-11. Çeviri için bakınız: Hans Kelsen, "Adalet Nedir?" çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 441. Çeviri Ali Acar'ın çevirisidir.

21 *Ibid.*, s. 20.

22 *Ibid.*, s. 20-21.

23 *Ibid.*, s. 21-22. Kelsen göreceli adalet anlayışını şöyle ifade etmiştir: "Eğer düşünce tarihi bir şey ispatlamışsa, bu da rasyonel bir düşünceyle insan davranışının mutlak doğru standardını –ki bu insan davranışı standardı, tek adil standart ve karşıt standardın da adil olabileceğini dışlayan bir standart olarak anlaşılır- kurmaya yönelik çabaların boşuna olduğudur. Eğer geçmişin entelektüel deneyiminden öğrenebileceğimiz bir şey varsa, o da sadece göreceli değerlerin insan aklınca ulaşılabilir olduğudur, yani



Kelsen'e göre doğal hukukun düşünce tarihi bize evrensel ahlâki bir ölçüt sunamamaktadır. İronik bir biçimde her birinin evrensellik iddiasında bulunduğu karşılıklı olarak birbiriyle çelişen doğal hukuk teorileri, insanın bilme yetisinin belirleyemeyeceği koşulsuz ahlâki değerlerin bir göstergesidir.<sup>24</sup> Kelsen'e göre bu tür bir evrensellik sorunludur; çünkü koşulsuz ahlâksal kavram veya standart tanımı gereği insanın bilme yetisinin ulaşamayacağı bir şeydir. İnsanın bilebilme yetisi sınırlı olduğundan mutlak değerlere ulaşılamaz. Bilimsel olabilmek için insan aklının sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle değerlerin doğasını doğru bir şekilde anlayabilmek için bilişsel sınırlılıkları göz ardı etmemek zorunludur. Bu konuda Kelsen şunları belirtmiştir:

“Genel anlamda mutlak ve özel olarak mutlak değerler, insan aklının sınırları dışındadır. İnsan aklı için, insan davranışlarının meşrulaştırma problemi olarak adalet sorununun koşulsal, yani göreceli bir çözümü mümkündür.”<sup>25</sup>

Kelsen'in doğal hukuku reddetmesinin önemli bir nedeni de “olan ve olması gereken” adlandırılabilir olan mantıksal sorundan kaynaklanmaktadır. Kelsen'e göre doğal hukuk mantıksal bir hataya dayanılarak inşa edilmiştir. Doğal hukuk teorisi normları şeylerin veya insanların doğasından çıkarmaya veya elde etmeye çalışmaktadır. Bir başka deyişle, doğal hukuk *olandan olması gerekeni* elde etmektedir. Bu teori olgusal gerçeklerden normatif ifadeler çıkarmaktadır. Oysa olgusal dünya (*Sein*) normatif dünyadan (*Sollen*) ontolojik olarak farklıdır.<sup>26</sup>

Kelsen doğal hukukun dinsel fonksiyonlara benzer fonksiyonlar yerine getiren ve bu nedenle de rasyonel olarak geçerli kabul edilemez felsefi ve metafiziksel bir girişim olduğunu belirtmektedir. Hem din hem de doğal hukuk yanlıcı akıl yürütmeye dayansa da, insanda var olan mutlak adalet fikrinde meşrulaştırılma gereksinimini tatmin etmeyi başarmaktadır. Din ve doğal hukukun usa vurma biçimi ister istemez insanın akıl yürütmesinin sınırlarını aşar. Bunun nedeni transandantal kavramının tanımı

bir şeyin adil olduğuna yönelik değerlendirme, karşıt değerlendirmenin mümkün olduğunu dışlama iddiasıyla yapılamaz. Mutlak adalet, irrasyonel bir idealdir ya da –aynı anlama gelen, bir yanısamadır; insanlığın ebedi yanılması.” Bu çeviri Ali Acar'dan alınmıştır. Bakınız: . Hans Kelsen, “Adalet Nedir?” çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 451. Kelsen'in göreceli adalet görüşü için ayrıca bakınız: Hans Kelsen, “Law and Morality”, Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 83-94. Demokrasinin temelinde göreceliğin yer aldığı görüşü için bakınız: Hans Kelsen, “State Form and World-Outlook”, Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 111-112.

24 Bu noktada Kelsen'in görüşlerinin açıklanması için bakınız: Elisabeth Lefort, “Arriving at Justice by a Process of Elimination: Hans Kelsen and Leo Strauss”, *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, der. D.A.Jeremy Telman (Switzerland: Springer, 2016), s. 119.

25 Hans Kelsen, “What is Justice”, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 10. Çeviri Ali Acar'dan alınmıştır. Bakınız: Hans Kelsen, “Adalet Nedir?” çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 440.

26 *Ibid.*, s. 20.

gereği ulaşabilmemizin ötesinde olmasıdır. İnsanın bilme yetisinin sınırlarını aşabileceği iddiası, hem dinin hem de doğal hukukun tutarsızlığa düşmesinin esas nedenidir.<sup>27</sup>

Kelsen doğal hukuku reddetmektedir. Ancak “nihilizm”<sup>28</sup> tehlikesi nedeniyle ahlâki değerlerin olmadığı veya olamayacağı sonucuna da varmamıştır. Kelsen göreceli adalet felsefesinin bir ahlâk içerip içermediğini sorgulamaktadır. Kelsen’in göreceli adalet felsefesiyle bağlantılı ahlâk ilkesi hoşgörü ilkesidir. Bu ilke başkalarının siyasal düşüncelerini ve dini inançlarını, kabul etmeksizin, onların özgürce ifade edilmesini engellemeyi ifade eder. Hoşgörü ifade özgürlüğünü gerektirir. Eğer demokrasi adil bir yönetim biçimi olarak kabul edilip değerlendiriliyorsa Kelsen’e göre bunun sonucu bu yönetimin özgürlüğe dayanması ve özgürlüğün de hoşgörüyü gerektirmesidir. Eğer demokrasi hoşgörülü olmayı bırakırsa, demokrasi demokrasi olmaktan çıkar.<sup>29</sup>

Kelsen “adalet” ile ilgili bu önemli makalesinde ahlâki göreceliği şiddetle

yani mutlak bir biçimde savunmamıştır. Kelsen makalesinde ahlâki göreceliği kişisel görüşü olarak bize sunmaktadır. Kelsen adaletin özünü tanımlamaya da kalkışmamıştır.<sup>30</sup> Nitekim makalenin sonunda kişisel tercihinin demokrasi ve hoşgörü olduğunu vurgulamıştır. Kelsen yazısını şöyle bitirmektedir:

“Bu makaleye adalet nedir sorusuyla başladım ve şimdi makalenin sonunda farkındayım ki onu cevaplamadım. Tek mazeretim, bu konuda en iyi noktada olmam. Okuru, birçok tanınmış düşünürün başarısız olduğu noktada başarılı olduğuma inandırmaya çalışmak küstahlığın da ötesinde bir durum olurdu. Gerçekten de insanlığın özlemini çektiği mutlak adaletin ne olduğunu bilmiyorum ve onun ne olduğunu söyleyemem. Göreceli adaleti kabul etmem gerekiyor ve ben sadece bana göre adaletin ne olduğunu söyleyebilirim. Bilim adamlığı benim mesleğim olduğu ve bu nedenle benim hayatımdaki en önemli şey olduğu için, bana göre adalet, koruması altında ‘hakikat’ arayışının gelişebileceği bir toplumsal düzendir. O halde benim adalet anlayışım, özgürlük adaleti, barış adaleti, demokrasi adaleti ve hoşgörü adaletidir.”<sup>31</sup>

27 Elisabeth Lefort, “Arriving at Justice by a Process of Elimination: Hans Kelsen and Leo Strauss”, *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, D.A. Jeremy Telman (Switzerland: Springer, 2016), s. 126. Kelsen’in doğal hukuk ile ilgili önemli bir makalesi de şudur: Hans Kelsen, “The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science”, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 137-173.

28 Nihilizm hiçbir şeyin var olmadığını ve hiçbir şeyin bilinemeyeceğini savunan görüştür.

29 Hans Kelsen, “What is Justice?”, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 23.

30 Lefort, *op. cit.*, s. 128, 131. Kelsen bu konuda şunları belirtmektedir: “Başka hiçbir soru, bu kadar tutkulu bir şekilde tartışılmamış; başka hiçbir soru Eflatun’dan Kant’a en ünlü düşünürlerin yoğun ilgisine konu olmamıştır. Ancak başka hiçbir soru bugün, diğer zamanlarda olmadığı kadar da cevapsız kalmamıştır. Öyle görünüyor ki bu soru, kaderine boyun eğmiş bilgeliliğin uygulandığı ve insanın kesin bir yanıt bulamayacağı, fakat ancak onu geliştirebileceği sorulardan biridir.” Bakınız. Kelsen, *op. cit.*, s. 1. Çeviri Ali Acar’ın çevirisidir Bakınız: Hans Kelsen, “Adalet Nedir?” çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 431-432.

31 Kelsen., *op. cit.*, s. 24. Bu alıntı Ali Acar’ın çevirisinden alınmıştır. Bakınız: Hans Kelsen, “Adalet Nedir?” çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 454. Kelsen’in göreceli adalet anlayışıyla ilgili bir yazı

Kelsen'in görüşüne göre hukuk bilimi adaleti tanımlamak için yaratılmamıştır. Bunun nedeni hukukun yarattığı normatif savları mutlaka tatmin etmek zorunda olmamasıdır. İşin aslında adalet hukukun zorunlu bir koşulu değildir. Ayrıca adalet hukuka güvenilir bir gerekçe de sağlamaz. Hukuk meşru bir şekilde adaleti tanımlamayabilir veya adaleti onaylamayabilir. Bunun nedeni adaletin hukukun zorunlu bir koşulu olmamasıdır. İşin aslında adalet sadece hukukla bağlantılı insani bir beklentidir.<sup>32</sup>

### Değerlerin “Subjektifliği” ve “Göreceliği”

Hans Kelsen'in adalet felsefesine yöneltilen eleştirilere geçmeden önce düşünürün değerlerin “subjektifliği” ve “göreceliği” konusundaki görüşlerini özetlemenin yararlı olacağını düşünüyorum. Kelsen “Doğal Hukuk Teorisinin Temelleri” başlıklı yazısında, eğer bir norm belli bir davranışın yapılması gerektiğini hükme bağlarsa ortaya bir değer çıkaracağını belirtmiştir. Eğer bir davranış, hukuk kuralınca öngörüldüğü biçimde olması gerektiği gibiyse iyidir ve bir değeri vardır. Tersine eğer bir davranış, hukuk kuralınca öngörüldüğü biçimde olması gerektiği gibi değilse

kötüdür ve değersizdir. Bir ifade gerçekliğe atıf yaptığında olması gereken ile olan, yani değer ile gerçeklik arasındaki karşıtlık ortaya çıkar. Kelsen'e göre bu karşıtlık bize mantık prensipleri ve rasyonel düşünme ilkeleri tarafından takdim edilmektedir. Söz konusu karşıtlık olması gerekenden olan ve olandan olması gerekenin elde edilemeyeceği biçiminde bir sonuç doğurmaktadır. Bir şeyin var olması olgusundan bir şeyin olması gerektiği ve bir şeyin olması gerektiği olgusundan da olan bir şey çıkmaz. Ne gerçeklikten bir değer ne de bir değerden gerçeklik elde edilebilir. Gerçeklikle ilgili ifadelerimizde ise eğer ifade gerçeklikle örtüşüyorsa doğrudur. Kelsen'in belirttiği gibi metalik kütleler ısıtılırsa genişler ifadesi bu durum istense de istenmese de doğrudur ve bu durum rasyonel düşünen bütün varlıklar için doğrudur. Oysa değer iradi bir davranışın anlamı olan bir norma dayandığında durum tamamen farklıdır. Bu nedenle birbiriyle çelişen değerler geçerli olabilir. Çünkü bir değer geçireliliğinin nedeni bir normun geçerliliğinden kaynaklanır ve farklı yerlerde ve zamanlarda farklı insanlar farklı normlara ve bu nedenle de farklı değerlere sahip olmuşlardır. Norm ve ifade, 'olması gereken'

32 için bakınız: Otto Bondy, “Hans Kelsen's Relativistic Approach to Ethics”, *Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen*, der. Salo Engel (Knoxville: The University of Tennessee Press, 1964), s. 51-57.

32 Bettina K. Rentsch, “Hans Kelsen's Psychoanalytic Heritage-An Ehrenzweigian Reconstruction”, *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, der. D.A. Jeremy Telman (Switzerland: Springer, 2016), s. 166. Bettina K. Rentsch bu makalesinde Kelsen'in adalet teorisini Ehrenzweig'in görüşleriyle zenginleştirmeye çalışmıştır. Rentsch Kelsen'in adalet ile ilgili görüşlerinin Albert Ehrenzweig'in *Psychoanalytic Jurisprudence* (Berkeley: University of California Press, 1971) başlıklı yapıtından yararlanabileceğini iddia etmiştir. Kelsen'in adalet tanımı için yaptığı çalışma bir çıkmazla sonuçlanmaktadır. Kelsen evrensel bir adalet tanımına ulaşmayı *irrasyonel* bir çaba olarak kabul etmektedir. İşte bu noktada Rentsch'e göre Ehrenzweig'in çalışması adalet isteğinin sosyolojik ve psikolojik kaynaklarını açıklamada Kelsen'e yardımcı olabilecektir. Bettina K. Rentsch, Ehrenzweig'in teorisinin Kelsen'in adalet teorisine daha tatmin edici bir temel sağlayarak saf hukuk teorisindeki açıkları da kapatabileceğini ileri sürmüştür

ve ‘olan’ şeklindeki düalizmin kaçınılmaz sonucu değerlerin sübjektif olduğu ve objektif değerlerin olmadığıdır. Eğer değerler doğası gereği sübjektif ise aynı zamanda görecelidir de.<sup>33</sup> Değerlerin göreceliği ve sübjektifliği konusunda Kelsen şunları belirtmektedir:

“Değerlerin sübjektif ve göreceli olmaları insanların büyük bir çoğunluğu için –her ne kadar herkes için değilse de- ortaya dayanılması zor bir durum çıkarır. Bu durumun ilk nedeni değerlerin sadece göreceli ve sübjektif olması varsayımının davranışlarımızı meşrulaştırma gereksinimini tatmin etmede yetersiz kalmasıdır. Eğilimlerimize karşı olması nedeniyle büyük güçlüklerle riayet ettiğimiz normun geçerliliği rastgele konmuş bir norm olarak ortaya çıkarsa ve bu nedenle de açıkça karşıt bir başka normun geçerliliği dışlanamazsa, böyle bir norma uyan davranışın değerinden bir ifadenin doğruluğundan daha az emin oluruz. Belki de böyle bir durumda tam anlamıyla tedirgin de olabiliriz; çünkü normatif ahlâksal ve hukuksal düzenlerin otoritesini ve buna bağlı olarak ortaya çıkan motive edici iktidarı eğer bu düzene tabi olanlar bu düzenin normlarının oluşturduğu değerleri sübjektif ve göreceli kabul ederlerse yeterli bulamayabiliriz. Dolayısıyla durum böyle olduğunda insan iradesiyle yapılan davranışların anlamının olmadığı, normların geçerli olabilmesi için ‘vazedilmiş olması’ veya ‘pozitif olması’ gerekmeyen, geçerliliğini insan davranışından bağımsız ve içerikleri nedeniyle alan ve hemen bağlayıcı olan ve gerçek hakkındaki ifadelerin doğruluğunda olduğu gibi, objektif değerle-

rin oluşturduğu normların geçerliliğini gösterme çabası ortaya çıkar. Bu çabayı başarılı kılmak için ‘olan’ ve ‘olması gereken’, gerçeklik ve değer, ifade ve norm, istemek ve düşünmek arasındaki mantıksal ve rasyonel düşünmenin bize dayattığı düalizmden kurtulmak gerekir. Bu ise ancak mantıksal ve rasyonel alanın ve deneysel gerçeklik alanının ve özellikle iradenin deneye dayalı davranışları ve anlamının dışına çıkılıp istemenin düşünme olabildiği, ‘olması gerekenin’ ‘olan olduğu’, normların aynı zamanda ifade olduğu ve yasaların adil ve bunun yanında da doğru olduğu aşkın ve metafiziksel alana rücu etmekle gerçekleşebilir. Bu ise bilim veya felsefeden teolojiye geçmek ve insanın Tanrıya yükselmesi demektir. Ve bu yol hukuksal ve ahlâksal pozitivizmden doğal hukuk doktrinine giden yoldur.”<sup>34</sup>

### **Hans Kelsen’in “Adalet Felsefesi”ne Yöneltilen Eleştiriler<sup>35</sup>**

Kelsen’in adalet görüşüne yöneltilen eleştiriler iki başlık etrafında toplanabilir. Bunlardan ilki Kelsen’in göreceli adalet anlayışının bazı tutarsızlıklar veya uyumsuzluklar içerdiğidir. İkinci tür eleştiri ise göreceli adalet görüşünün kendisine yönelik yani, adaletin göreceli olduğu savına getirilen eleştirilerdir.

### **Kelsen’in Göreceli Adalet Teorisinde Tutarsızlıklar veya Uyumsuzluklar:**

Jes Bjarup “Kelsen’in Hukuk Teorisi ve Adalet Felsefesi” başlıklı yazısında

33 Hans Kelsen, “The Foundation of the Theory of Law”, Hans Kelsen, *Essays in Legal and moral Philosophy*, der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 116-117.

34 *Ibid.*, s. 117-118

35 Kelsen’in *What is Justice* başlıklı kitabının eleştirileri: Alf Ross, Book Review Hans Kelsen, “What is justice”, *California Law Review* (45, 1957), s. 564-570; F.S.J. Northrop, Book Review: Hans Kelsen, “What is Justice”, *Virginia Law Review* (Vol. 44, 1958), s.815-819; Donald Meiklejohn, Book Review: Hans Kelsen, “What is Justice” (Vol. 25, 1958), s. 543-551; Barna Horvath, Book Review: Hans Kelsen, “What is Justice” (Vol. 6, 1957), s. 407-411; Edvard H. Levi, Book Review: Hans Kelsen, “What is Justice” (Vol. 314, 1957), s. 213-214; Quincy Wright, Book Review: Hans Kelsen, “What is Justice” (Vol. 51, 1957), s. 830-834; William Ebenstein, Book Review: Hans Kelsen, “What is Justice” (Vol. 52, 1958), s. 535-537.

Kelsen'in göreceli adalet teorisine eleştirmişdir.<sup>36</sup> Jes Bjarup'un yazısını inceleyen Philip Pettit eleştirileri üç başlık altında ele almıştır. Bunlardan ilki Kelsen'in ahlâksal göreceliğinin, savunduğu epistemolojik görecelikle uyumsuz olduğu; ahlâksal göreceliğinin “temel norm” teorisine uyuşmadığı ve üçüncüsü de ahlâksal göreceliğinin en üstün siyasal erdem olarak kabul ettiği hoşgörüyü çelişki içinde olduğu yolundaki eleştirileridir. Biz de Pettit'in yaptığı sıralamaya göre Bjarup'un eleştirilerini inceleyeceğiz.<sup>37</sup>

Jes Bjarup'un Kelsen'in göreceli adalet teorisine yönelik ilk eleştirisini şöyle ifade etmektedir:

“Sorun Kelsen'in epistemolojik görecelik olarak adlandırdığı görüşe bağlı kalmamasından kaynaklanmaktadır. Bu teoriye göre Kelsen 'sadece göreceli gerçeği ve göreceli değerleri' kabul etmektedir. Görebildiğim kadarıyla bu görüşün sonucu olarak Kelsen değer yargılarının son çare olarak kültürümüzün insanlarıncı kabul edilmesi nedeniyle doğru kabul edilmesi gibi, yine son çare olarak kültürümüzün bilim insanlarıncı kabul edilmesi nedeniyle bilimsel kanının doğru olduğunu iddia etmek durumunda kalmaktadır. Bu nedenle gerçekte yaptığı gibi Kelsen bilimsel kanımlarla değer yargılarını karşılaştırmamaktadır. Bu nedenle de kendisiyle çelişmektedir.”<sup>38</sup>

Philip Pettit epistemolojik ve ahlâksal göreceliğin eş zamanlı olarak bahse-

dilmesi durumunda, Kelsen'in göreceliğinin her iki durumuna da aynı anlamı verdiğini iddia etmenin hoşgörüsüz ve sert bir yorum olacağını belirtmiştir. Pettit'e göre kuşkusuz epistemolojik ve ahlâksal göreceliğin aynı anlamda oldukları düşünülecek olursa, epistemolojik görecelik ahlâksal görecelikle eş zamanlı olarak ele alınamaz bir duruma gelecektir. Ahlâksal görecelikte önemli olan husus görecelik bakımından belirli karşıtlıkların olduğu ve bunların ortaya çıkarılmasıdır. Eğer bütün yargılar, değerlendirmeler veya kanılar aynı ölçüde göreceli ise ve yine bunlar eşit olarak böyleyse, ahlâksal görecelik açısından ortaya çıkarabileceğimiz karşıtlıklar yok demektir.<sup>39</sup> Pettit'in belirttiği gibi Kelsen için görecelik epistemolojik veya ahlâksal konular söz konusu olduğunda farklı şeyleri ifade etmektedir.<sup>40</sup>

Jes Bjarup'un saptadığı ikinci tutarsızlık Kelsen'in saf hukuk teorisinde mutlak değer olarak kabul edilen temel norm varsayımının ahlâksal görecelikle uyuşmadığı iddiasıdır.<sup>41</sup> Philip Pettit bu eleştirinin temel normun hukuk bilimiyle uğraşanlar tarafından değil de, hukuk uygulayıcıları tarafından varsayıldığı düşünüldüğünde, Kelsen'in ahlâksal göreceliğinin ve hukuksal pozitivizminin bu eleştiriden kurtulacağını belirtmiştir. Eğer hukuk bilimiyle uğraşanlar temel norm varsayımını yapmıyor ve sadece

36 Jes Bjarup, “Kelsen's Theory of Law and Philosophy of Justice”, *Essays on Kelsen*, derleyenler Richard Tur ve William Twining (Oxford: Clarendon Press, 1986), s. 273-303.

37 Philip Pettit “Kelsen on Justice: A Charitable Reading”, *Essays on Kelsen*, derleyenler Richard Tur ve William Twining (Oxford: Clarendon Press, 1986), s. 305.

38 Bjarup, *op. cit.*, s. 300.

39 Pettit, *op. cit.*, s. 306-307.

40 *Ibid.*, s. 308.

41 Bjarup, *op. cit.*, s. 291-292.

hukuk uygulayıcılarının varsayımını kaydediyorlarsa, Kelsen hukukla uğraşan bir bilim insanı olarak kuramını zedeleyecek herhangi bir hukuki geçerlilik ile ilgili bir değer açıklamaya zorlanmamış olacaktır.<sup>42</sup>

Bjarup temel norm varsayımına bağlanmış olan hukuksal geçerliliğin bazı hukuk normlarına sahip olma değeri olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu esasa yönelik sosyal bir değer olduğundan “düzenlilik” (orderliness) değeri olarak adlandırılabilir. Böyle adlandırıldığında temel norm varsayımı Kelsen’in göreceli adalet görüşüyle çelişecektir. Ancak Pettit Kelsen’in temel norm varsayımının esasa yönelik bir değer olarak düşünülmebileceğini ve bu durumun da “emredilmek” (orderedness) olarak adlandırılabileceğini belirtmiştir. “Emredilmek” terimi sistemden bağımsız herhangi bir içeriğe sahip olmayacaktır. Böyle anlaşıldığında Pettit temel norm varsayımı hukuk bilimiyle uğraşanlar tarafından varsayılsa bile, Kelsen’in “temel norm” kavramı göreceli adalet görüşüyle çelişmeyecektir.<sup>43</sup>

Bjarup’un Kelsen’e yönelttiği üçüncü eleştirisi Kelsen’in ahlâksal göreceliliğinin “hoşgörü” prensibini içermesidir. Bu Bjarup’a göre çok önemli bir tutarsızlık yaratmaktadır.<sup>44</sup> Kelsen “Adalet Nedir?” başlıklı yazısında hoşgörü ilkesiyle ilgili olarak şunları belirtmektedir:

“Göreceli adalet felsefesiyle ilgili olan belirli ahlâk ilkesi, hoşgörü ilkesidir ve bu ilke, diğerlerinin siyasi fikirlerine ve dini inançlarına karşı, onları kabul etmeksizin, fakat onların özgür olarak ifade edilmesini engellemeyerek, anlayışlı olmayı ifade eder. ... Hoşgörü, düşünce özgürlüğüdür.”<sup>45</sup>

Bjarup’a göre göreceli adalet görüşünün gereği olarak hoşgürsüzlük ilkesi hoşgörü ilkesi kadar meşrudur. Oysa Kelsen hoşgörü ilkesinin bilimsel olarak güvence altında olduğunu düşünmektedir. Bu ise Bjarup’a göre Kelsen’in göreceli adalet konusunda yazdıklarıyla çelişmektedir. Ancak Bjarup’a göre iyi bir savunma olarak kabul edilemezse de, Kelsen savunduğu hoşgörü ilkesinin mutlak hoşgörü olmadığını belirtmiştir. Kelsen bu konuda şunları yazmaktadır:

“... Göreceli bir adalet felsefesiyle mutlak hoşgörünün övülemeyeceği; sadece barışı garanti eden ve düzene tabi olanlar arasında güç kullanılmasını engelleyen ve yasaklayan, ancak fikirlerin barışçıl bir şekilde ifade edilmesini engellemeyen ve yasaklamayan bir kurulu hukuk düzeni içindeki hoşgörünün be-nimsenmesi akla yatkındır.”<sup>46</sup>

Philip Pettit Kelsen’in savı biraz değiştirildiğinde Bjarup’un üçüncü tutarsızlık iddiasının da aşılabileceğini belirtmiştir. Göreceli adalet düşüncesinde esasın önemli olmadığı, farklı insanlar tarafından savunulan birbiriyle çelişkili çok sayıda ahlâksal yargının olduğu id-

42 Pettit, *op. cit.*, s. 309-310.

43 *Ibid.*, s. 310-311.

44 Bjarup, *op. cit.*, s. 301.

45 Hans Kelsen, “What is Justice?”, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 22-23. Türkçe çeviri için bakınız: Hans Kelsen, “Adalet Nedir?”, çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 452.

46 *Ibid.*, s. 22-23. Çeviri Ali Acar, *Ibid.*, s. 452.

dia edilmektedir. Pettit’e göre iki tür ahlâksal yargı birbirinden ayırt edilebilir. Bunlardan ilki değerlendirmeler (evaluations), ikincisi ise emirlerdir (prescriptions). Emirler ne yapılacağı veya yapılamayacağıyla ilgili eylemlerdir. Değerlendirmeler ise bunları karşılayan projelerin sadece ilk bakışta arzu edilebilir olup olmadığını betimler. Emirler belirli bir eylemin veya belirli bir sınıfın eylemini sadece iyi veya kötü olarak betimlerken, değerlendirmeler bize bunu belirli bir açıdan iyi veya kötü olduğunu gösterir.<sup>47</sup>

Pettit’e göre eğer “değerlendirmeler” ve “emirler”in birbirinden farklı olduğu kabul edilecek olursa, Kelsen’in hangi anlamda ahlâksal göreceliliği savunduğuna karar vermemiz gerekir. Kelsen’in “Adalet Nedir?” başlıklı makalesinde ahlâksal yargılar arasında bir farklılık yapmadığından her ikisini de kast ettiği söylenebilir de, Pettit’e göre eğer Kelsen’in sadece emirler bakımından göreceliliği savunduğu, değerlendirmelerde ise savunmadığı kabul edilecek olursa, Bjarup’un üçüncü tutarsızlık iddiası da geçerli olmayacaktır. Değerlendirmelerin göreceli olmayan bir bakışla ele alınabileceği, buna karşılık emirlerin göreceli olması gerektiği anlaşılabilir bir durumudur. Kelsen’in değerlendirmede göreceliliği kabul etmediği, emirlerde ise göreceliliği kabul ettiği düşünüldüğünde hoşgörü hakkında söylediklerinin çelişkili ve/veya tutarsız olmadığı söylenebilecektir.<sup>48</sup> Pettit’in belirttiği gibi, Kelsen’in çözümlenmelerinin değerlendiril-

dirmelerden çok emirleri kapsadığı ahlâksal yargıların normu çağrıştırdığı ve normların da kayıtsız şartsız emretme gücünü içerdiği söylenebilir. Kelsen’in ahlâksal yargılardan anladığının emirler olduğu, emirlerin istisnası olmadığından anlaşılacaktır. Yine Kelsen’e göre ahlâksal yargılar çatışan değerler sonucu ortaya çıkar ve bunlara göreceli olmayan gerçeklik atfedilemez; çünkü bu tür değer çatışmaları çözümlenemeyebilir. Bu tartışma değerlendirmelere uygulanamaz ve bu nedenle sadece emir şeklindeki ahlâksal yargılar görecelidir.<sup>49</sup>

Genel olarak Bjarup’un eleştirilerinde ikna edici bir kanıt gösteremediği Pettit’in eleştirilere yönelik yanıtlarından anlaşılacaktır. Bu ise Bjarup’un Kelsen’in söylediklerini tam olarak anlamadığı ya da çarpıtarak eleştiri yapmaya çalıştığını göstermektedir

### **Ahlâksal Göreceliğin Özünün Eleştirisi:**

Saf hukuk teorisi hukuk bilimini sadece nedensellik ilkesini uygulayan doğal ve sosyal bilimlerden ayırmamakta; aynı zamanda hukuku diğer normatif düzenlerden özellikle de ahlâktan ayırmaktadır. Böylece hukuk bilimi etikten ayrıt edilmiş olmaktadır. Kelsen’in belirttiği gibi “ahlâk” olarak adlandırılan normatif düzen de belirli insan davranışlarını dikte etmeye bir başka deyişle düzenlemeye çalışır. Ancak ahlâk olarak adlandırılan bu normatif düzen ahlâki normun ihlali ni zora dayanan yaptırımla değil, norma uyan davranışı onaylayarak ve uymayana ise kınayarak gerçekleştirir.

47 Pettit, *op. cit.*, s. 313.

48 *Ibid.*, s. 315.

49 *Ibid.*, s. 316-317.

Tasvip (onamak) ahlâka uygun, kınama ise ahlâka aykırı davranışa atfedilir. Kelsen hukukun ahlâktan ayrılmasını özlü bir biçimde şöyle açıklamaktadır:

“Hukukun ahlâktan, hukuk biliminin etikten ayrılmasının sonucu hukuk normunun geçerliliğinin ahlâk normuyla, özellikle de *adaletin* ahlâk normuyla ilişkisinden bağımsız olması gerektiği ilkesinin ortaya çıkmasıdır. Farklı ve birbiriyle çelişen ahlâk sistemleri ve bu nedenle de farklı ve birbiriyle çelişen adalet idealleri var olduğundan, pozitif hukuk düzeni bunlardan biriyle uyumlu ve aynı zamanda da diğeriyle çelişki içinde olabilir. Kuskusuz bu saf hukuk teorisinin *ahlâk* postulatını (hukuk adil olmalıdır) reddettiği anlamına gelmez. Bu sadece hukukun temel unsurunun adalet düşüncesini gerçekleştirmek olduğu yolundaki yaygın kanıyı reddetmek demektir. Pozitif hukuk adil veya adil değil diye değerlendirilebilir. Bu söylenenlerin sonucu olarak saf hukuk teorisi hukuk ve adalet kavramlarının açıkça birbirinden ayrt edilmesinde ısrarcıdır. Zaman zaman yanlış anlaşıldığı gibi, saf hukuk teorisi adaletin varlığını inkâr etmemektedir; saf hukuk teorisi bir bilim olarak sadece Tanrının adaleti şeklindeki dinsel inanca uygun olarak var olan *mutlak* adaleti tanımayı reddetmektedir. Saf hukuk teorisi adaleti farklı değer sistemlerine göre farklı olan *göreceli* bir değer olarak ele alır.”<sup>50</sup>

Leo Strauss saf hukuk teorisinin her türlü siyasal rejimi meşrulaştırabileceğini, çünkü bu teorinin gücünü tarihselci öncülden aldığı ileri sürmüştür. Tarihselci görüşe göre bütün ahlâki değerlendirmeler tarihsel ve kültürel koşullara bağlıdır. Bu nedenle de ahlâki değerlendirmelerin sadece göreceli ağırlıkları vardır. Ahlâki bir değerlendirmenin bir başka ahlâki değerlendirme tarafından çelişmesi önlenemez. Bunun nedeni tarihselci görüşe göre bütün ahlâki yargıların aynı ağırlıkta ve aynı değerde olmasıdır. Biri diğerdan üstün değildir. Leo Strauss bu konuda şunları belirtmiştir:

“... (L)iberaler doğal hakkın terk edilmesini sadece soğukkanlılıkla değil bir de rahatlamayla karşılarlar. Bunlar, içkin olarak iyi ya da doğru olanın hakiki bilgisini elde etme konusundaki yetersizliğimizin, bizi iyi ya da doğru olan üzerine her fikri hoş görmeye, ya da tüm tercihlerin veya tüm ‘medeniyetlerin’ eşit derecede saygıya layık olduğunu kabul etmeye mecbur bıraktığına inanıyor gibi görünürler. Sadece sınırsız hoşgörü usla uyum içindedir.”<sup>51</sup>

Leo Strauss’un görüşlerini açıklarken Elisabeth Lefort da eğer bütün ahlâki değerlendirmeler sadece göreceli bir geçerliliğe mahkûm edilecek olursa, siyasal rejimlerin ahlâki olup olmadığının kesin bir biçimde saptanamayacağını belirtmiştir. Modern sosyal bilimlerde neyin meşru neyin gayri meşru olduğu noktasındaki farklılık tümüyle kalktığı için, sosyal bilimler potansiyel olarak her türlü siyasal rejimin menfaatlerine hizmet edebilir. Ancak gerçekte sosyal bilimler bu kadar çok yönlü değildir.

50 Hans Kelsen, “On the Pure Theory of Law”, *Israel Law Review* (January 1966), s. 3-4. Çeviri tarafımdan yapılmıştır. Hukuk ve ahlâki düzenlerin birbirlerinden ayrılması konusunda bakınız: Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, çev. Max Knight (California: University of California Press, 1967), s. 66-69

51 Leo Strauss, *Natural Right and History* (Chicago: The University of Chicago Press, 1965), s. 5. Çeviri için bakınız: Leo Strauss, *Doğal Hak ve Tarih*, çev. Murat Erşen ve Petek Onur (İstanbul: Say Yayınları, 2011), s. 21.



Modern sosyal bilimler esasta liberalizmin menfaatlerine hizmet eder ve liberalizm ile bu ilişki bu disiplinlerin tutarlıktan yoksun olduğunu kanıtlar.<sup>52</sup>

Leo Strauss *Doğal Hak ve Tarih* başlıklı kitabında sosyal bilimlerin araç olarak düşünülmesini eleştirdikten sonra, Kelsen'e atıfta bulunmaktadır. Bu atıfta Kelsen'in *Allgemeine Staatslehre*'den bir parçayı aynen alıntıladıktan sonra, neden bu parçanın kitabın İngilizce çevirisinde yer almadığını sorgulamıştır. Kelsen'den alınan bu atf aynen şöyledir:

“Despotik rejimlerde hukuksal düzenin (*Rechtsordnung*) olmadığı bunun yerine despotun keyfiliğinin (*Willkür*) olduğu iddiası tümüyle anlamsızdır... Devlet despotik biçimde yönetildiğinden aynı zamanda insan davranışlarının da belirli bir biçimde düzenlenmesi (*Ordnung*) söz konusudur... Bu düzenleme kesinlikle hukuksal bir düzendir. Bu düzenin hukuksal karakterini inkâr etmek sadece doğal hukukun saflığı veya ukalalığı olabilir... Keyfilik olarak yorumlanan despotun her kararı kendisinin vermesini sağlayan hukuksal olanaklara sahip olmak, yan örgütlerin işlemlerini kayıtsız şartsız bir biçimde belirlemek ve her zaman var olan normların genel veya belirli geçerliliklerini (*Geltung*) değiştirmek veya iptal etmektir. Böyle bir devlet kötü bir devlet olarak kabul edilse dahi hukuksal bir devlettir (*Rechtszustand*). Böyle bir devletin pozitif yönleri de var-

dır. Modern hukuk devletlerinde o kadar da görülmedik bir şey olmayan diktatörlük istekleri açıkça bunu bize göstermektedir.”<sup>53</sup>

Elisabeth Lefort'un belirttiği gibi Kelsen'in görüşlerine aşına olanlar için yukardaki alıntı şartırcı olamaz. Burada söz konusu olan saf hukuk teorisinin temel savlarından biridir. Bu temel sav hukuk ve devletin özdeşliği savıdır. Kelsen'e göre despotik devlet de hukuksal bir devlettir. Bir başka deyişle, her devlet hukuksal doğasına ve herhangi bir kişinin ahlâksal bakımdan onaylayıp onaylamasına bakılmaksızın hukuksal bir devlettir. Bu nedenle var olan siyasi rejimin hukuksallığı kişilerin o rejimi onaylayıp onaylamamasına bağlı değildir. Devletin hukuksallığı ve ahlâksal saygınlığı arasındaki farklılık Kelsen'in saf hukuk teorisinin bir sonucudur. Yine Lefort'un belirttiği gibi hukuku bilmek ve hukuku ahlâksal açıdan değerlendirmek tanım gereği birbiriyle çelişen iki işlemdir. Bunlardan ilki yani hukuku bilmenin ilkeleri insanın kavramasının meşru sınırlarında yer alırken, ikincisi yani hukukun ahlâksal açıdan değerlendirilmesi insan iradesinden kaynaklanır. Bunlardan ilki nesnel ikincisi ise öznel-dir. Ayrıca bunlardan ilki betimleyici bir işlem, ikincisi ise değerlendirmeden ibarettir. Betimleme (hukuk bilimi) ile kural koyma (ahlâksal değerlendirme) işin aslında Kelsen'in temel ayırımı olan

52 Elisabeth Lefort, “Arriving at Justice by a Process of Elimination: Hans Kelsen and Leo Strauss”, *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, der. D. A. Jeremy Telman, Law and Philosophy Library (Switzerland: Springer International Publishing, 2016), s. 120

53 Strauss Kelsen'i İngilizce'ye çevirmeden doğrudan metnin Almanca aslına atıfta bulunmaktadır. Kelsen'in bu atfının İngilizce'ye çevirisi David Novak'ındır. Bakınız: David Novak, “Haunted by the Ghost of Weimar: Leo Strauss' Critique of Hans Kelsen”, *The Weimar Moment: Liberalism, Political Theology, and Law*, der. Leonard V. Kaplan ve Rudy Koshar (Lanham: Lexington Books, 2012), s. 395. İngilizce'den Türkçe'ye çeviri tarafından yapılmıştır.

*Sein ve Sollen* arasındaki farklılığın geliştirilmesi sonucunda ortaya çıkmıştır. Kelsen için bilimsel olmak demek siyasal açıdan yansız olmak demektir.<sup>54</sup>

Hans Kelsen'e göre "mutlak değer" bilimin konusu olamaz, çünkü mutlak değer denen şey rasyonel bir süreç ve işlem sonucu olmayan duygulara dayanan bir seçimde bulunmadır. Kelsen'e göre ahlâksal standartlar kişinin duygularına, kültürüne, zamana ve yere bağlıdır. Bir başka deyişle, ahlâksal standartlar toplumumuzun benimsediği ideallerden başka bir şey değildir. Adalet konusundaki göreceli perspektif Staruss'a göre iki temel sorun ortaya çıkarmaktadır. Adaletin Kelsen tarafından yapılan göreceli tanımı adalet için gerekli olan toplumdaki akla uygun ve kritik bir uzaklık sağlamamaktadır. Adil karar alımında kullanılan ölçütün toplum tarafından sağlandığı düşüncesi kabul edildiğinde sorunlar ortaya çıkmaktadır. Adalet anlayışı göreceli toplumla özdeşleştirildiği için toplumun üstünde değildir. Bununla bağlantılı olarak bu göreceli standart toplumu değerlendirmede bir araç olamaz; çünkü bu standart toplumdaki kaynaklanmaktadır. Leo Strauss bu konuda şunları yazmaktadır:

"Bugün pek çok insan söz konusu ölçünün olsa olsa, toplumumuz ya da 'medeniyet'imiz tarafından benimsenen ve içinde yaşama biçimlerinin ya da ku-

rumlarının somutlaştığı ideal olduğu görüşünü savunuyor. Ama bu aynı kaniya göre, yamyam toplumlarda uygarlaşmış toplumlardan daha az olmamak üzere, her toplumun kendi ideali vardır. Eğer ilkeler bir toplum tarafından kabul edilmiş olmaları olgusu tarafından yeterince aklanıyorsa, yamyamların ilkeleri de uygarlaşmışlarınkiler kadar savunulabilir ya da sağlamdır."<sup>55</sup>

Bu söylenenlere ek olarak Strauss kişilerle toplum tarafından belirlenen ahlâki idealin özdeşleşmesi varsayımının sahte bir varsayım olduğunu düşünmektedir. Kişinin kendi sosyal çevresini sorgulayabilir olması gerçeği, insanların bütünüyle toplum tarafından belirlenmediğinin ispatıdır. İnsanlar bütünüyle toplum tarafından kuşatılmış ve toplum tarafından belirlenmiş olsalardı toplumu bir obje olarak düşünemezlerdi. Böyle bir durumda da insanların adalete gereksinimleri olmayacaktı.<sup>56</sup>

Strauss'a göre ahlâki göreceliğin ortaya çıkardığı bir başka önemli sorun da inşa ettiği dünyayla ilgilidir. Strauss'a göre ahlâki görecelik bizi doğrudan nihilizme götürür. Ahlâki göreceliğin bakış açısından insanların bilme yetisi mutlak adalet bilgisine ulaşamaz. Ve bu varsayım insanların seçimleriyle başa kaldıklarını ileri sürmemekte aynı zamanda da her türlü insani tercihin eşit ve birbirinden farklılaşmamış olduğunu iddia etmektedir. İnsanlar bakımından

54 Lefort, *op. cit.*, s. 121-122. Şunu belirtmek gerekir ki Kelsen adalet üzerine düşüncelerini hukuk biliminin teorik çerçevesinin dışında geliştirmiştir. Bakınız, Lefort, *op. cit.*, s. 123.

55 Leo Strauss, *Natural Right and History* (Chicago: The Chicago University Press, 1953), s. 2-3. Çeviri için bakınız: Leo Strauss, *Doğal Hak ve Tarih*, çev. Murat Erşen ve Petek Onur (İstanbul: Say Yayınları, 2011), s. 18-19 Leo Strauss'un "görecelik" ile ilgili görüşleri için bakınız: Leo Strauss, "What is Political Philosophy", *The Journal of Politics*, Vol. 19, No. 3 (Aug., 1957), s. 343-368; Leo Strauss, "Relativism", *The Rebirth of Classical Rationalism: An Introduction to the Thought of Leo Strauss*, der. Thomas L. Pangle (Chicago: Chicago University Press, 1989), s. 13-26.

56 Leo Strauss, *Natural Right and History* (Chicago: The Chicago University Press, 1953), s. 3.

neyin adil neyin adil olmadığını bilebilmek imkânsızsa, bu bütün olası tercihlerin eşdeğer olduğu anlamına gelecektir; çünkü böyle bir durumda koşulsuz bir standart yoktur. Bu da bir bakıma hiçbir standardın olmadığı anlamına gelir. Belirli tercihler veya eylemler adil olarak nitelendirilir; çünkü bu tercihler kendisi göreceli olan bir idealle uyumlu olmaktadır. Her şeyin göreceli olduğu bu dünyada her davranış ve her kanı zayıf ve bu nedenle de anlamsız olacaktır.<sup>57</sup>

Bu açıklanan nedenlerle göreceli adalet görüşü adalet kavramını anlamadan yoksun bir hale getirmektedir. Leo Strauss bu noktada bir ironinin olduğunu belirtmektedir. Strauss üzülererek modern sosyal bilimlerin insanlar için ikinci derecede önemli olan şeyleri belirlemede etkin olduğunu söylemektedir. Bunun nedeni bizim için en önemli olan şeylere sosyal bilimlerin nüfuz edememesidir. Rasyonellik gönüllü körlükle eş anlamlıdır ve bu durum bizleri seçimlerimizi görmeyerek yapmaya mahkûm etmektedir. Strauss'a göre bütün seçimlerimiz kötü olduğu kadar iyi veya iyi olduğu kadar kötüdür.<sup>58</sup>

Strauss'un Kelsen'in doğal hukukun ve doğal hukukçuların gerçekleri dikkate almadığı iddiasına karşı geliştirdiği görüşler oldukça güçlüdür. Lefort Strauss'un bu görüşlerini şöyle özetlemektedir: İnsanların çeşitli adalet kavramlarının var olduğunu bilebilmeleri için tarihselciliği ve tarihselciliğin getirdiği göreceliği beklemelerine gerek yoktur.

İşin aslında tarihselcilik doğal hakka karşı bir argüman olmaktan uzaktır; çünkü doğal hak tamamen bu deneyim farklılığının üzerine inşa edilmiştir. Doğal hak düşüncesinin özü bu deneye dayalı perspektifin ötesinde evrensel bir standart arayışıdır ve bu arayış insan aklının yardımıyla gerçekleştirilir. O halde doğal hak görüşünün ampirik gerçekleri görmezden geldiği söylenemez.<sup>59</sup>

Leo Strauss'a göre siyasal felsefe ve doğal hak insanlar konvansiyon (anlaşma ve/veya uzlaşma) ile doğa arasındaki radikal farklılığı anladıklarında ortaya çıkar. Bu nedenle doğal hakkın ne olduğu hakkında evrensel anlaşmanın yokluğu böyle bir hakkın olamayacağını kanıtı olamaz. Doğal hakkın özü düşünüldüğünde doğal hak teorisine herkesin kolaylıkla ulaşamayacağı açıktır. Bu iş ciddi bir çaba ve akıl gerektirir.<sup>60</sup>

Strauss eğer tarihselci görecelik doğruysa, bu durumda insanın bilme yetisinin tarihsel sınırlamaları aşabileceği ve tarihselliğin ötesine ulaşabileceği ispatlanmış olacağını belirtmektedir. Bu durum ise tarihselci öncül ve görecelikle çelişecektir. Strauss'a göre bu bize açıkça tarihselciliğin ve göreceliğin *mantıksal hata kurbanı* olduğunu göstermektedir. Eğer bu teoriler doğru olsaydı, doğru olduğunu iddia ettikleri tarihsel determinasyondan kendilerini dışlamazlardı. Strauss'a göre benzer hata hoşgörü kavramında da bulunabilir. Hoşgörü kavramı Kelsen dâhil modern sosyal bilimlerce "nihilizm"den (hiççilik) kurtul-

57 *Ibid.*, s. 3.

58 *Ibid.*, s. 4.

59 Lefort, *op. cit.*, s. 126-127.

60 Leo Strauss, "What is Political Philosophy", *The Journal of Politics* (Aug., 1957), s. 343-344.

ma umuduyla savunulmaktadır. Ancak bu kavram bu umutta olanları çelişkiye sürüklemektedir. Ahlâki görecelik mutlak değerler olasılığını dışlamaktadır; çünkü bu görüşe göre bütün değerler görecelidir. Bütün değerlerin aynı meşruluğa sahip olduğu kabul edildiğinde, hoşgörüsüzlük neden kötü bir değer olsun sorusu ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, hoşgörü neden hoşgörüsüzlükten daha iyi bir değer olmaktadır. Nasıl oluyor da “hoşgörü” görecelilikten kurtuluyor? Eğer bütün insan eylemleri kör seçenekler veya tercihlerse neden hoşgörülü olunsun? <sup>61</sup> Leo Strauss bu konuda şu görüşleri ileri sürmektedir:

“Eylemlerimizin ilkelerinin kör seçimlerimizden başka dayanağı olmadığını bir kez anlarsak, bunlara bir daha gerçekten inanmayız. Artık onlara kalben inanarak rahat hareket edemeyiz. Artık sorumlu varlıklar olarak yaşayamayız. Yaşamak için, bize ilkelerimizin kendilerinde ancak herhangi başka ilkelere kadar doğru ya da yanlış olduğunu söyleyen aklın kolayca susturulan sesini susturmak zorunda kalırız. Akli ne kadar işletirsek, hiççiliği o kadar geliştiririz: o kadar az toplumun dürüst üyeleri olabiliriz. Hiççiliğin kaçınılmaz fiili sonucu, baignaz aydınlık düşmanlığıdır.”<sup>62</sup>

### **Kelsen’in Adalet Anlayışı ve “Konstruktivizm”**

Kelsen’in ölümünden sonra yayımlanan *Normların Genel Teorisi (General Theory of Norms)* başlıklı yapıtı, Kelsen uzmanlarını şaşırtmıştır. Kelsen bu önemli yapıtında daha önce yayımlanmış olan “Derogation” ve “Law and Logic” adlı makalelerinde ileri sürdüğü argümanları daha da ileri götürmüş ve bu makalelerde ileri sürdüğü görüşlerini geliştirmiştir.<sup>63</sup> *Normların Genel Teorisi* başlıklı eser genellikle Kelsen’in daha önceki çalışmalarından sapma olarak görülmektedir. Kelsen’in bu son yapıtında mantık ve ontoloji sorunlarını birleştirdiği ve argümanlarının da yanıtıcı olduğu ileri sürülmüştür. Kelsen’in pratik akla ve deontik mantığa yönelttiği eleştirilerinin *normatif irrasyonalizme* yol açacağı belirtilmiştir.<sup>64</sup>

Joshua W. Felix’e göre Kelsen’in deontik mantık ve pratik akla yönelik eleştirilerinin konstruktivizme (sosyal inşacılık) bir yanıt olarak anlaşılması gerekmektedir. Kelsen’in bu konudaki argümanlarının daha önceki çalışmalarından ve düşüncelerinden radikal bir sapma olarak nitelendirilmemesi gerektiğini iddia eden Felix’e göre, bu düşünceler Kelsen’in konstruktivist tehlikeye karşı adalet konusundaki şüphesi yak-

61 Leo Strauss, *Natural Right and History* (Chicago: The Chicago University Press, 1953), s. 5-6.

62 *Ibid.*, s. 6. Çeviri için bakınız: Leo Strauss, *Doğal Hak ve Tarih*, çev. Murat Erşen ve Petek Onur (İstanbul: Say Yayınları, 2011), s. 22.

63 “Derogation” ve “Law and Logic” adlı makaleler için bakınız: Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, selected and Introduced by Oto Weinberger (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973)

64 Bakınız: Michael Hartney, “The Death of Practical Reasoning in Kelsen’s Later Theory of Norms”, *Sociological Jurisprudence and Legal Philosophy On*, der. K. B. Agrawal ve Rajendra Kumar Raizada (Jaipur: University Book House, 1993), s.16; Deryck Beyleveld, “From the ‘Middle Way’ to Normative Irrationalism: Hans Kelsen’s General Theory of Norms”, *The Modern Law Review* (January 1993), s. 104; Stanley Paulson, “Kelsen’s Legal Theory: The Final Round”, *Oxford Journal of Legal Studies* (1992), s.273.

laşımını savunma girişimi olarak kabul edilmelidir. Felix'in bir diğer savı da Kelsen'in *Normların Genel Teorisi* başlıklı yapıtındaki görüşlerinin yanıltıcı olmadığı ve söylediklerinin konstrüktivizmle ilgili çağdaş tartışmalarda önemli bir yer tutabileceğidir.<sup>65</sup>

Kelsen'e göre adalet irrasyonel bir idealdir. Adaletin menfaat çatışmalarını çözümleyeceği düşünülür. Ancak menfaat çatışmaları kaçınılmaz ve inatçı çatışmalardır. Menfaat çatışmaları bir menfaatin zararına bir diğer menfaatin tatmin edilmesi veya çatışan menfaatler arasında uzlaşma sağlanarak çözümlenmeye çalışılır. Bunun ötesinde adalet objektif bir değer olmayı amaçlamasına rağmen gerçekte sübjektif bir değerdir. Bu nedenle de adalet sosyolojinin konusudur.<sup>66</sup> Kelsen de "Adalet Nedir?" başlıklı makalesinde adaletin sosyolojik çözümlenmesine yapmak istemiştir. Kelsen'e göre bir düşünce olarak adalet kavramının ortaya çıkması toplumda menfaatlerin ahenginin yani uyumunun sağlanabileceği umudundan kaynaklanmaktadır. O halde adalet sosyal mutluluktur ve bu umut Kelsen'e göre rasyonel bir umut değildir; çünkü söz konusu umudu, bir başka deyişle bütün menfaatleri tatmin edebilmek imkânsızdır.<sup>67</sup>

Konstrüktivizm matematik, felsefe ve hukuk bilimi gibi çeşitli konularda

farklı konumlara işaret etmektedir. Bu konumlar arasında ortak çizgi konstrüktivizmde belirli düşüncelerin gerekçelerin inşası olarak ele alınması veya düşünülmesidir. J. W. Felix konstrüktivizmi objektif değerlerin gerekçeleri oluşturduğu ve geçerliliğin rasyonel bir kıstasla belirlendiği bir tez olarak el almıştır. Bu görüşe göre geçerlilik ya gerekçeyle veya rasyonel bir usulle ayırt edilebilir. Bu haliyle J. W. Felix'e göre konstrüktivizm Kelsen'in adaletin irrasyonel bir ideal olduğu tezine tehdit oluşturmaktadır.<sup>68</sup>

Hans Kelsen *Normların Genel Teorisi*'nden önceki yazılarında konstrüktivist tutuma menfaatler çatışmasının kaçınılmaz olduğu ve çatışmaların inatçı doğasını vurgulayarak karşılık vermekteydi. Çatışmalar sadece hangi menfaatin tatmin edileceğinin veya hangi hakkın üstün geleceğinin belirlenmesiyle çözümlenecektir. Eğer her iki menfaat de tatmin edilebiliyorsa veya her iki hak da geçerli olabiliyorsa, bu durumda menfaatler veya haklar birbiriyle uyumlu demektir ve ortada sadece *sahte bir çatışma* söz konusudur. Durum böyleyse adalet düşüncesi gereksizdir ve hiçbir şeyi çözümlenmemektedir. Sadece bir menfaat diğerinin aleyhine tatmin edilebiliyorsa veya sadece bir hak bir diğer hakkın yerine geçiyorsa adalet düşünce-

65 Jashua W. Felix, "Kelsen, Justice, and Constructivism", *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, der. D. A. Jeremy Telman, Law and Philosophy Library (Switzerland: Springer International Publishing, 2016), s. 319.

66 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, çev. A. Wedberg (Cambridge: Harvard University Press, 1945), s. 13, 49.

67 Hans Kelsen, "What is Justice", *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 2-3.

68 Felix, *op. cit.*, s. 322.

si yine yararsızdır ve hiçbir şeyi çözmüyor demektir.<sup>69</sup>

Kelsen'e göre pratik akıl norm koyma olarak ele alınan postulat olmaktadır. Kelsen'in pratik akıl ve deontik mantığı eleştirmesinin temel nedenlerinden biri de, adaletin sübjektif bir değer olduğu görüşünden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle Kelsen'in bu konulardaki görüşleri de incelenmelidir.

Hans Kelsen'in *Normların Genel Teorisi* başlıklı yapıtında uyumsuzluk ile mantıksal çelişki arasındaki benzerliğe karşı genel bir takım savlar geliştirmiştir.<sup>70</sup> Felix Kelsen'in bu savlarını kısaca şöyle açıklamaktadır: Deontik mantıktaki sorunun bir bölümü norm çatışmalarının mantıksal çelişkilere benzeyip benzemediğidir. Birbiriyle uyumsuz normlar söz konusu olduğunda norm çatışmaları ortaya çıkar. Böyle bir durumda en azından iki norm vardır ve genellikle veya belirli bir zamanda her iki norma birden uyabilmek mümkün değildir. İlk olarak belirtilmesi gereken norm çatışmasının sadece geçerli normlar arasında ortaya çıkabilecek olmasıdır. O halde uyumsuzluk mantıksal çelişkiye benziyor olsa da normun geçerliliğinde çelişki söz konusu olamaz. Sadece geçerli normlar uyumsuz normlar olabilir. İkinci olarak uyumsuzluk ve mantıksal çelişki arasındaki benzerlik normları normların gözlemlenmesinin sonuçlarıyla bağlantılı önermeler olarak ele al-

masından kaynaklanmaktadır. Mantıksal çelişki ilkesi birbiriyle çelişen normların gözlemlenmesi sonucu ortaya çıkan ifadelere uygulanması gerçeği, birbirleriyle çatışan normların kendilerine uygulanmasını gerektirmez. Kelsen bu konuda şunları ileri sürmektedir:

“Eğer iki ifade arasındaki mantıksal çelişki ile normlar arasındaki çatışmayı karşılaştıracak olursak, ifadenin doğruluğu ile normun geçerliliği arasında bir benzerliğin olmadığı kesin bir biçimde açıklığa kavuşmaktadır. ‘Tanrı vardır’ ve ‘Tanrı yoktur’ veya ‘Tanrı adildir’ ve ‘Tanrı adil değildir’ gibi iki birbiriyle çelişen ifade yan yana bulunabilirse de sadece bunlardan biri doğrudur. Ve bunlardan biri doğru olduğunda diğeri de yanlış olacaktır. Normlar arasında çatışma bir norm belli bir davranışı zorunlu bir hale getiriyor ve diğeri ise bu davranışın ortadan kaldırılmasını emrediyorsa ortaya çıkar. O halde, bir ifade yanlış olduğunda diğerin doğru olmasının zorunlu olması gibi, birbiriyle çatışan normlardan biri hukuksal bakımdan geçerliyse, diğerin de hukuksal açıdan geçersiz olması gerektiği ileri sürülemez. Normların çatışması söz konusu olduğunda her iki norm da geçerlidir; aksi takdirde normlar arasında çatışma ortaya çıkamaz. Ve iki normun aynı normatif düzene ait olması veya pozitif hukuk normu ve ahlâk normu gibi farklı normatif düzenlere ait olması farklılık yaratmaz. Bu normlardan birinin veya her iki normun geçerliliğinin ilga edilmesi norm-yaratma davranışının, özellikle yürürlükten kaldırma normunun sonucudur. Adolf Merkl'in daha önce gösterdiği gibi, *Lex posterior derogat*

69 Hans Kelsen, “What is Justice” *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 4 Felix, *op.cit.*, s. 323.

70 Kelsen'in mantık kurallarının hukuk normlarına uygulanamayacağı görüşü sistematik bir biçimde ilk defa “Law and Logic” adlı makalesinde açıklanmıştır. Bakınız: Hans Kelsen, “Law and Logic”, Hans Kelsen, *Essays in Legal and moral Philosophy*, der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 228-253.

*legi priori* ilkesi mantıksal bir ilke değildir. Bu ilke pozitif ahlâkın veya pozitif hukukun bir ilkesidir. Norm ve o normu yürürlükten kaldıran norm arasında bir çatışma yoktur; çünkü yürürlükten kaldırılan norm geçerli olduğunda diğer norm geçerliliğini kaybeder. Bu ilişki ile -var olan- iki ifade arasındaki çelişki ilişkisi arasında bir benzerlik söz konusu olmaz.”<sup>71</sup>

Bu söylenenlerden Kelsen'in normun bir “ifade” olmadığı bu nedenle de yanlış olamayacağını ileri sürdüğü açıkça anlaşılmaktadır. Kelsen mantıksal çıkarsama ve çelişkileri çözme kurallarının sadece doğru veya yanlış olabilecek ifadelere uygulanabileceğini, birbiriyle çelişen normlara mantık kurallarının, yani mantıksal çelişki çözme kurallarının uygulanamayacağını ve ortada bir benzerliğin olmadığını açıklamaktadır.<sup>72</sup> Kelsen bu durumu şöyle belirtmektedir:

“Birbiriyle çatışan iki genel norm söz konusu olduğunda sadece bunlardan birine uyulabilir ve eğer birine uyulursa diğeri de ihlal edilmiş olur. Örneğin, Eski Ahit'te ‘düşmanlarından nefret etmelisin’ normu, Yeni Ahit'te yer alan ‘düşmanlarından nefret etmemelisin, onları sevmelisin’ normuyla veya her koşulda insanları öldürmeyi yasaklayan ahlâk normuyla ölüm cezası veya savaşta düşmanları öldürmeyi kabul eden pozitif hukuk normuyla çatışmaktadır. Nasıl olursa olsun bu sadece bireyin davranışını tek bir norma uymaya uygundur. Sadece bu davranışla diğer norm da zorunlu olarak ihlal edilmiş olur. Bu diğer norma bir başka kişi uyabilir. İşin aslında tek ve aynı kişi bazen bir norma bazen de diğer norma itaat edebilir. Böylece tek ve aynı norma hem itaat edilmiş olur hem de o norm ihlal edilmiş olur. Tek ve aynı ifade –örneğin bütün insanlar ölümlüdür- bir kişi için doğru diğer kişi için yanlış olmayacağı gibi, tek ve aynı kişi için bazen

71 Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University of Press, 1991), s. 213. Çeviri tarafımdan yapılmıştır. Kelsen bu yapının bir başka yerinde de aynen şunları söylemektedir: “Normlar arasındaki çatışma normların geçerli normlar olduğunu varsayar. Normların geçerliliği hakkındaki ifadeler doğrudur. Bu nedenle... normlar arasındaki çatışma mantıksal çelişme değildir, hatta mantıksal çelişmeye benzer en ufak bir şey söz konusu edilemez. İlga geçerli normlardan birinin geçerliliğini yürürlükten kaldırdır. İki ifade arasında mantıksal çelişme durumunda bu ifadelerden biri başlangıçtan itibaren yanlıştır. İfadenin doğruluğu kaldırılmamaktadır. Böyle bir doğruluk hiçbir biçimde var olamamıştır. Bir normun geçerliliği o normun kendine özgü varlığı olduğundan, normların çatışması –ki şayet yapılabilsen- mantıksal çelişmeyle değil, aynı noktaya iki farklı yönde etki eden iki güçle karşılaştırılabilir. Normların çatışması istenmeyen bir durumdur, ama çatışma olasıdır ve çatışmalar az da değildir (s. 124-125).” Kelsen 1962 yılında Roscoe Pound'un anısına yayımlanan Armağan'da yer alan “Derogation” başlıklı makalesinde benzer görüşleri ileri sürmüştü. Bakınız: Hans Kelsen, “Derogation”, Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, der. Ota Weinberger, çev. Karl H. Buschmann (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 351. Ayrıca bakınız: Hans Kelsen, “Derogation: The Repeal of a Norm by another Norm”, Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University of Press, 1991), s. 106-114. Hans Kelsen, “Conflicts of Laws”, Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University of Press, 1991), s. 123-127. Kelsen'in son eseri olan (ölümünden sonra yayımlanan) *General Theory of Norms*'u inceleyen ve değerlendiren makaleler için bakınız: Deryck Beyleveld, “From the ‘Middle Way’ to Normative Irrationalism: Hans Kelsen's General Theory of Norms”, *The Modern Law Review* (Vol. 56, January 1993), s. 104-119; Stanley L. Paulson, “Kelsen's Legal Theory: The Final Round”, *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. 12, Summer 1992), s. 265-274; Ota Weinberger, “Logic and The Pure Theory of Law”, çev. Alfred Schramm, *Essays on Kelsen*, Richard Tur ve William Twining der (Oxford: Oxford University Press, 1986), s. 187-199 Ayrıca bakınız: J. Raz, “Critical Study: Kelsen's General Theory of Norms”, *Philosophia* (Vol. 6, September-December 1976), s. 495-504; Stephen Guest, “Two Problems in Kelsen's Theory of Validity”, *Liverpool Law Review* (Vol. II, 1980), s. 101-108.

72 Felix., *op. cit.* s. 324.

yanlış bazen doğru, yani hem doğru hem de yanlış olamaz. Eğer ifade doğruysa herkes için her zaman doğrudur. O halde bir norma uyma ile ifadenin doğruluğu arasında bir benzerlik olamaz – gerçekten de eğer varsa da çok sınırlı bir benzerlik söz konusudur.<sup>73</sup>

Sonuç olarak Kelsen *Normların Genel Teorisi (General Theory of Norms)* başlıklı eserinde pratik akıl ve deontik mantığı eleştirmiştir. Felix pratik akıl olarak tanımlanabilecek en az aklın üç gücü olduğunu belirtmektedir. Bunlar ayırt etme gücü, etraflıca düşünme ve postulat yani norm koymadır. Ayırt etme gücü normların geçerliğini ayırt etme gücü anlamına gelir. Etraflıca düşünme ise norma ne zaman uyulacağı veya uyulup uyulmamasını düşünme olarak ele alınmaktadır. Postulat ise norm koyma olarak anlaşılmaktadır. Kelsen ayırt etme ve etraflıca düşünmeyi pratik aklın güçleri olarak değil, aklın sıradan güçleri olarak düşünmektedir. Kelsen'e göre pratik akıl norm koyma olarak ele alınan postulat olmaktadır. Bu nedenle de Kelsen'in pratik akıl ve deontik mantığı eleştirmesinin temel nedenlerinden biri de, adaletin sübjektif bir değer olduğu görüşünden kaynaklanmaktadır. Felix'in belirttiği gibi pratik aklın eleştirisi adaletin sübjektif bir değer olduğu tezini savunabilmek için gereklidir. Konstrüktivizm ayırt etmeyle norm koyma arasındaki farkı belirsizleştirmektedir. Böyle

olmasının nedeni geçerliliğin normun var olması anlamına gelmesi ve pozitifliğin geçerliliğin zorunlu koşulu olmasıdır. Kelsen'e göre geçerlilik rasyonel bir ölçüte bağlansa bile, geçerli normlar pozitif normlar olmak durumundadır.<sup>74</sup>

Kelsen *Normların Genel Teorisi*'nde hukuksal geçerliliğin normun hukuksal bakımdan varoluşu olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür. John Rawls'un konstrüktivizmi ise bu realist görüşten kurtulmayı amaçladığından, geçerliliğin rasyonel ölçüte dayanan alternatif anlaşılışını benimsemiştir. Kelsen çalışmalarında doğrudan geçerliliğin bu anlaşılış biçimini tartışmamıştır. Ancak Kelsen pratik aklın norm koyma iktidarı olduğunu, yani akıl ile iradenin özdeşleştiğini belirtmiştir. Bu özdeşleşme saçma olarak nitelendirilemezse de, böyle bir durumun söz konusu olabilmesi için insan aklının ilahi bir akıl olması gerekir. Kelsen pratik aklın teolojik veya mistik bir anlayış olduğunu söyler.<sup>75</sup> Bu söylenenler Kelsen'e göre geçerliliğin rasyonel bir ölçüt tarafından belirlenemeyeceğini göstermemektedir.

Eğer geçerlilik var olmaktan farklı ise, objektiflik de gerçeklikten ayrılmış olur. Jasuha Felix'in belirttiği gibi Rawls'in daha sonraki konstrüktivizm formüllemelerinde geçerlilik ile doğruluğun arası aşılmıştır. Rawls'a göre

73 Hans Kelsen, "Validity and Efficacy of the Law", Eugenio Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, der. Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzaresse, Josse Juan Moreso, Pablo E. Navarro ve Stanley L. Paulson (Oxford: Oxford University Press, 2015), s. 61. Kelsen'in yukardaki açıklamalarına çok benzer açıklamalar için bakınız: Kelsen, "Law and Logic", s. 233-234. Çeviri tarafımdan yapılmıştır.

74 Felix., *op. cit* s. 324. Kelsen'e göre pratik akıl norm koyamaz; çünkü akıl ve irade birbirinden farklı güçlerdir. Akıl değil irade norm koyabilir.

75 Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University of Press, 1991), s. 6-7.



adalet düşüncesinin geçerliliği bu düşüncenin doğruluğundan farklı olan akla uygun olmasına bağlıdır. <sup>76</sup> Ancak Felix'in belirttiği gibi Kelsen'e göre geçerlilik ve doğruluk birbiriyle karşılaştırılmazsa da, bir normun geçerliliğini norm cümlesinin doğruluğundan ayırmak bilimsel girişimden vazgeçmek demektir. Normatif bilimi savunma gereksiniminin arkasında Kelsen'in olandan olması gerekenin çıkarılamayacağı gibi, bundan böyle olması gerekenden de olması gerekenin çıkarılamayacağı inancı yatmaktadır.<sup>77</sup> O halde Kelsen'in pratik akıl ve deontik mantık eleştirileri konstrüktivizme bir yanıtıdır ve bu argümanlar Kelsen'in önceki çalışmalarından radikal bir sapma olmayıp, adaletle ilgili "şüpheli" yaklaşımını konstrüktivist tehlikeye karşı korumak olarak anlaşılabilir.

## SONUÇ

Hans Kelsen'in adalet konusundaki görüşlerini değerlendirmeye geçmeden önce kısa bir özet vermenin yararlı olacağını düşünüyorum. W. Friedman Kelsen'in bu konudaki görüşlerini son derece başarılı bir biçimde şöyle özetlemiştir:

"Kelsen'in adalet kavramı ve bu kavramın hukuk bilimiyle olan ilişkisi elbette çeşitli çalışmalarında formüle edildiği ve geliştirildiği gibi saf hukuk teorisinde saklıdır.... Adalet üzerine Kelsen'in görüşlerinin özü kısaca şöyle ifade edilebilir: Adalet –objektif olarak elde edilebilecek- bilişsel bir gerçek olmaktan daha çok mutlak olmayan bir değer

yargısıdır. Saf hukuk teorisince bu teorinin zorunlu tamamlayıcısı olarak kabul edilen görecelik teorisine göre nihai değerler kanıtlanamaz, bunlara sadece inanılabilir.

Bu doğanın mutlak objektif düzeninden elde edildiği düşünülen hukuksal ilkelerin varlığını ileri süren doğal hukuk teorilerinin güçlü bir biçimde reddedilmesine götürür. Görecelikte saklı olan menfaatlerin denklendirilmesi yaklaşımının, yani çatışan çok sayıda menfaatten oluşan bir toplumda egemen olan siyasal felsefeye bağlı olarak farklı şekillerde çıkarların dengelenmesinin kabul edilmesidir. ... Bir özel sonuç da göreceliğin hoşgörüyü dayanmasının zorunluluğudur. Bir değerın bir başka değer karşısında üstünlüğünün ispatlanamaması veya ispatlanmada isteksiz olunması durumunda alternatif inançlar karşısında hoşgörülü olma zorunluluğu ortaya çıkar. Kuşkusuz bu sadece demokratik düzenlerde söz konusudur...."<sup>78</sup>

Alıntıdan anlaşılacağı gibi saf hukuk teorisi göreceli bir adalet anlayışını gerektirmektedir. Bu husus önemlidir ve bu nedenle mutlaka vurgulanmalıdır.

Sandrine Baume *Hans Kelsen and the Case for Democracy (Hans Kelsen ve Demokrasinin Gerekliliği)* adlı kitabının İngilizce baskısına yazdığı önsözünde, Hans Kelsen'in siyasal düşüncelerini inceleyen akademisyenlerin sayılarının çok fazla olmadığını saptamaktadır. Sandrine Baume'un da belirttiği gibi Kelsen'in siyasal konulardaki düşüncelerinin saf hukuk teorisi kadar ilgi görmediği açıktır. Bu durum Baume'a göre sadece ünlü teorisyenin siyasal düşüncelerinin yer aldığı yazılarının

76 Aktaran Felix, op. cit. s. 327. Bakınız: John Rawls, *Political Liberalism: Expanded Edition* (New York: Columbia University Press, 2005), s. 128-129.

77 Felix, op. cit., s. 327.

78 Wolfgang Friedmann, Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice", *Stanford Law Review* (Jul., 1957), 844-847.

çevrilmediği veya ulaşılamadığı Almanca konuşmayan ülkeler için geçerli değildir. Almanca bilen ve Almanca konuşan akademisyenler de Kelsen'in siyasal düşüncelerini incelemede isteksizdirler. Yapılan araştırma ve yazılarda Kelsen'in siyasal konulardaki görüşlerine fazla yer verilmemektedir. Sandrine Baume Kelsen'in güçbela önemli bir siyasal düşünür olarak kabul edildiğini söylemektedir.<sup>79</sup>

Sandrine Baume'un bu gözlemi Kelsen'in adalet anlayışı ve doğal hukuk konusundaki görüşleri için de geçerlidir. Adalet konusunda yapılan çalışmalara bakıldığında, Kelsen'in bu konudaki yazılarına ve incelemelerine hemen hemen hiç atıf yapılmadığı görülmektedir. Adalet üzerine yapılan yayınlar incelendiğinde Kelsen'in bu konudaki çalışmalarından ya haberdar olunmadığı ya da bu çalışmaların önemsenmediği anlaşılmaktadır. Oysa Kelsen'in adalet anlayışı ve doğal hukuk eleştirisi hem önemli hem de üzerinde durulması gereken çalışmalardır. Kelsen doğal hukuku inceleyen ve doğal hukuku eleştiren çok sayıda yazı yazmıştır. Kelsen adaleti saf hukuk teorisi açısından incelemekte ve saf hukuk teorisinin kabul edebileceği adalet anlayışının da göreceli adalet olduğunu vurgulamaktadır. Bir başka deyişle, Kelsen adalet anlayışını saf hukuk teorisini düşünerek ele almış ve incelemiştir. Saf hukuk teorisini önemseyen ve bu teoriyi inceleyen akademisyenlerin Kelsen'in adalet anlayışından ve doğal hukuk eleştirisinden bu denli uzak kalmalarını an-

layabilmek mümkün değildir.<sup>80</sup>

Hans Kelsen'in adalet anlayışı konusunda iki temel sonuca varılabilir. Kelsen insanların bilişsel yetilerinin sınırlarının olduğunun bilincinde olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu farkındalık olmadığı sürece akla uygun ve tutarlı teoriler geliştirebilmek mümkün değildir. Bu nedenle herhangi bir bilimsel bilgiye ulaşmak isteniyorsa, sadece deneye dayalı olan şeylerin bilinebileceği kabul edilmelidir. Kelsen dogmatik düşünceye ve bu nedenle de dogmatik düşünce sonucu kabul edilen doğal hukuka karşıdır. Bu gerekçeyle de Kelsen adalet kavramını veya adaletin özünü tanımlamaktan kaçınmıştır. Kelsen'e göre bilimsel olarak böyle bir tanım yapılamaz. Yapılabilecek tek şey adalet sorusunu ve/veya sorgusunu geliştirmeye çalışmaktır. Kelsen'e göre rasyonel bir düşünceyle insan davranışının mutlak doğru standardını kurmaya yönelik çabalar başarısızlığa mahkûmdur. İnsanların sadece göreceli değerleri kavraması mümkündür. Mutlak adalet Kelsen'e göre objektif olmayan bir idealdir; yani bir yanılısamadır.

Şurasını da önemle belirtelim ki, Kelsen ahlâki göreceliğin ve hoşgörünün bir bilim insanı olması nedeniyle kişisel tercihi olduğunu belirtmiştir. Kelsen adalet konusunda iddialı da değildir. Kelsen göreceli adalet ve hoşgörü ile bağlantılı görüşlerin kendi kişisel görüşleri olduğunu özellikle belirtmektedir. Kelsen bu konuda bilimsel bir gerçeğin söz konusu olmadığını söylemektedir. Kelsen bilim

79 Sandrine Baume, *Hans Kelsen and the Case for Democracy* (Colchester: University of Essex, 2012), s. xi.

80 Saf hukuk teorisi üzerine çalışan ve yayın yapanlar kanımca "adalet" konusunu farklı bir çalışma gerektirdiğini ve bu konun doğrudan saf hukuk teorisine ilişkin olmadığını düşünmektedirler. Bu nedenle çalışmalarında "adalet" ve/veya "doğal hukuk" konusuna değinmemektedirler.

insanı olmayı son derece önemsemektedir ve bu nedenle de bilimsel olmadığını düşündüğü doğal hukuku şiddetle reddetmiştir.

Kelsen anayasa hukuku, milletlerarası hukuk ve hukuk felsefesi konularında çok önemli ve orijinal çalışmalar gerçekleştirmiştir. Ayrıca bu farklı disiplinlerdeki yazıların hepsi birbiriyle ilişkilendirilmiş ve saf hukuk teorisi açısından ele alınmıştır. O halde ikinci önemli sonuç, Kelsen'in "adalet" anlayışının saf hukuk teorisinden soyutlanamayacağıdır. Bir başka deyişle, Kelsen'in dünyasında göreceli adalet anlayışı saf hukuk teorisine uyum içindedir. Ayrıca Kelsen "göreceli adalet" görüşünü eleştirilere karşı savunmaya da çalışmıştır. Kelsen *Normların Genel Teorisi* adlı eserinde pratik akıl ve deontik mantığı eleştirmektedir. Kelsen'e göre pratik akıl norm koyamaz; çünkü akıl ve irade birbirinden farklı güçlerdir. Akıl değil irade norm koyabilir, yani kural yapabilir. Kelsen'in pratik akıl ve deontik mantığı eleştirmesinin temel nedenlerinden biri de adaletin göreceli ve subjektif bir değer olduğu görüşünden kaynaklanmaktadır. Kelsen'e göre pratik aklın eleştirisi adaletin subjektif bir değer olduğu tezini savunabilmek için gereklidir. Konstruktivizm ayırt etmeyle kural koyma arasındaki farkı belirsizleştirmektedir. Kelsen'in pratik akıl ve deontik mantık eleştirileri konstruktivizme bir yanıt olarak düşünülmelidir. Eğer bu yorum kabul edilecek olursa, Kelsen'in son çalışmalarında pratik akıl ve deontik mantık konusundaki eleştirilerinin önceki çalışmalarından bir sapma olmayıp, göreceli adalet görüşünü konstruktivist tehlikeye karşı korumaya çalıştığı biçiminde anlaşılabilir.

#### KAYNAKLAR

- Baume, Sandrine, *Hans Kelsen and the Case for Democracy* (Colchester: University of Essex, 2012).
- Bjarup, Jes, "Kelsen's Theory of Law and Philosophy of Justice", ", *Essays on Kelsen*, derleyenler Richard Tur ve William Twining (Oxford: Clarendon Press, 1986), s. 273-303
- Beyleveld, Deryck, "From the 'Middle Way' to Normative Irrationalism: Hans Kelsen's General Theory of Norms", *The Modern Law Review* (Vol. 56, January 1993), s. 104-119.
- Bondy, Otto "Hans Kelsen's Relativistic Approach to Ethics", *Law, State, and International Legal Order*; der. Salo Engel (Knoxville: The University of Tennessee Press, 1964), s. 51-57.
- Ebenstein, William, Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice" (Vol. 52, 1958), s. 535-537.
- Felix, Jashua W. "Kelsen, Justice, and Constructivism", *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, der. D. A. Jeremy Telman, Law and Philosophy Library (Switzerland: Springer International Publishing, 2016), s. 319-328.
- Friedmann, W., Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice", *Stanford Law Review* (Jul., 1957), 844-847.
- Guest, Stephen, "Two Problems in Kelsen's Theory of Validity", *Liverpool Law Review* (Vol. II, 1980), s. 101-108.

- Hartney, Michael, “The Death of Practical Reasoning in Kelsen’s Later Theory of Norms”, *Sociological Jurisprudence and Legal Philosophy: Random Thoughts On*, der. K. B. Agrawal ve Rajjendra Kumar Raizada (Jaipur: University Book House, 1993).
- Horvath, Barna, Book Review: Hans kelsen, “What is Justice” (Vol. 6, 1957), s. 407-411.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, çev. A. Wedberg (Cambridge: Harvard University Press, 1945).
- Kelsen, Hans, “Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics”, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 198-208.
- Kelsen, Hans, “The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science”, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 137-173.
- Kelsen, Hans, “What is Justice” *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* Collected Essays by Hans Kelsen (Berkeley: University of California Press, 1957), s. 1-24.
- Kelsen, Hans, “On the Pure Theory of Law”, *Israel Law Review* (January 1966), s. 1-7.
- Kelsen, Hans, *Pure Theory of law*, çev. Max Knight (California: University of California Press, 1967).
- Kelsen, Hans, “The Foundation of the Theory of Natural Law”, Hans Kelsen, *Essays in Legal and moral Philosophy*, der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 114-153.
- Kelsen, Hans, “Law and Logic”, Hans Kelsen, *Essays in Legal and moral Philosophy*, der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 228-253.
- Kelsen, Hans, “Law and Morality”, Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 83-94.
- Kelsen, Hans, “State Form and World-Outlook”, Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, der. Ota Weinberger, çev. P. Heath (Boston: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 95-113.
- Kelsen, Hans, “Conflicts of Laws”, Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University of Press, 1991), s. 123-127.
- Kelsen, Hans, “Derogation: The Repeal of a Norm by another Norm”, Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University of Press, 1991), s. 106-114.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University of Press, 1991).
- Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson (Oxford: Oxford University Press, 1997).

- Kelsen, Hans, "Adalet Nedir?" çev. Ali Acar, *TBB Dergisi* (2013/107), s. 431-454.
- Kelsen, Hans, "Validity and Efficacy of the Law", Eugenio Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, der. Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzaresse, Josse Juan Moreso, Pablo E. Navarro ve Stanley L. Paulson (Oxford: Oxford University Press, 2015), s. 52-68.
- Kelsen, Hans, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, çev. Ertuğrul Uzun (İstanbul: Nora Kitap, 2016).
- Lefort, Elisabeth, "Arriving at Justice by a Process of Elimination: Hans Kelsen and Leo Strauss", *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, der. D. A. Jeremy Telman, Law and Philosophy Library (Switzerland: Springer International Publishing, 2016), s. 115-133.
- Levi, Edvard H., Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice" (Vol. 314, 1957), s. 213-214.
- Meiklejohn, Donald, Book Review: Hans kelsen, "What is Justice", (Vol. 25, 1958), s. 543-551.
- Northrop, F.S.J., Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice", *Virginia Law Review* (Vol. 44, 1958), s.815-819
- Novak, David, "Haunted by the Ghost of Weimar: Leo Strauss' Critique of Hans Kelsen", *The Weimar Moment: Liberalism, Political Theology, and Law*, der. Leonard V. Kaplan ve Rudy Koshar (Lanham: Lexington Books, 2012), s. 393-408.
- Paulson, Stanley L., "Kelsen's Legal Theory: The Final Round", *Oxford Journal of legal Studies* (Vol. 12, Summer 1992), s. 265-274.
- Pettit, Philip, "Kelsen on Justice: A Charitable Reading", *Essays on Kelsen*, derleyenler Richard Tur ve William Twining (Oxford: Clarendon Press, 1986), s. 305-318.
- Rawls, John, *Political Liberalism: Expanded Edition* (New York: Columbia University Press, 2005).
- Raz, Joseph, "Critical Study: Kelsen's General Theory of Norms". *Philosophia* (Vol. 6, September-December 1976), s 495-504.
- Rentsch, Bettina K., "Hans Kelsen's Psychoanalytic Heritage-An Ehrenzweigian Reconstruction", *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, der. D.A.Jeremy Telman (Switzerland: Springer, 2016), s. 161-174.
- Ross, Alf, Book Review Hans Kelsen, "What is justice", *California Law Review* (45, 1957), s. 564-570
- Strauss, Leo, *Natural Right and History* (Chicago: The Chicago University Press, 1953).
- Strauss, Leo, "What is Political Philosophy", *The Journal of Politics* (Aug., 1957), s. 343-368.
- Strauss, Leo, "Relativism", *The Rebirth of Classical Rationalism: An Introduction to the Thought of Leo Strauss*, der. Thomas L. Pangle (Chicago: Chicago University Press, 1989), s. 13-26.
- Strauss, Leo, *Doğal Hak ve Tarih*, çev. Murat Erşen ve Petek Onur (İstanbul: Say Yayınları, 2011).
- Weinberger, Ota, "Logic and The Pure Theory of Law", çev. Alfred Schramm, *Essays on Kelsen*, Richard Tur ve William Twining der (Oxford: Oxford University Press, 1986), s. 187-199.
- Wright, Quincy, Book Review: Hans Kelsen, "What is Justice" (Vol. 51, 1957), s. 830-834.